

REVISTA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISSN: 1676-8558 (Impresso)

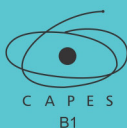
ISSN: 2178-2466 (Eletrônico)

DOI: 10.31512/16768-558/2178-2466

Revista  
**DIREITO E JUSTIÇA**  
Reflexões Sociojurídicas

V. 18, n. 32, set./dez. 2018

Editores Gerentes  
Florisbal de Souza Del'Olmo  
Rosângela Angelin





UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E  
DAS MISSÕES  
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**REVISTA DIREITO E JUSTIÇA:  
REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS**

Santo Ângelo – Brasil  
2018

R454 Revista direito e justiça: reflexões sociojurídicas / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo; organização: Florisbal de Souza Del’Olmo, Rosângela Angelin – v.1, n.1(abril 2002)- . – Santo Ângelo: FuRI, 2018.

v.18, n.32, set./dez. 2018.

Semestral: 2002-2017. Quadrimestral: 2018-  
ISSN 2178-2466

1. Direito-Periódicos I. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo. II. Del’Olmo, Florisbal de Souza (org.) III. Angelin, Rosângela (org.)

CDU: 340.114

Bibliotecária responsável pela catalogação Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

*Organização*

Florisbal de Souza Del’Olmo  
Rosângela Angelin

*Revisão*

Florisbal de Souza Del’Olmo  
Rosângela Angelin  
Fábio César Junges

*Revisão da Língua Inglesa*

Paulo Adroir Magalhães Martins

*Formatação*

Fábio César Junges

*Capa*

Tiago Beck

*Publicação*

FuRI – Editora da URI – Campus de Santo Ângelo – RS  
Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470  
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55)3313-7900

## DIREITO E JUSTIÇA: REFLEXÕES SOCIOJURÍDICAS

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)  
Campus de Santo Ângelo  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Publicação vinculada ao Curso de Graduação em Direito da URI  
Campus Santo Ângelo – RS

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade  
de seus autores.

### *Reitor*

Arnaldo Nogaro

*Pró-Reitora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação*

Neusa Maria John Scheid

*Pró-Reitora de Ensino*

Edite Maria Sudbrack

*Pró-Reitor de Administração*

Nestor Henrique de Cesaro

URI – Campus de Santo Ângelo

*Diretor Geral*

Gilberto Pacheco

*Diretor Acadêmico*

Marcelo Paulo Stracke

*Diretora Administrativa*

Berenice Rossner Wbatuba

*Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas*

Osmar Antonio Bonzanini

*Coordenador de Área de Conhecimento*

Jacson Roberto Cervi

Curso de Graduação em Direito

*Coordenadora do Curso*

Charlise Paula Colet Gimenez

*Editores Gerentes*

Florisbal de Souza Del’Olmo

Rosângela Angelin

## FOCO E ESCOPO

A Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, classificada como B1 pelo Qualis Periódicos da CAPES, tem como objetivo atuar como instrumento de propagação das reflexões e construções do conhecimento acerca dos Novos Direitos, estimulando o debate, o questionamento e o desenvolvimento dos processos formativos dos operadores e investigadores jurídicos, como forma de integração entre a universidade e o mundo da vida voltada para a potencialização dos processos de constituição da cidadania e da democracia.

### Indexadores



### Bases de Dados



### Associado à



## EQUIPE EDITORIAL

### *Editores Gerentes*

Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Rosângela Angelin, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil

### *Editor Associado*

Dr. Fábio César Junges, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil

### *Conselho Editorial*

Dr. Alejandro Pastori, UDELAR, Montevideú, Uruguai  
Dr<sup>a</sup> Alessandra Silveira, UMINHO, Braga, Portugal  
Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, ULIMA, Lima, Peru  
Dr<sup>a</sup> Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa, UEUROPEIA, Lisboa, Portugal  
Dr<sup>a</sup> Gina Vidal Marclio Pompeu, UNIFOR, Fortaleza, CE, Brasil  
Dr. Gustavo Frederico de Baggis, UNCUIYO, Mendoza, Argentina  
Dr<sup>a</sup> Jamile Bergamaschine Mata Diz, UIT, Itaúna, MG, Brasil  
Dr. Luiz Otávio Pimentel, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Lucy Arraya, UNPHU, Santo Domingo, República Dominicana  
Dr. Mário Ferreira Monte, UMINHO, Braga, Portugal  
Dr. Oscar Sarlo, UDELAR, Montevideú, Uruguai  
Dr. Ney Fayet de Souza Júnior, PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Odete Maria de Oliveira, UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil  
Dr. Raymundo Juliano Feitosa, UNICAP, Recife, PE, Brasil  
Dr. Ricardo Méndez Silva, UNAM, México, México  
Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, UNA, Assunção, Paraguai  
Dr. Rubén Serrano Lozano, UCLM, Toledo, Espanha  
Dr<sup>a</sup> Tania García López, Universidad Veracruzana, Xalapa, México

### *Comissão Científica "Ad Hoc"*

Dr. Alejandro Pastori, UDELAR, Montevideú, Uruguai  
Dr<sup>a</sup> Alessandra Silveira, UMINHO, Braga, Portugal  
Dr. Altamirando Pereira Rocha, UFU, Uberlândia, MG, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Ana Keuly Luz Bezerra, IFPI, Teresina, PI, Brasil  
Dr. Antonio Dari Ramos, UFGD, Dourados, MS, Brasil  
Dr. Augusto Jaeger Junior, UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Cristiane Helena de Paula Lima Cabral, FKMKG, Belo Horizonte, MG, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Cristina Ferraz, PUC-SP, São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Deo Campos Dutra, DOCTUM, Juiz de Fora, MG, Brasil  
Dr. Diego Pereira Machado, Faculdades Anhanguera, São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Diego Prezzi Santos, Faculdade Catuaí, Cambé, PR, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Edith Maria Barbosa Ramos, CEUMA, São Luís, MA, Brasil  
Ms. Eduardo Baldissera Carvalho Salles, PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil  
Ms. Eduardo Daniel Lazarte Moron, Faculdades Cathedral, Boa Vista, RR, Brasil  
Ms. Elany Almeida de Souza, ECEME, Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
Dr. Enrique Varsi Rospigliosi, ULIMA, Lima, Peru  
Ms. Evilhane Jum Martins, URI, Santiago, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Fernanda Andrade Almeida, UFF, Niterói, RJ, Brasil

Dr<sup>a</sup> Fernanda Miranda Barbosa, UNIESP, São Paulo, Brasil  
Dr. Fernando César Costa Xavier, UFRR, Boa Vista, RR, Brasil  
Ms. Fernando Ferreira Calazans, PUCMG, Belo Horizonte, MG, Brasil  
Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim, FEJAL/CESMAC, Maceió, AL, Brasil  
Ms. Gabriela Soares Balestero, OAB/MG, Cachoeira de Minas, MG, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Giselle Marie Krepsky, FURB, Blumenau, SC, Brasil  
Dr. Guilherme Camargo Massaú, UFPel, Pelotas, RS, Brasil  
Dr. Ilton García Costa, UENP, Jacarezinho, PR, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Ilzver de Matos Oliveira, UNITI, Aracaju, SE, Brasil  
Dr. Jefferson Caponero, IFBA, Simões Filho, BA, Brasil  
Dr. Joao Paulo Allain Teixeira, UNICAP, Recife, PE, Brasil  
Ms. Jorge Di Ciero Miranda, ESMEC, Fortaleza, CE, Brasil  
Dr. Jose Mario Wanderley Gomes Neto, UNICAP, Recife, PE, Brasil  
Dr. José Russo, UFAM, Manaus, AM, Brasil  
Dr. Juan Francisco Espinoza Molina, DEUSTO, Bilbao, Espanha  
Dr<sup>a</sup> Leila Arruda Cavallieri, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil  
Ms. Lívia Dutra Barreto, UFRR, Boa Vista, RR, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Lorena de Melo Freitas, UFPB, João Pessoa, PB, Brasil  
Ms. Luciano Alves dos Santos, URI, Erechim, RS, Brasil  
Dr. Luís Henrique Bortolai, PUC-Campinas, Campinas, SP, Brasil  
Dr. Luís Renato Vedovato, UNICAMP, Campinas, SP, Brasil  
Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araujo, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil  
Dr. Luiz Otávio Pimentel, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Mara Darcanchy, UNINOVE e UNIP, São Paulo, SP, Brasil  
Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, UNICAP, Recife, PE, Brasil  
Dr. Marcelo Lamy, UNISANTA, Santos, SP, Brasil  
Dr. Marcus Pinto Aguiar, UNIFOR, Fortaleza, CE, Brasil  
Ms. Mário Cesar da Silva Andrade, UFJF, Juiz de Fora, MG, Brasil  
Dr. Mário Ferreira Monte, UMINHO, Braga, Portugal  
Dr. Mário Lúcio Garcez Calil, UEMS, Parnaíba, MS, Brasil  
Dr. Mário Luiz Ramidoff, UNICURITIBA, Curitiba, PR, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Mônica Neves Aguiar da Silva, UFBA Salvador, BA, Brasil  
Dr. Ney Fayet de Souza Júnior, PUCRS, Porto Alegre, RS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Odete Maria de Oliveira, UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil  
Dr. Osmar Veronese, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil  
Dr. Paulo Roberto Ramos Alves, UNOESC, Xanxerê, SC, Brasil  
Dr. Ricardo Méndez Silva, UNAM, México, México  
Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, UNA, Assunção, Paraguai  
Ms. Rosicler Santos, UFPR, Curitiba, PR, Brasil  
Dr. Rubén Serrano Lozano, UCLM, Toledo, Espanha  
Dr<sup>a</sup> Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches, UNIMAR, Marília, SP, Brasil  
Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino, IMED, Passo Fundo, RS, Brasil  
Dr. Sílvio Beltramelli Neto, PUC-Campinas, Campinas, SP, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Tania García López, Universidad Veracruzana, Xalapa, México  
Dr<sup>a</sup> Tânia Regina Zimmermann, UEMS, Dourados, MS, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, UNICURITIBA, Curitiba, PR, Brasil  
Dr. William Paiva Marques Júnior, UFC, Fortaleza, CE, Brasil



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	13
Florisbal de Souza Del’Olmo	
Rosângela Angelin	
MONISMO JURÍDICO: ENTRAVE ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS .....	15
Alessandra Matos Portela	
LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES, ¿SON FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO? .....	37
Alejandro Pastori	
A DETERMINAÇÃO DE REEDUCAÇÃO DE AGRESSORES DOMÉSTICOS COMO MEDIDA NECESSÁRIA FRENTE À VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NAS VARAS DE FAMÍLIA, DA INFÂNCIA E DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....	59
Artenira da Silva e Silva	
Gabriella Sousa da Silva Barbosa	
A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAS DO MESMO SEXO NO BRASIL: PERSPECTIVAS JURÍDICAS E PSICOLÓGICAS .....	81
Miucha Lins Cabral	
Ana Luísa Celino Coutinho	
LOS ARCHIVOS DE LA RACIONALIDAD MODERNA: LAS PREGUNTAS DE MICHEL FOUCAULT POR LOS ESTATUTOS DEL SABER Y POR LOS CUERPOS BIOPOLÍTICOS .....	109
Cecília Sánchez	
A ZONA DO NÃO-SER DO DIREITO INTERNACIONAL: OS POVOS NEGROS E A REVOLUÇÃO HAITIANA .....	125
Karine de Souza Silva	
Luiza Lazzaron Noronha Perotto	

RESTITUIÇÃO DO PRODUTO DO ILÍCITO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DE FALÊNCIA ..... 155

Débora Costa Ferreira

Marlon Tomazette

Nivaldo Dias Filho

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O LEGISLADOR CONSTITUINTE: ANÁLISE CRÍTICA DOS POSTULADOS EUGÊNICOS PRESENTES NA HISTÓRIA REPUBLICANA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS..... 177

Sérgio Coutinho dos Santos

Francisco de Assis de França Júnior

José Barros Correia Júnior

ANOS DE VIDA PENALMENTE PERDIDOS E O CUSTO ECONÔMICO-SOCIAL EFETIVO DOS PRESOS NO SUDOESTE DO ESTADO DO PARANÁ ..... 189

Elmer da Silva Marques

Wilkinson Fabiano de Oliveira Arruda

Lirane Elize Defante Ferreto de Almeida

A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS E SEU IMPACTO AO DIREITO À INCLUSÃO SOCIOECONÔMICA ..... 209

Angélica Pereira Possamai

Yduan de Oliveira May

LAICIDADE E O ESTADO: AS DIFERENTES RELAÇÕES ESTADO-RELIGIÃO E AS MEDIDAS DA LAICIDADE ..... 233

Rodrigo Pedroso Barbosa

Edson Vieira da Silva Filho

NORMAS DE PUBLICAÇÃO ..... 249

## APRESENTAÇÃO

### PRESENTATION

Esta edição, de número 32, mantém a caminhada de inovação, de nosso periódico, com onze artigos, abordando as temáticas mais adequadas na atual quadra do mundo jurídico brasileiro e universal. Está inserida nos indexadores e bases de dados mais pertinentes no mundo das Ciências como um todo, granjeando respeito e aceitação como veículo de busca pelos pesquisadores. Reitere-se que os trabalhos, de professores brasileiros e estrangeiros, foram avaliados pelo sistema *Double Blind Peer Review*.

O artigo da Prof.<sup>a</sup> Dra. Alessandra Matos Portella, de Aracaju (SE), constata que nosso país persiste em não reconhecer a organização social dos ameríndios, seus sistemas jurídicos e suas sociedades, ignorando sua autonomia, vez que adota o monismo jurídico em sua matriz jurídico-constitucional. Trata-se de entrave estatal à efetivação do direito dos povos.

O Prof. Dr. Alejandro Pastori, da Universidad de la República, Montevideu, traz valiosa contribuição referindo a utilidade dos padrões internacionais para o desenvolvimento do Direito Internacional Público. Lembra haver uma escassa produção de normas rígidas, “hasta que el propio estándar se convierte en norma por la aplicación y aceptación que de ellos hacen los propios Estados”, tornando-se um exemplo perfeito de materialização do caráter evolutivo e dinâmico do Direito Internacional.

A seguir, a Prof.<sup>a</sup> Dra. Artenira da Silva e Silva, da Universidade Federal do Maranhão, de São Luís (MA) e a Mestranda Gabriella Sousa da Silva Barbosa abordam a Lei Maria da Penha, enfatizando que as medidas, nela preconizada, visam interromper “de modo imediato as lesões ou ameaças de lesão a direito a que as vítimas estão submetidas no momento em que buscam a autoridade judicial”.

As perspectivas jurídicas e psicológicas da adoção por casais do mesmo sexo são analisadas pela Prof.<sup>a</sup> Dra. Ana Luísa Coutinho, da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa (PB) e pela Mestranda em Direito da mesa instituição Miucha Lins Cabral. O trabalho conclui que a orientação sexual dos adotantes não interfere na qualidade do vínculo parental nem no desenvolvimento da criança ou adolescente adotada.

A Prof.<sup>a</sup> Dra. Cecilia Sánchez, do Instituto de Humanidades de la Universidad Academia de Humanismo Cristiano, de Santiago do Chile, contribui com o artigo sobre a os arquivos da racionalidade moderna e perguntas de Michel Foucault pelos estatutos do saber e pelos corpos biopolíticos. Refere críticas de Foucault a Sartre e Habermas.

Na sequência, a Prof.<sup>a</sup> Dra. Karine de Souza Silva, da UFSC, Florianópolis (SC) e a Mestra em Direito Luiza Noronha Perotto, defendem a necessidade de incluir a Revolução Haitiana como marco fundamental na consolidação e evolução na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Demonstram que os povos negros foram e são vítimas de um

embargo político, historiográfico e epistêmico por parte do DI Público, e que a Revolução Haitiana, que foi contemporânea da Revolução Francesa incorporou os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade.

O artigo seguinte, do Prof. Dr. Marlon Tomazette, do Instituto Brasiliense de Direito Público, de Brasília (DF), da Mestra em Direito pela mesma instituição Débora Costa Ferreira e do Eng. Nivaldo Dias Filho abordam o processo de recuperação judicial e de falência, ocupando-se da restituição do produto do ilícito. Para eles, a empresa que tenha parte do patrimônio confiscada pela prática de atos dessa natureza não pode incluir tais valores no plano de recuperação judicial ou na massa falida, visto que ela perdeu a propriedade desses bens.

O Prof. Dr. José Barros Correia Júnior e os Mestres Sérgio Coutinho dos Santos e Francisco de Assis de França Júnior, todos do Centro Universitário Cesmac, de Maceió (AL), procedem a uma análise crítica dos postulados eugênicos presentes nos dispositivos normativos das Constituições brasileiras republicanas anteriores a 1988. Verificam que, apesar dos avanços, ainda vai demorar para que tenhamos um ambiente social inclusivo e de empoderamento das pessoas com alguma deficiência.

Com pesquisa de campo, o Prof. Dr. Elmer da Silva Marques, a Prof.<sup>a</sup> Dra. Lirane Ferreto de Almeida e o Mestrando Wilkinson Arruda, que é Delegado da Polícia Civil, todos da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, de Francisco Beltrão (PR), apresentam os resultados de estudo com 1.161 prontuários de presos do Sudoeste paranaense, na Penitenciária Estadual da cidade. A análise, essencialmente quantitativa dos dados e do seu reflexo socioeconômico, apresenta a compreensão do elevado impacto econômico-social do modelo de aprisionamento adotado no Brasil.

O Prof. Dr. Yduan de Oliveira May e a Mestranda Angélica Pereira Possamai, ambos da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), de Criciúma (SC), apresentam estudo sobre o impacto no direito de inclusão socioeconômica da justiça distributiva de John Rawls. Entendem que essa teoria ampliou a gama de deveres do Estado, defendendo que este deve garantir, além dos direitos individuais, os direitos sociais como habitação, saúde e suprimento das carências educacionais.

A edição se completa com abordagem do Prof. Dr. Edson Vieira da Silva Filho e do Mestrando Rodrigo Barbosa, ambos da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), de Pouso Alegre (MG) sobre a laicidade no Brasil. Para eles a laicização não é um fato estático, mas um processo que prossegue ao longo da histórica, com avanços e retrocessos, acompanhando a evolução da sociedade e das formas de Estado, de forma simbiótica à própria evolução dos direitos humanos, ao qual está intrinsecamente ligado.

Desejamos uma ótima leitura!

Primavera de 2018.

*Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo*

*Profa. Dra. Rosângela Angelin*

# MONISMO JURÍDICO: ENTRAVE ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS

*JURIDICAL MONISM: STATE IMPEDIMENT TO THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES*

Alessandra Matos Portela<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Universidade de Tiradentes (UNIT), Aracaju, SE, Brasil. (Doutora em Direito). E-mail: aleportella@hotmail.com

**Sumário:** Introdução. 1 Quem são os Índios para o Ordenamento Jurídico Pátrio. 2 Tratamento Jurídico dos Povos Indígenas no Direito Brasileiro. 3 Tratamento Jurídico dos Povos Indígenas no Direito Latino-Americano e no Direito Internacional. 4 Monismo Estatal e o Problema do Reconhecimento dos Sistemas Jurídicos Indígenas. Conclusão. Referências.

**Resumo:** O Estado brasileiro, desde os primórdios, nunca se preocupou com os direitos dos povos indígenas. A mudança de paradigma nesta questão só começou a ser alterada no início do século XX, mais precisamente em 1910, quando foi assinado o Decreto 8.072, criando o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI/LTN), transformado em 1918 no Serviço de Proteção ao Índio (SPI). A cidadania indígena, contudo, nunca fora reconhecida. A mudança teve início apenas a partir da Constituição Federal de 1988, a qual dedicou um capítulo exclusivo para tutelar os direitos dos povos indígenas. A partir desse marco legal, o Brasil assinou e ratificou decretos importantes no âmbito internacional, que ampliaram os direitos desses povos com vistas a dar-lhes dignidade. Porém, ainda hoje o Brasil se nega a reconhecer a organização social ameríndia, seus sistemas jurídicos e suas sociedades como autônomas, uma vez que adota em sua matriz jurídico-constitucional o monismo jurídico.

**Palavras-chave:** Direitos dos Povos Indígenas. Cidadania Indígena. Dignidade. Monismo Jurídico.

**Abstract:** The Brazilian State, from its earliest days, never cared about the rights of indigenous peoples. The paradigm shift in this issue only began to change at the beginning of the 20th century, more precisely in 1910, when Decree 8,072 was signed, creating the Service of Protection to Indians and Localization of National Workers (SPI/LTN), transformed in 1918 into the Service of Protection to the Indian (SPI). Indigenous citizenship, however, had never been recognized. The change began only after the Federal Constitution of 1988, which dedicated an exclusive chapter to protect the rights of indigenous peoples. From this legal landmark, Brazil signed and ratified important decrees at international level, which extended the rights of these peoples with sight to giving them dignity. However, even today, Brazil refuses

to recognize Amerindian social organization, its legal systems and its societies as autonomous, since it adopts juridical monism in its legal-constitutional matrix.

**Keywords:** Rights of Indigenous Peoples. Indigenous Citizenship. Dignity. Juridical Monism.

## 1 INTRODUÇÃO

É curial o ostracismo vivido pelos povos indígenas no território brasileiro desde o seu descobrimento pelos europeus. Considerados como selvagens, foram relegados à condição de incapazes e despossuídos de direitos, sendo as políticas públicas destinadas a esses agrupamentos humanos consideradas como uma graça, um favor, tutelados quase em grau de misericórdia.

Cidadania indígena era algo que não se mencionava, afinal, os índios enquanto incapazes e inimputáveis não podiam ser considerados cidadãos, possuidores de direitos e prerrogativas frente ao Estado brasileiro. A política destinada a eles era de cunho integracionista, sendo classificados segundo o nível de interação com a “comunhão nacional”, variando de isolados, leia-se sem integração alguma, até integrados, quando partícipes dos valores morais, tradições, usos e costumes da sociedade dos ditos civilizados, havendo um meio termo entre essas categorias denominadas de “em integração”, consoante disposto no art. 4º do Estatuto do Índio, ainda em vigor no Estado heterogêneo, multifacetado e plural como o brasileiro.

Essa situação discriminatória só veio a ser modificada, ao menos, em tese, no final do século passado, quando minorias étnicas, religiosas, de origem, raça, cor, gênero começaram a reivindicar seus lugares de direito no Estado multicultural e multiétnico brasileiro. Políticas públicas começaram a ser criadas para esses grupos de excluídos, sendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 indubitavelmente um marco histórico nesse sentido.

O maior entrave, entretanto, hodiernamente, continua sendo a matriz constitucional do monismo jurídico adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Isso porque impede o reconhecimento da soberania das nações indígenas em território nacional, apesar de as mesmas serem, de fato, sociedades à parte, constituídas por cosmologias díspares, dissonantes do resto da comunidade nacional. Seus sistemas de valores, normativos, tradições, línguas, usos e costumes destoam substancialmente da denominada “comunhão nacional”.

O monismo jurídico acaba sendo, nesse diapasão, um entrave à concretização dos direitos fundamentais dos povos indígenas no

território brasileiro, atentando contra a dignidade dessas nações, que ficam impossibilitadas de exercer os seus direitos individuais e coletivos de forma plena e autônoma, como previstos em normas e diplomas internacionais.

## **1 QUEM SÃO OS ÍNDIOS PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

O conceito de índio não é pacífico de entendimento entre os membros da comunidade nacional. O imaginário popular ainda se encontra arraigado a conceitos construídos no período colonial, vendo-os como seres primitivos e inferiores.

A designação de índio, para a comunidade nacional, continua sendo, até o presente momento, a mesma de quando Cristóvão Colombo chegou à ilha de São Salvador, nas Bahamas, ou seja, definida e determinada por impregnação visual e genética, “[...] de modo que não poderia ser índio quem não fosse razoavelmente escuro-avermelhado, não tivesse cabelos negros e lisos, olhos levemente puxados e, se possível, com muita tinta no rosto e pouca roupa no corpo” (PONTES, 2012, p. 168).

Consoante Manuela Carneiro da Cunha, citada por Barreto (2011, p. 36): “Nosso imaginário – e, por que não dizer, nosso entendimento – está repleto desta correlação: índio é aquele ser que vive na selva, anda nu, é feroz, primitivo [...] ou, ao contrário, está em um museu vivo, é o “bom selvagem”.

O legislador brasileiro, por sua vez, designou como índio ou silvícola: “Todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (Lei 6.001/73, art. 3º inc. I).

Nesse sentido, a Lei 6.001/73 confundiu índio e silvícola, como preleciona Manuela Carneiro da Cunha, citada por Barreto (2011, p. 36), “como se todo índio fosse habitante da selva, desconsiderando a possibilidade, se não o fato, de que existem índios sobrevivendo nas periferias das pequenas e grandes cidades”.

Pontes (2012, p. 169) afirma que o legislador brasileiro levou em consideração três critérios para definir o índio, quais sejam: “a) autoconsideração (“que se identifica”); b) consideração da sociedade (“e é identificado”); e c) hereditariedade (“de origem e ascendência pré-colombiana)”. O critério da hereditariedade, entretanto, não se encontra de acordo com a teoria antropológica moderna, que aponta como melhor critério de conceituação de “ser índio”, o de autoidentificação étnica (PONTES, 2012, p. 169).

O critério de hereditariedade também não encontra consonância com a prescrição normativa da Constituição brasileira de 1988, que protege o sentimento indígena, como mostram os antropólogos. Consoante aduz Pontes (2012, p. 170): “O espírito constitucional está permeado de infrangível consideração aos aspectos culturais do povo indígena, [...] há uma notória consideração com o exercício atual das tradições e culturas históricas dos índios como forma de incluí-las na conjuntura cultural brasileira”.

Visto por outro prisma, Barreto (2011, p. 33), analisando o art. 3º, inc. I, da Lei 6.001/73, entendeu que os três critérios adotados na definição de índio, foram os seguintes:

Genealógico, quando se refere à “origem e ascendência pré-colombiana”; cultural, ao mencionar as “características culturais [que] o distinguem da sociedade nacional”; e, por fim, pertença étnica, na expressão “que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico”.

O critério cultural, da mesma maneira que o critério genealógico (hereditário), não encontra guarida na visão antropológica moderna nem na Carta Magna brasileira, pois, consoante preleciona Manuela Carneiro da Cunha, citada por Barreto (2011, p. 36), “traços culturais podem variar no tempo e no espaço, como de fato variam, sem que isto afete a identidade do grupo”. Dessa forma, o que se deve levar em consideração na conceituação do índio é apenas e tão somente o critério de autoidentificação étnica, o seu sentimento de pertença a um determinado grupo indígena, bem como o sentimento desse grupo para com esse indivíduo que se sente e se autodenomina índio.

Seguindo essa premissa, o Estatuto da Sociedade Indígena, Projeto de Lei 2.057/91, já prevê o conceito de índio em seu art. 92 sem o critério da vinculação hereditária e cultural, entendendo que “índio é todo indivíduo que se identifica como pertencente a uma sociedade indígena e é por ela reconhecido como tal”, não importando

se o indivíduo tem origem indígena, se é ancestral dos povos pré-colombianos, pois o que importa é saber se aquele indivíduo se identifica e é considerado pelo meio que o circunda como um verdadeiro índio, como um verdadeiro perpetuador da cultura autóctone no vasto caldo cultural brasileiro, porque é isso que a Constituição quer preservar (PONTES, 2012, p. 171).

A proposta presente no Projeto de Lei 2057/91 encontra-se em perfeita harmonia com a antropologia contemporânea, como ensina Barreto (2011, p. 34), “a qual elimina critérios raciais, inaceitáveis e realça a continuidade histórica e a autoidentificação como definidoras da etnia”.



## 2 TRATAMENTO JURÍDICO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO BRASILEIRO

Santos Filho (2012, p. 18) afirma que “a legislação indigenista brasileira se inclinou sempre pela exclusiva defesa dos interesses dos colonizadores sem preocupação ou respeito com a cultura dos índios que já habitavam as terras”. Do mesmo modo Souza (2008, p. 1-2) afirma que o Estado brasileiro sempre pautou sua relação com os povos indígenas muito mais pela negação do que pelo reconhecimento de seus direitos, já que possuía interesse pelas terras que hoje ocupa aliada à concepção ideológica etnocentrista a respeito dos povos considerados primitivos, levando o Estado a apostar na extinção dessas populações.

A Constituição Republicana de 1891, assim como a Constituição do Império, não continham nenhuma previsão legal sobre os direitos indígenas. Apenas em 1910 foi editado o Decreto 8.072, criando o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, transformado em 1918 no Serviço de Proteção ao Índio (SANTOS FILHO, 2012, p. 18). O Decreto 8.072

previa a demarcação das terras ocupadas pelos índios, que delas teriam usufruto exclusivo; estabelecia a colocação em prática de meios mais eficazes para evitar que civilizados invadissem terras de índios e reciprocamente; preconizava o respeito à organização interna das tribos, seus hábitos e instituições, e a promoção, sempre que possível, da restituição dos terrenos ocupados” (SANTOS FILHO, 2012, p. 37).

Em 1916, foi aprovado o Código Civil, que previa em seu art. 6º a relativa capacidade dos índios para a prática de atos da vida civil e, em 1928, foi editado o Decreto 5.484, que regulava a situação dos índios nascidos em território nacional, com cinquenta artigos (SANTOS FILHO, 2012, p. 38).

Foi apenas a Constituição de 1934 “que tratou dos direitos dos povos indígenas, assegurando aos índios a posse de seus territórios, atribuindo à União a responsabilidade pela promoção da política indigenista”, previsão esta mantida pelas Constituições de 1937 e 1946 (SANTOS FILHO, 2012, p. 40). Em 1961 foi criado o Parque Nacional do Xingu, no governo do Presidente Jânio Quadros, tendo por fundamento a preservação das condições em que viviam diversos povos indígenas da Região do Xingu, incluindo o seu meio ambiente (ARAÚJO, 2006, p. 28).

A Constituição de 1967, além de reconhecer a posse das terras que habitavam aos silvícolas, também previu o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades neles existentes. Foi também no ano de 1967 que foi editada a Lei nº 5.371, a qual substituiu o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) pela FUNAI – Fundação Nacional

do Índio, tendo por finalidade “aplicar a política em prol do índio no território nacional; zelar pelo patrimônio indígena; fomentar estudos sobre populações indígenas que vivem em território brasileiro e garantir sua proteção; demarcar, assegurar e proteger as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (SANTOS FILHO, 2012, p. 43).

Araújo (2006, p. 31) afirma que

a FUNAI ergueu-se sobre os escombros do SPI, aproveitando inclusive a sua estrutura de pessoal, recursos etc. [...] Se algo de novo havia, quando aparecia, vinha na forma de funcionários sem nenhuma experiência de trabalho com os índios, provenientes de outros órgãos que, funcionando em Brasília, estavam sendo transferidos para outras partes do país.

O SPI foi extinto porque “enfrentou uma avalanche de denúncias sobre irregularidades administrativas, corrupção, gestão fraudulenta do patrimônio indígena, em especial dos recursos naturais das terras indígenas” (ARAÚJO, 2006, p. 31).

Em 1973 foi editada a Lei nº 6.001,

conhecida como Estatuto do Índio, disciplinando as relações do Estado e da sociedade civil brasileira com os índios. Constituída por sessenta e oito artigos, divididos em sete títulos, essa lei regula a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e “integrá-los”, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional (art.1º) (SANTOS FILHO, 2012, p. 44).

O Estatuto do Índio possui o mesmo princípio contido no Código Civil de 1916, classificando os índios como relativamente incapazes, devendo ser tutelados pelo órgão indigenista estatal que, de 1910 a 1967 era representado pelo Serviço de Proteção ao Índio – e, atualmente, é pela Fundação Nacional do Índio. A tutela só cessa quando houver a integração dos indígenas à sociedade nacional (ESTEVEZ, 2012, p. 17). Como preleciona Araújo (2006, p. 32), era objetivo desse Estatuto fazer com que eles gradativamente “deixassem de ser índios. Tratava-se, portanto, de uma lei cujos destinatários eram como `sujeitos em trânsito`, portadores, por isso mesmo, de direitos temporários, compatíveis com a sua condição e que durariam apenas e enquanto perdurasse essa mesma condição”.

Silveira (2011, p. 55) adverte que “a capacidade relativa do índio é, também, um reflexo das ideias positivistas, pois, pela Lei dos Três Estados de Auguste Comte, os índios estariam em um estágio inicial da escala civilizatória e não teriam discernimento completo para responderem, por si próprios, perante os atos da vida civil”.

O marco do direito constitucional indígena se deu apenas de 1988 com a Constituição cidadã, possuindo “um Capítulo composto de previsões concernentes aos índios onde foram delineados os contornos de como devem ser efetivadas as relações entre os índios, seus povos e o

Estado brasileiro” (SANTOS FILHO, 2012, p. 45). Preleciona esse autor (2012, p. 46) que a Constituição de 1988 é considerada um marco para os povos indígenas porque cria uma postura inovadora no ordenamento jurídico pátrio, abandonando uma política de perspectiva assimilacionista e reconhecendo aos índios o direito à diferença, tornando explícita a multietnicidade e multiculturalidade brasileira.

Do mesmo modo aduz Scotti (2013, p. 491-492), reconhecendo que apenas a partir da “Constituição Cidadã” de 1988

o patrimônio cultural passou a ser considerado um direito dos povos indígenas e de toda a sociedade brasileira, não uma situação transitória, vestígio do passado a exigir superação pela modernização, mas uma garantia do multiculturalismo e um elemento central para a autocompreensão ética e nacional.

Santos Filho (2012, p. 46), citando Paulo de Bessa Antunes, ensina: “Reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, o art. 231 alberga o direito à alteridade, ou seja, o direito de o índio ser diferente, o que implica a aceitação de que a cultura dos não-índios não é a única forma de cultura válida”.

Em razão dessa nova orientação, afirma Santos Filho (2012, p. 47), citando Orlando Vilas Boas Filho, “as populações indígenas deixam de ser encaradas a partir de sua futura integração à sociedade brasileira, e sim, a partir de si próprias, de modo a ganhar visibilidade”. Como aduz Silveira (2011, p. 58), “é a Carta cidadã que, finalmente, põe um fim na categorização entre índios isolados e índios integrados, superando, definitivamente, as distinções impostas pelo Estatuto do Índio e valorizando a diversidade cultural brasileira”.

O paradigma da integração foi abandonado pela Constituição de 1988 e, em seu lugar, foi erguido o paradigma da interação, cujo fundamento é precisamente a diferença (BARRETO, 2011, p. 42). Em face desse novo contexto político-jurídico, Santos Filho (2012, p. 48) preleciona que “os dispositivos do Estatuto do Índio, Lei 6.001/73, forjados sob a óptica assimilacionista, [...] não foram recepcionados pelo novo sistema constitucional implantado a partir de 1988”.

Do mesmo modo assevera Roweder (2010, p. 219) afirmando que a Constituição Federal de 1988 “revogou, tacitamente, alguns artigos da Lei nº 6.001/73, principalmente no que os destituía da condição de povos etnicamente diferenciados”. Outra novidade relevante trazida pela Carta Magna brasileira de 1988 foi “a consagração do princípio de que as comunidades indígenas constituem-se em sujeitos coletivos de direitos coletivos” (SILVEIRA, 2011, p. 59).

Nesse diapasão, “a “cidadania indígena” é uma “cidadania plural”, que abarca não apenas os direitos e garantias fundamentais de cada índio,

mas os direitos comuns de toda a comunidade indígena” (SILVEIRA, 2011, p. 60).

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, diversos diplomas legais relacionados aos índios foram editados, merecendo destaque o Decreto 22 de 04.02.1991; os Decretos 23, 24, 25 e 26 de 04.02.1991; o Decreto 1.141 de 19.05.1994; o Decreto 1.775 de 08.01.1996 (revogou o Decreto 22 de 04.02.1991); o Decreto 3.108 de 30.06.1999; o Decreto 3.156 de 27.08.1999; a Lei 9.838 de 23.11.1999 e o Decreto 4.412 de 07.10.2012, todos em harmonia com a Constituição Cidadã (SANTOS FILHO, 2012, p. 53-54).

O reconhecimento à diferença imposta pela Constituição de 1988 não se confunde com incapacidade; pelo contrário, “reconhece a “capacidade” do índio para ingressar em juízo na defesa de seus direitos, sem depender da intermediação” (BARRETO, 2011, p. 43). Do mesmo modo o novo Código Civil brasileiro de 2002, que alterou o art. 6º do Código Civil de 1916, prevê em seu art. 4º, parágrafo único, “que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial, no momento o Estatuto do Índio, que deve ser aplicado no que não contrariar a Constituição de 1988 e a Convenção 169/OIT” (SANTOS FILHO, 2012, p. 54).

Barreto (2011, p. 40) afirma que o Código Civil de 2002 não representou apenas uma mudança de técnica legislativa, mas representou uma mudança substantiva na medida em que não tratou os índios como incapazes; reconheceu a capacidade dos índios, remetendo à legislação especial o dever de regulamentá-la de acordo com o novo paradigma posto pela Constituição de 1988.

Atualmente, existe o Projeto de Lei 2.057 de 1991, tramitando no Congresso Nacional, que dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas, o qual “abandona “os critérios de indianidade” contidos no art. 4º do Estatuto do Índio. Apenas uma única vez (art. 7º) usa a expressão “índios isolados”, mas mesmo assim para garantir-lhes a “integridade física e cultural” e o “direito de permanecerem como tais” (BARRETO, 2011, p. 40).

Barreto (2011, p. 34) ensina que o Estatuto das Sociedades Indígenas traz novidades interessantes, dentre as quais cita os artigos 2º, 3º e 92, vejamos:

Art. 2º Sociedades indígenas são grupos socialmente organizados, compostos de uma ou mais comunidades, que se consideram distintos da sociedade envolvente e mantêm vínculos históricos com sociedades pré-colombianas.

Art. 3º As sociedades indígenas têm personalidade jurídica de natureza pública de direito interno e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público.

Art. 92 Índio é todo indivíduo que se identifica como pertencente a uma sociedade indígena e é por ela reconhecido como tal.

Citando João Pacheco Oliveira, Barreto (2011, p. 34), preleciona que as propostas do Estatuto da Sociedade Indígena coadunam com a antropologia contemporânea, uma vez que elimina critérios raciais inaceitáveis e realça a autoidentificação como definidora da etnia.

Ressalte-se que o Estatuto das Sociedades Indígenas se encontra em tramitação no Congresso Nacional há 26 anos sem, até o presente momento, ter sido aprovado e sancionado pelo Presidente da República, permanecendo em vigor o anacrônico Estatuto do Índio de 1973, em completa desarmonia com a Carta Magna de 1988, que impõe o paradigma da interação em detrimento do paradigma da integração.

### **3 TRATAMENTO JURÍDICO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO LATINO-AMERICANO E NO DIREITO INTERNACIONAL**

Na segunda década do século XX, em países latino-americanos como Peru e México, com populações indígenas numerosas, foi marcada pela necessidade de se elaborar políticas estatais conhecidas como indigenistas, formadas por programas massivos de integração social, de saúde e educação para a população indígena (PAUL AMRY, 2006, p. 83). Isso porque as crises econômicas, políticas e sociais contribuíram para debilitar os regimes autoritários que imperaram nestes continentes, dando azo à abertura democrática e às reformas constitucionais nas quais participaram a sociedade civil, incluindo o movimento indígena (2006, p. 88).

O problema indígena foi redefinido como social e cultural em vez de racial, se distanciando das políticas de assimilação forçosa como a existente anteriormente. Cuidou-se de integrar o indígena com o cidadão, conservando os elementos de sua cultura que não prejudicassem sua integração (PAUL AMRY, 2006, p. 83). Como se sabe, por conta de uma antropologia evolucionista já ultrapassada, o índio era classificado de forma tripartite entre “selvagem”, “semicivilizado” e “civilizado”, não se aplicando aos selvagens os Códigos clássicos, uma vez que se acreditava que eles careciam de livre-arbítrio, base para a punibilidade, substituindo por isso a punibilidade pela perigosidade, próprio da ideologia da defesa social (2006, p. 85).

A mudança se deu apenas na década de 70, quando se mudou o viés teórico antropológico, passando a ser este relativista, defendendo a existência de uma pluralidade de culturas de mesmo valor, não podendo por esta razão serem julgadas sobre a base de esquemas de outra cultura.

Esse novo marco teórico antropológico entendeu que o comportamento dos integrantes de cada cultura era condicionado pela cultura na qual viviam, consoante afirmado por Ruth Benedict, citada por Paul Amry (2006, p. 87).

Essa novel reorientação antropológica interferiu inclusive na jurisprudência dos países da América Latina, conforme citado por Paul Amry (2006, p. 87), considerando que “em 1970 a Corte Suprema da Colômbia [...] rechaçou a analogia entre indígenas e menores de idade ou retardados mentais, alegando que sua condição derivava de sua cultura, é dizer, de um fator exógeno, e não de uma normalidade psíquica”. Da mesma forma, aduz esse autor (2006, p. 87), que “a mesma orientação relativista informou posteriormente a elaboração dos projetos que antecederam o Código Penal peruano de 1991”.

Tais mudanças foram fruto do reconhecimento do pluralismo cultural, tendo sido reconhecida em meados da década de 80 a identidade cultural, levando na década de 90 ao reconhecimento do direito à jurisdição própria indígena (PAUL AMRY, 2006, p. 89).

Foi na década de 80 que passou a se discutir a necessidade de redefinir as relações entre os povos indígenas e o Estado, sendo encontradas nesse período referências aos direitos humanos como justificadores da política indigenista, assim como as implicações dessa problemática para o tema das autonomias étnicas (HOLANDA, 2008, p. 100-101).

Paul Amry (2006, p. 89) ensina que as reformas constitucionais interferiram diretamente no Direito Penal dos países da América Latina, pois “era contraditório reconhecer o direito à identidade cultural e seguir penalizando condutas que refletem esta identidade”. Dessa maneira, a inimputabilidade foi reavaliada pelos penalistas, uma vez que esse conceito era estigmatizante, como ensina Juan Bustos Ramírez, citado por Paul Amry (2006, p. 89), “pois diferenciava entre pessoas que dispõem de livre-arbítrio e outras que, por falta de capacidade, se encontram relegados à categoria de seres humanos incompletos que necessitam ser tutelados”. O Código Penal peruano de 1991, por exemplo, desprezou a proposta baseada na inimputabilidade, substituindo por outra aprovada sob o nome de “erro culturalmente condicionado” (PAUL AMRY, 2006, p. 89).

No âmbito do direito internacional se pode afirmar que o tratamento jurídico dos povos indígenas possui uma intrínseca relação com os direitos humanos, que ganharam expressão na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A partir dessa Declaração, foi generalizada a preocupação de proteção dos direitos humanos no âmbito civil, político, econômico, social e cultural, refletindo um processo de evolução da humanidade, conhecido como dimensões de direitos fundamentais.

Os direitos humanos de primeira geração estabelecem regras de limitação ao Estado, afirmam a defesa dos indivíduos em face do poder soberano do Estado, proclamam os direitos civis e políticos do cidadão. Os direitos humanos de segunda geração, por sua vez, exigem uma prestação positiva do Estado, efetivando direitos econômicos, sociais e culturais e acentuando o princípio da igualdade (SANTOS FILHO, 2012, p. 56-57).

Já os direitos humanos de terceira geração são os que têm como titulares a coletividade (povo, família, nação, etnia), estando incluídos neles os direitos dos povos indígenas, que “relacionam-se com a proteção da dignidade humana, como a proteção ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz e ao patrimônio comum da humanidade” (SANTOS FILHO, 2012, p. 57). Essas gerações de direitos humanos não se sucedem, mas interagem entre si. “Acolhem a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação” (PIOVESAN, 2006, p. 135).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, juntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos (SANTOS FILHO, 2012, p. 62). O sistema global de proteção dos direitos humanos é inaugurado a partir dessa Carta Internacional de Direitos Humanos que, ao lado do sistema regional de proteção dos direitos humanos já existente – nos âmbitos europeu, americano e posteriormente africano – forma a estrutura normativa de proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p. 152).

O sistema global e os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos são complementares, “na medida em que o sistema especial de proteção é voltado, fundamentalmente, à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem tutela especial” (PIOVESAN, 2006, p. 178). Santos Filho (2012, p. 69) afirma que “é expressivo o número de instrumentos internacionais específicos de direitos humanos ligados diretamente aos índios”, sendo o primeiro deles datado de 1957, momento em que foi editada a Convenção 107 da OIT – Organização Internacional do Trabalho, a qual se relacionava com a proteção das populações indígenas e outras populações tribais de países independentes. Essa Convenção 107 da OIT foi aprovada no Brasil pelo Decreto 20 de 1965 e promulgada pelo Decreto 58.824, de 1966, porém, “com a evolução da mentalidade sobre a causa indígena, a Convenção 107/OIT, passou a sofrer fortes resistências, visto estar alicerçada na proposta de integração das populações indígenas na vida dos países” (SANTOS FILHO, 2012, p. 71).

Assim, em 1989, a Convenção 107/OIT foi revisada pela Convenção 169/OIT, “assegurando o direito de os povos indígenas viverem e se desenvolverem como povos diferenciados em conformidade com seus padrões próprios” (SANTOS FILHO, 2012, p. 71-72). A Convenção 169/OIT foi promulgada pelo Brasil pelo Decreto 5.051, de 2004, e é constituída por quarenta e três artigos distribuídos em dez seções e

define a política geral para o tratamento dos povos indígenas, obrigando os governos a assumirem a responsabilidade de desenvolver ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade (art. 2º), e garantir o gozo pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação (art. 3º) (SANTOS FILHO, 2012, p. 75).

Torres Romero (2009, p. 4) aduz que a Convenção 169 da OIT é um dos diplomas internacionais mais importantes sobre os direitos indígenas, ressaltando três artigos fundamentais, quais sejam: 8, 9 e 10, uma vez que “outorgam aos povos indígenas o direito de administrar sua justiça segundo suas próprias pautas culturais, invocam aos Estados a obrigação de respeitar suas próprias decisões”.

Além desses dois diplomas específicos relacionados aos índios – Convenção 107/OIT e Convenção 169/OIT – podem ser citados ainda outros:

Instrumentos integradores do sistema especial de proteção dos direitos humanos relacionados aos índios, tais como: a Convenção para prevenção e a repressão do crime de genocídio (ONU/1948); a Convenção relativa à luta contra discriminação no campo do ensino (UNESCO/1960), e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (ONU/1966) (SANTOS FILHO, 2012, p. 76).

Deve ser realçado, ainda, consoante Santos Filho (2012, p. 76-77), a Agenda 21 (ONU/1992), documento elaborado durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano realizada no Rio de Janeiro em 1992, uma vez que “um capítulo inteiro desse documento foi dedicado para o reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades”.

Importante também é a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, citada por Esteves (2012, p. 31), aprovada por unanimidade na Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em 2001, por 185 países. Esse documento mostra a necessidade de reconhecimento da diversidade cultural para que possam existir reformulações nas políticas governamentais no tocante à inclusão social e participação da sociedade no âmbito civil e político.

Por fim, não pode deixar de ser citada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada na Assembleia



Geral da ONU, em 13 de setembro de 2007. Constitui um instrumento internacional que apresenta interesses tanto da ONU quanto dos povos indígenas, estabelecendo um modelo para o futuro com paz e justiça, fundada no respeito e reconhecimento mútuos (ESTEVES, 2012, p. 32-33). Esta Declaração é de capital importância para os povos indígenas porque “ênfatisa os direitos indígenas de manter e reforçar suas próprias instituições, tradições e culturas seculares, além de promover o desenvolvimento de acordo com suas necessidades e aspirações” (ESTEVES, 2012, p. 33).

Ademais, aduz Esteves (2012, p. 33), “traz o compromisso dos Estados signatários para arcarem com medidas que ajudem a garantir que os povos indígenas tenham seus anseios e decisões sobre os assuntos pertinentes respeitados”.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas aborda os direitos individuais e coletivos como direitos culturais e de identidade, afirmando que os indígenas possuem o direito de manterem e desenvolverem seus próprios costumes, espiritualidade, tradições e práticas (ESTEVES, 2012, p. 33-34).

Rechaça peremptoriamente o paradigma assimilacionista, contido no anacrônico Estatuto do Índio, afirmando em seu art. 8º que “os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura” (DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS, 2008).

Esteves (2012, p. 34) aponta ainda a importância dos arts. 18 e 19 dessa Declaração, os quais “ênfatisam o direito de participação desses povos nas tomadas de decisões sobre questões que afetem seus direitos [...] e o dever do Estado de cooperar com boa-fé com os interessados”.

#### **4 MONISMO ESTATAL E O PROBLEMA DO RECONHECIMENTO DOS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS**

A ideologia jurídica ocidental surge juntamente com os Estados modernos, dotando o conteúdo semântico do Direito de ideias como poder, coerção e controle e produzindo a crença de que o Estado é um elemento indispensável para garantir a ordem social. Consoante ensina Wolkmer (2001, p. 26),

o fenômeno jurídico que florescerá na moderna cultura europeia ocidental, a partir do século XVII e XVIII, corresponderá à visão de mundo predominante no âmbito da formação social burguesa, de modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista e da centralização política, através da figura de um Estado Nacional Soberano.

“Tal concepção atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão se impondo” (WOLKMER, 2001, p. 46). Nasce o monismo jurídico, “fortemente associada ao declínio do Feudalismo, aos interesses absolutistas da monarquia fortalecida e às novas necessidades de regulamentação centralizadora das práticas mercantis prevaletentes”. Esse é o que Wolkmer (2001, p. 51) denomina de primeiro ciclo do monismo jurídico. O segundo ciclo abarca o período da Revolução Francesa até o final das principais codificações do Século XIX. Durante esse período,

o Direito Estatal não será mais reflexo da vontade exclusiva de soberanos absolutistas, mas produto da rearticulação das novas condições advindas do Capitalismo concorrencial, da crescente produção industrial, da ascensão social da classe burguesa enriquecida e do liberalismo econômico, condições essas movidas pela lei do mercado, com a mínima intervenção estatal possível.

É nesse segundo ciclo que se verifica “a gradativa postulação e redução do Direito Estatal ao Direito Positivo, consagra-se a exegese que todo o Direito não só é Direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito” (WOLKMER, 2001, p. 55).

O terceiro ciclo do monismo jurídico é caracterizado por “uma legalidade dogmática com rígidas pretensões de cientificidade e que alcança seu apogeu dos anos 20/30 aos anos 50/60 deste século”. É nesse ciclo monístico que o Direito se impõe enquanto uma “Teoria Pura” kelseniana, “que o Estado é identificado com a ordem jurídica, ou seja, o Estado encarna o próprio Direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único” (WOLKMER, 2001, p. 57).

Por fim, aduz Wolkmer, chega-se ao quarto e último ciclo do monismo jurídico situado a partir dos anos 60/70. Este período é marcado pelo “esgotamento do paradigma da legalidade que sustentou, por mais de três séculos, a modernidade burguesa-capitalista”. Porém, a despeito da crise do modelo legalista caracterizada pela gradual perda de sua funcionalidade e de sua eficácia, “a variante estatal normativista resiste a qualquer tentativa de perder sua hegemonia, persistindo, dogmaticamente, na rígida estrutura lógico-formal de múltiplas formas institucionalizadas” (WOLKMER, 2001, p. 58-59).

Hodiernamente, portanto, ainda subsiste a ideologia do centralismo jurídico, da identificação do Estado com o Direito, da interdependência mútua entre esses dois entes político e jurídico, sem a qual se tornou inimaginável pensar em um sem o outro. Consoante ensina Santos (1988, p. 165), “o direito estatal continua a ser, no imaginário social, um direito central, um direito cuja centralidade, apesar de fortemente abalada, é ainda

um fator político decisivo” e umas das consequências advindas disso é a falsa crença de que as sociedades tradicionais são sociedades sem Direito.

As sociedades primitivas são sociedades sem Estado, mas não sem Direito. Consoante ensina Barbosa (2001, p. 27), citando Shirley:

Muitas sociedades existiram e ainda existem sem quaisquer leis escritas, ou poder burocrático, ou violência organizada do Estado. Isto não significa que essas sociedades não tenham regras ou normas sociais, nem quer dizer que não há mecanismos de controle social ou sanções contra aqueles que infringem essas regras.

Apenas uma visão etnocêntrica pode sustentar que não se pode imaginar uma sociedade sem Estado e que o Estado é o destino de toda a sociedade, entendendo que “a história tem um sentido único, de que toda sociedade está condenada a inscrever-se nessa história e a percorrer as suas etapas que, a partir da selvageria, conduzem a civilização” (CLASTRES, 1974, p. 3). Esse autor adverte que tal divisão tipológica entre selvageria e civilização só se deu a partir do surgimento do Estado, que forneceu a toda a sociedade o seu elo lógico, traçando uma linha irreversível de descontinuidade entre as sociedades (1974, p. 12).

Essa visão distorcida e imposta pelos Estados modernos ocidentais se pautou na ideia de desenvolvimento ligado à produção material, notadamente a partir do século XIX em decorrência de um pensamento antropológico denominado de “evolucionismo unilinear”. A cultura, para essa corrente de pensamento, “desenvolve-se de maneira mais ou menos uniforme, sendo aceitável pressupor que cada sociedade percorresse as mesmas etapas evolutivas” (BARRETO, 2011, p. 35). Como aponta Curi (2012, p. 231), as teses antropológicas evolutivas

fundamentam suas teorias na ideia de que toda a humanidade atravessa sucessivamente, seguindo uma única direção, uma trajetória do simples para o complexo, do irracional para o racional, compreendendo três fases de desenvolvimento: a selvageria, a barbárie e, finalmente, a civilização.

Transposto essa ideologia para as sociedades indígenas, nasce a falsa percepção de que é preciso “civilizar os grupos de cosmovisão primitiva a partir de uma suposição básica de que a cultura moderna é superior à primitiva, baseando-se em ideias do darwinismo social que fundamentam o prevaecimento dos grupos fortes sobre os fracos” (BARBOSA, 2001, p. 24). O índio, nessa concepção, “é um ser “primitivo” e “em processo de evolução” para a condição de “civilizado” ou com os termos empregados pela legislação a caminho da integração à “comunidade nacional” (BARRETO, 2011, p. 36).

Holanda (2008, p. 99) ensina que “foi mediante o gradativo acúmulo de conhecimentos e práticas que o conceito de civilização tornou-se sinônimo de ação sobre os índios”. Transposto tal crença para o plano jurídico, a ideologia do desenvolvimento “consiste em considerar

desenvolvidas as sociedades que adotaram as técnicas jurídicas ocidentais, onde as codificações são símbolos de desenvolvimento jurídico” (BARBOSA, 2001, p. 33).

Dessa forma, ensina Barbosa (2001, p. 36), citando Rouland, houve uma progressiva transferência no plano jurídico dos costumes para as leis, da vingança para a pena, “sendo considerada sanção civilizada pela existência de um aparelho especializado com a intervenção determinante de um terceiro [...] com bastante poder e na condição de representante da sociedade”.

Essa visão, entretanto, está bastante equivocada, como demonstra o estudo de campo de Malinowski (2015, p. 53), realizado ao noroeste da Melanésia em 1926. O Direito não se encontra imbricado à existência de uma sanção oriunda de um poder central, mas é definido a partir de suas funções no campo das relações sociais, que “devem ser buscadas na concatenação das obrigações, no fato de elas serem organizadas em cadeias de serviços mútuos, numa reciprocidade que se estende sobre longos períodos de tempo e cobre amplos aspectos de interesse e atividade”.

A lei da sociedade “civilizada” encontra seu análogo na sociedade “primitiva” nos incentivos sociais e psicológicos complexos. Teleologicamente são iguais, uma vez que ocorre a submissão de seus membros no tocante ao comportamento esperado, diferenciando-se, entretanto, no aspecto formal, já que naquela a mensagem é transmitida de forma escrita, nesta a comunicação ocorre por meio das práticas sociais.

As práticas sociais dos povos indígenas caracterizam o seu direito como consuetudinário, sendo esse “um conjunto de normas sociais tradicionais, criadas espontaneamente pelo povo, não escritas e não codificadas” (CURI, 2012, p. 231). Curi citando Gayosso (2012, p. 236) afirma que

o direito costumeiro para os povos indígenas atende a uma cosmovisão fundada em princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos. São regras aceitas e aplicadas pela sociedade porque a consciência coletiva diz que são boas para os homens. Sua aplicação não requer a inclusão de tais regras em textos normativos, pois o que as tornam legítimas é a consciência comum do grupo que, por meio do conhecimento dos princípios gerais que regem as suas condutas, sustenta as regras determinadas para a resolução de problemas específicos.

A força vinculante do costume, consoante Losano (2007, p. 320),

fundamenta-se ou na sanção positiva da reciprocidade (com base na qual o sujeito aceitar adotar um certo comportamento porque a ele vincula uma obrigação de outro na qual está interessado), ou na sanção negativa, ou seja, na punição derivada de antepassados reverenciados ou de divindades temidas, ou seja, de seres sobrenaturais.

Villares (2012, p. 23) ensina que “o uso de retribuições e penas para determinadas condutas é constante, mas os pressupostos da pena prevista anteriormente e de algum procedimento formal para impingi-las não é regra”. Portanto, menciona Curi (2012, p. 235),

a afirmação de que os indígenas não têm lei, inculcada no senso comum e na compreensão de juristas mais conservadores, é alimentada pela ideia de que a “primitividade” das relações sociais desses povos não comportaria as características do Direito. Uma concepção ultrapassada dentro da antropologia jurídica moderna.

É fato a existência do sistema jurídico indígena, é certo que ele existe, porém, de forma diversificada. Como ensina Souza (2008, p. 9),

os Direitos indígenas precisam ser compreendidos nos seus próprios termos, isto é, sem serem qualificados ou hierarquizados conforme o padrão do Direito estatal, considerados “não escritos”, “sem tribunais” (entres outras qualificadoras negativas) e, desse modo, “inferiores” ou “subsidiários” em relação ao Direito estatal.

São plúrimos os sistemas jurídicos indígenas e não uno, uma vez que os grupos indígenas existentes no território brasileiro são muito diversificados e diferenciados entre si, variando muito em função do contato que tem com a sociedade nacional. Conforme aduz Barbosa (2001, p. 22):

Há sociedades indígenas em contacto muito antigo com a sociedade brasileira, em condições de dependência quase absoluta, em todos os níveis de sua realidade – econômica, social, política e jurídica – e há sociedades indígenas ainda não contactadas; há, outrossim, extenso leque intermediário.

O certo é que todas as comunidades indígenas possuem o seu próprio regramento, podendo ser análogo ou não ao Direito estatal, a depender do grau de contato que o grupo indígena considerado guarda em relação à sociedade nacional.

Apesar dessa realidade, o Estado brasileiro adota a mesma legislação especial para regular toda essa diversidade cultural, “outorgando unilateralmente direitos genéricos através de sua própria lógica jurídica aos indivíduos e às próprias sociedades indígenas” (BARBOSA, 2001, p. 18). Entretanto, esta postura estatal não é a mais adequada como ensinam Silva e Machado (2014, p. 37), “uma vez que observando os padrões de uma população que não possui os mesmos critérios de criminalidade e moralidade, os mesmo não se sentiriam minimamente responsáveis pelas consequências do ato”.

Segato (2006, p. 211-212) explica que

a ideia de uma sociedade nacional como uma unidade de base étnica e com as características de uma comunidade moral prescreve continuidades entre a lei e o costume do grupo dominante para todos os habitantes de seu território, afirmando o parentesco entre o sistema legal e o sistema moral desse grupo particular e, portanto,

entre o regime de contrato – no qual se baseia a ideia de Constituição e Jurisprudência – e o regime de status, assentado no costume.

A despeito desse fato, a legitimidade do Direito das comunidades indígenas mantém-se incólume, uma vez que são “via de regra, restritas ao seu próprio espaço territorial, político e social, elas serão sempre legítimas para os afetados por terem sido criadas e aplicadas por eles próprios” (BARBOSA, 2001, p. 20).

Consoante ensinam Yamada e Belloque (2012, p. 125): “Os sistemas de organização social indígena têm um valor intrínseco à cultura e moral dos povos indígenas, tal como o sistema de organização não indígena representa e se legitima para o não índio”.

Entretanto, apesar dessa suposta igualdade axiológica entre ambas as organizações sociais – indígena e não indígena –, Segato (2006, p. 211) preleciona que não existe o reconhecimento dos costumes indígenas por parte do Estado brasileiro como equivalente à lei positivada, pois

se afirmarmos que a norma moral tradicional vale tanto quanto a lei, estaremos no caminho do reconhecimento pleno da autonomia dos povos originários, mas nos distanciaremos, na maior parte dos casos, do que os instrumentos internacionais promulgam com relação aos direitos humanos da mulher e até, em alguns casos, das crianças, entre outras categorias marcadas por um status inferior e dependente.

Apesar disso, o direito de criar e aplicar suas próprias regras de conduta é extraído do princípio da autodeterminação dos povos indígenas, é um direito à coexistência pacífica no interior do Estado com o resto da população, tratando-se de uma descolonização interna.

Amparados pelo princípio da autodeterminação dos povos, não apenas podem como devem os povos indígenas viver no seu território sob o comando de seus regramentos, sob o manto de sua cultura, devendo ser reconhecida pelo Estado sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, consoante preconiza o art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil.

O Estado brasileiro, por adotar uma postura monista, não aceita o regramento indígena e entende que deve intervir em suas práticas culturais de modo a normatizar aquilo que para os índios já se encontram normatizados.

Os sistemas jurídicos indígenas, a despeito de existirem de fato, acabam sendo encobertos pela sociedade nacional que impõe o jugo de sua tutela ainda que isso represente uma violação dos direitos fundamentais indígenas, pois, como adverte Villares (2012, p. 24), “se o Direito ignora o pluralismo jurídico e a existência de formas indígenas próprias de resolução de suas ações e conflitos, é colocado em risco o direito individual do índio e o direito coletivo de todo um povo”.

## CONCLUSÃO

O artigo ora apresentado busca provocar uma reflexão acerca do sistema jurídico adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro em sua matriz constitucional, com vistas a questionar a sua compatibilidade num país essencialmente multiétnico e multicultural como o Brasil.

Independentemente de haver reconhecimento formal dos sistemas jurídicos adotados pelas comunidades indígenas em seus territórios, fato inconteste é que eles existem e possuem eficácia para os povos dessas nações, sendo suas práxis advindas de suas crenças e tradições, construídas secularmente.

O pluralismo jurídico intraestatal, invisível aos olhos do Estado, marca sua presença em extenso espaço territorial brasileiro, como já demonstrado em estudos antropológicos apresentados no presente artigo, possuindo notabilidade e reconhecimento entre os membros das nações indígenas.

O problema ocorre apenas quando o Estado entende ser legítima a sua interferência nas organizações sociais das comunidades ameríndias, ditando regras contrárias muitas vezes aos valores, costumes e tradições desses povos, afrontando suas culturas a partir de imposições imperialistas. Esta ação estatal ocorre justamente por conta de o sistema jurídico adotado em sua matriz constitucional autorizar tal intervenção sob a égide do discurso da soberania, não questionando, igualmente, a soberania também existente das nações indígenas de se autodeterminarem em suas organizações sociais a partir de suas peculiares cosmologias, consoante positivado e defendido por tratados internacionais assinados e ratificados pelo Estado Brasileiro, a exemplo da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Sob esse prisma se compreende que o monismo jurídico acaba sendo um entrave à efetivação dos direitos fundamentais dos povos indígenas, os quais indubitavelmente possuem carga axiológica bastante diferente daqueles propugnados pela visão ocidental eurocêntrica, sendo em sua maioria direitos coletivos em detrimento dos direitos individuais propugnados e defendidos em diplomas legais elaborados desde as Revoluções Francesa e Americana, tendo seu ápice com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948.

## 7 REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Ana Valéria et al. Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença. Brasília. *Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade*. LACED/Museu Nacional, 2006.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 61ª sessão. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Nações Unidas, Rio de Janeiro, 2008.
- BARBOSA, Marco Antônio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.
- BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2011.
- BRASIL. *Estatuto do índio*. Lei nº 6001 de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)>. Acesso em: 4 jan. 2016.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 17 maio 2016.
- \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei 2057/91*. Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09NOV1991.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2016.
- CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. Coletivo Sabotagem, 1974.
- CURI, Melissa Volpato. O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico. *Espaço Ameríndio*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012.
- ESTEVES, Mônica Tatiane Romano. *O infanticídio indígena e a violação dos Direitos Humanos*. 2012. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Brasília, 2012.
- HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos? Sobre a criminalização do infanticídio indígena*. UNB, 2008. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Petrópolis: Vozes, 2015.

PAUL AMRY, René. *Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate*. Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

PONTES, Bruno César Luz. O Índio e a Justiça Criminal Brasileira. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROWEDER, Rainer Jerônimo. A Proteção do Direito dos Povos Indígenas no Brasil: uma relação necessária com os direitos humanos internacionais. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, p. 209-225, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma representação pós-moderna do Direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 24, 1988

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. Índios e Competência Criminal: a necessária revisão da súmula 140 do STJ. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012.

SCOTTI, Guilherme. Direitos Humanos e multiculturalismo: o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15, n. 106, jun./Set 2013. Disponível em: <[http://www.academia.edu/4629533/Direitos\\_Humanos\\_e\\_multiculturalismo\\_o\\_debate\\_sobre\\_o\\_infantic%C3%ADdio\\_ind%C3%ADgena\\_no\\_Brasil](http://www.academia.edu/4629533/Direitos_Humanos_e_multiculturalismo_o_debate_sobre_o_infantic%C3%ADdio_ind%C3%ADgena_no_Brasil)>. Acesso em: 13 mai. 2016.

SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. Mana, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010493132006000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010493132006000100008&script=sci_arttext)>. Acesso em: 15 maio 2016.

SILVA, Iolanda Catrine; MACHADO, Nélida Reis Caseca. Infanticídio Indígena: o direito à vida sob uma perspectiva cultural. *Formiga*, Fortaleza, v. 5, n. 1, p. 28-43, jan./jun. 2014.

SILVEIRA, Mayra. *O infanticídio indígena: uma análise à luz da doutrina da proteção integral*. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. 2011. Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/96005/295138.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 maio 2016.

SOUZA, Estella Libardi. Povos Indígenas e o Direito à Diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. In: *Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos*, 2008, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2016.

TORRES ROMERO, Sandra. Derecho Penal y Diversidad Cultural. una mirada a la nueva justicia penal en contexto Mapuche. *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, 004-10, 2009.

VILLARES, Luiz Fernando. Direito penal e povos indígenas. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura jurídica no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

YAMADA, Erika M; BELLOQUE, Juliana G. Pluralismo jurídico: direito penal, direito indígena e direitos humanos: uma análise do art. 121 do código penal brasileiro. In: VILLARES, Luiz Francisco (Coord). *Direito penal e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2012.

Recebido em: 31.05.2017

Aceito em: 05.09.2018

# LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES, ¿SON FUENTES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO?

*OS PADRÕES INTERNACIONAIS SÃO FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO?*

*THE INTERNATIONAL STANDARDS: ARE THEY SOURCES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW?*

Alejandro Pastori<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Universidade da República, Montevideu, Uruguai. (Doutor em Direito). E-mail: alejandropastori@adinet.com.uy

**Sumário:** Introducción. 1 Concepto, naturaleza y fundamento del estándar internacional. 2 Aplicación del Estándar en el Derecho Internacional. 2.1 Estándares en el Derecho Internacional Económico. 2.2 Estándares en el ámbito de los Derechos Humanos. 2.3 Estándares en el derecho ambiental. 2.4 Función y límites en la aplicación de los estándares. 3 Aplicación de los Estándares por el Juez Internacional y el “Margen de Apreciación”. Conclusiones. Notas finales. Bibliografía.

**Resumen:** Los estándares internacionales han sido útiles para el desarrollo de áreas del Derecho Internacional con escasa producción de normas duras, hasta que el propio estándar se convierte en norma por la aplicación y aceptación que de ellos hacen los propios Estados, en un ejemplo perfecto de materialización del carácter evolutivo y dinámico del Derecho Internacional. No obstante, dado el amplio margen de discreción del que goza el juez internacional en la aplicación de estándares internacionales, se hace necesaria una reflexión sobre sus peligros. La tecnificación cada vez mayor y la amplísima casuística en materia de controversias de derecho ambiental, derecho de las inversiones internacionales y derechos humanos dificultan el establecimiento de estándares fijos en el tiempo. Frente a esto, este artículo busca dar respuesta a los siguientes cuestionamientos ¿quién fija los estándares internacionales y en base a qué intereses? ¿Puede un estándar llegar a ser fuente de Derecho? ¿Existe en la normativa internacional algún indicativo de cuáles son los estándares que se deben aplicar, o va de suyo que el juez aplicará “los más reconocidos”? ¿Qué papel juega el juez internacional en la creación de nuevos estándares y cuáles son las consecuencias de su amplio margen de apreciación?

**Palabras clave:** Derecho Internacional Público. Estándares Internacionales. Fuentes.

**Resumo:** Padrões internacionais têm sido úteis para o desenvolvimento de áreas de Direito Internacional com escassa produção de normas rígidas, até que o próprio padrão se torne norma, devido à sua aplicação e aceitação pelos próprios Estados, em um exemplo perfeito de materialização da natureza evolutiva e dinâmica do Direito Internacional. No entanto, dada a ampla margem de discricão do juiz internacional

na aplicação das normas internacionais, é necessário refletir sobre seus perigos. A crescente tecnificação e a ampla casuística em matéria de controvérsias do direito ambiental, do direito internacional dos investimentos e dos direitos humanos dificultam o estabelecimento de padrões fixos ao longo do tempo. Diante disso, este artigo procura responder às seguintes questões: quem define os padrões internacionais e com base em quais interesses? Um padrão pode se tornar uma fonte de direito?

**Palavras-chave:** Direito Internacional Público. Normas Internacionais. Fontes.

**Abstract:** International standards have been useful in the development of areas of International Law with scarce production of hard law, at least until the standard itself becomes a binding norm through its application and acceptance by States themselves, in a perfect example of the materialization of the evolutionary and dynamic nature of International Law. However, given the wide margin of discretion of the international judge in the application of international standards, it is necessary to ponder on its risks. The increasing technicality and broad casuistry of disputes over environmental law, international investment law and human rights make it difficult to establish fixed standards over time. Therefore, this article seeks to find answers to the following questions: who sets international standards and based on what interests? Can standards become sources of law? Does International Law give any indication as to which standards should be applied, or will judges instinctively apply “the most recognized” standards? What is the role of the international judge in the creation of new standards, and what are the consequences of their wide margin of appreciation?

**Keywords:** Public International Law. International Standards. Sources.

## INTRODUCCIÓN

El tema de cuáles son las fuentes del Derecho Internacional Público es objeto de amplia y constante discusión en la doctrina, y de mucha producción en la jurisprudencia internacional. La ex presidenta de la Corte Internacional de Justicia, Rosalyn Higgins, explica las fuentes como la base de lo que constituye verdaderamente el Derecho Internacional Público, su sustancia (HIGGINS, 1995, p. 17).

Esa sustancia fue puesta en el papel en el tantas veces citado párrafo 1ero del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia<sup>1</sup>, que es sin duda el punto de partida de todo debate que tenga

<sup>1</sup> No en vano esta norma ha sido reconocida por la doctrina como “declarativa del contenido del Derecho Internacional en materia de fuentes”. Ver: PELLET, Alain P. Article 38. En: *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. (Zimmer-

relación con las fuentes del Derecho Internacional Público (HIGGINS, 1995, p. 18-19). El texto de esta conocida norma prevé que la Corte deberá aplicar en sus decisiones: (a) los tratados internacionales; (b) la costumbre internacional; (c) los principios generales; y, como medios auxiliares para la determinación de normas de Derecho, (d) las decisiones judiciales y la doctrina de los autores más calificados de las distintas naciones.

Sin embargo, sabemos que el Derecho Internacional Público es, en esencia, evolutivo. Por tanto, no es una rareza que esta enumeración haya sido criticada con frecuencia, por parecer restrictiva (DUPUY, 1996, p. 377), y hasta retrógrada (RIEDEL, 1991, p. 58), bajo la premisa de que la lista no puede ni debe ser exhaustiva, pues la forma en que los Estados se relacionan y asumen obligaciones va cambiando con los tiempos. En consecuencia, otras fuentes han sido ampliamente reconocidas, incluso por la Corte Internacional de Justicia, como por ejemplo los actos unilaterales de los Estados<sup>2</sup>, y los actos normativos de las Organizaciones Internacionales (BROWNLIE, 1998, p. 694).

Ahora bien, no solo de fuentes formales se nutre el Derecho Internacional Público. La rápida expansión de las relaciones internacionales y las nuevas tecnologías cambian la forma del Derecho Internacional, y sus fuentes formales – si bien son indudablemente esenciales en la regulación de esas relaciones- necesariamente han de dar paso a nuevas formas más rápidas, más flexibles y más adaptables que permitan agilizar la cooperación entre los Estados. Así, entre las muchas formas que han surgido para establecer las normas por las cuales han de regirse los Estados en sus relaciones encontramos la figura del estándar internacional, que es el objeto de estudio de este artículo.

¿Qué son estos estándares internacionales? ¿Quién los fija? ¿Qué intereses representan y, en ese sentido, de cuánta credibilidad gozan? A lo largo de este artículo examinaremos el concepto del estándar internacional, su origen, las áreas en los que son más prolíferos, y su aplicación por el juez internacional, con el objeto de determinar si esta figura podría llegar a considerarse como fuente del Derecho Internacional Público y si es lo suficientemente consistente como para aportar seguridad jurídica en las relaciones internacionales.

---

mann, Tomuschat y Oellers-Frahm, eds.). Oxford University Press, 2012, Pág. 702, citando al Prof. Georges Abi Saab y a Sir Gerald Fitzmaurice.

<sup>2</sup> Cabe destacar en este tema el reconocimiento que hace la Corte Internacional de Justicia en la primera de sus sentencias sobre las pruebas nucleares realizadas por Francia en el Pacífico del Sur del carácter obligatorio que tienen para un Estado frente a la comunidad internacional las declaraciones unilaterales hechas por funcionarios competentes. Ver sentencia en: CIJ, *Asunto de las Pruebas Nucleares* (Nueva Zelanda V. Francia), ICJ Reports, 1974, párrafos 472-474.

## 1 CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO DEL ESTÁNDAR INTERNACIONAL

La definición del concepto de estándar internacional ha causado no poca discusión en la doctrina. Para abordar la discusión es necesario hacer una acotación previa sobre la relación entre el Derecho Internacional Público y las Relaciones Internacionales. En este sentido, mientras que el primero concierne el marco normativo de la comunidad internacional, la disciplina de las Relaciones Internacionales analiza la práctica de los actores en un contexto político. En tanto nos disponemos a analizar una figura que aún busca su lugar en el marco normativo del Derecho Internacional Público, será importante mantener en mente que los estándares surgen precisamente de la interacción entre los actores de la comunidad internacional, por lo que será necesaria una visión amplia para dar acogida a ciertas reglas que provienen más bien de una base social y política que del ámbito legal.

En general, los autores parten de la noción de que la figura del estándar internacional, por ser altamente cambiante, es confusa (OUEDRAOGO, 2013, p. 157). Si lo concebimos desde el punto de vista de que, en general, debe existir siempre un estado de Derecho, el estándar viene a proporcionar una medida de lo que es correcto en Derecho. Sin embargo, la complicación surge cuando consideramos que la propia noción de lo que es el estado de Derecho no es universal, por lo que aquello que es correcto para unos, no lo será para otros, y viceversa. Entonces, ¿cómo definir un estándar en el Derecho Internacional?

La definición del estándar ha tenido dos fases en la discusión de la doctrina internacional. En primer lugar, encontramos la noción clásica, esbozada a principios del siglo XX por Roscoe Pound, filósofo estadounidense y decano de la Escuela de Derecho de Harvard, quien en su obra *Administrative Application of Legal Standards* (1919) ya entendía que el Derecho no era un mero agregado de normas, sino que incluía un sistema mucho más complejo, compuesto por normas, principios, concepciones y estándares. Según Pound, los estándares son “medidas de conducta legalmente definidas que deben ser aplicadas bajo la dirección de los tribunales” (POUND, 1919, p. 12).

Las relaciones internacionales crean día a día infinitas combinaciones de hecho, y la norma no siempre se ajusta perfectamente a ellas. Entonces, lo que se requiere es introducir un elemento que, al definir los límites de la conducta lícita, permita cierto margen de discreción que se mantenga dentro de la razón (*Harvard Law Review*, v. 34, n. 7, p. 776). Los estándares permiten formular cuáles son las expectativas generales de la sociedad respecto de la conducta de un sujeto en el curso de sus actividades, y

sirven de guía al juez para aplicar su sentido común y su experiencia frente a cada conjunto único de circunstancias.

Con esta noción, estamos ante un instrumento legal flexible y capaz de gran adaptabilidad, que sirve para regir las relaciones internacionales constantemente cambiantes, pues el estándar no busca demarcar de forma objetiva qué es lo permitido y lo prohibido, sino más bien se erige como una fórmula para evaluar la conducta de los sujetos sobre la base de un modelo.

En un contexto distinto, pero muy relacionado con las relaciones internacionales, existe en el Derecho contemporáneo una tendencia a generar normas de carácter técnico, más no vinculantes en el Derecho Internacional Público. Se trata de reglas, directrices, lineamientos o especificaciones técnicas contenidas en documentos aprobados por organizaciones de reconocida experticia en cierta materia para el uso común de los actores en sus relaciones internacionales. En este ámbito, la estandarización busca la armonización e implementación prácticas uniformes que faciliten la cooperación internacional.

Es importante destacar entonces que los estándares internacionales pueden verse desde dos puntos de vista: en sentido amplio, comprenden a todas las interpretaciones sobre el sentido y alcance de normas y que sirven para determinar la licitud de la conducta de un sujeto bajo las circunstancias particulares del caso; en sentido estricto, el término se limita al ámbito de las especificaciones técnicas u otros criterios precisos que se crean para ser usados consistentemente como reglas, guías, o definiciones de métodos, procesos, prácticas, e incluso productos y servicios. Los estándares técnicos buscan crear uniformidad para el desarrollo de actividades específicas. Algunos son normas informales, no documentados; mientras que otros son adoptados de manera formal con el respaldo de organizaciones expertas.

En cualquiera de sus formas, la figura del estándar es particularmente útil cuando estamos ante una situación de hecho para la cual el Derecho Internacional Público ha desarrollado poca o nula regulación, pero que debe ser resuelta por un juez, o incluso por un órgano que dicte actos cuasi-legislativos, como el Consejo de Seguridad de la ONU, de manera tal que la decisión en sí pueda basarse sobre una norma de “derecho duro”, mientras que el razonamiento que conlleva a la decisión, que no sería vinculante, se basa en el “derecho blando” (RIEDEL, 1991, p. 69).

Bajo esta combinación ha sido posible adelantar una gran cantidad de nociones para regular áreas que desde mediados del siglo XX hasta la fecha han tenido escaso desarrollo en el derecho duro, como el derecho de las inversiones internacionales, el derecho ambiental, los derechos sociales, económicos y culturales. Tomemos, por ejemplo, el derecho al trabajo.

Aceptado universalmente tal y como fue consagrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y posteriormente en el artículo 6 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho al trabajo no fue más que un concepto general hasta que fue desarrollado en sus distintos aspectos en el marco de la OIT – que concretó temas relativos al derecho a beneficios sociales del trabajador, la seguridad y salud laboral, los derechos de los trabajadores migrantes, entre otros – y logró convertirlos en normas de Derecho Internacional a través de más de 100 convenciones ratificadas por la mayoría de los Estados. En este caso, el desarrollo de estándares internacionales llevó, con el tiempo, a la creación de normas de derecho duro e incluso a la modificación del derecho nacional de la mayoría de los Estados. Vemos así cómo los estándares internacionales sirven para modelar conductas y para motivar la creación de nuevas normas de Derecho Internacional.

## 2 APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como ya hemos indicado, los Estados en sus relaciones internacionales suelen aplicar estándares en áreas de poco desarrollo normativo. Por la proliferación del uso de estándares en las siguientes áreas, y la existencia de estándares tanto en sentido amplio como de carácter técnico en ella, particularmente nos enfocaremos en el derecho internacional económico, los derechos humanos y el derecho ambiental.

### 2.1 Estándares en el Derecho Internacional Económico

En el ámbito del derecho internacional económico, los estándares han sido empleados por los Estados en su práctica para favorecer el desarrollo del comercio y las inversiones internacionales desde hace siglos. Por mencionar alguno, la cláusula de la nación más favorecida surgió como estándar en la época de la Carta Magna Libertatum (1215), que en su artículo 41 establece que, aún en tiempos de guerra, los comerciantes extranjeros deben tener derecho al libre comercio, siempre que exista reciprocidad. Otros estándares reconocidos del derecho internacional económico, como el mínimo estándar de trato al extranjero y el estándar de trato nacional ya aparecían en los tratados bilaterales de amistad, comercio y navegación de mediados del siglo XIX<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Por ejemplo, el mínimo estándar y el estándar de trato justo y equitativo ya aparecían en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre el Reino Unido y Bolivia el 29 de septiembre de 1840. Por su parte, el Tratado de Amistad y Comercio entre Siam y Estados Unidos, firmado el 20 de marzo de 1833, incluía la cláusula de la nación más favorecida.



Hoy en día la inclusión de estos estándares en casi todos los tratados bilaterales y multilaterales de protección de inversiones extranjeras hace pensar que estos son principios de Derecho vinculantes para todos los Estados. No obstante, como veremos a continuación, muchos de ellos siguen teniendo el carácter de estándares por tres razones: (i) no todos los tratados internacionales –sean bilaterales o multilaterales- incluyen todos los estándares de trato y protección al inversor extranjero; (ii) los múltiples tratados que sí los incluyen hacen una “personalización” del tratado según los intereses negociados de los Estados partes; y (iii) como consecuencia del punto anterior, no se considera que estos estándares hayan adquirido el carácter de costumbre, pues los Estados los acogen o no, y los aplican de forma no uniforme.

Resulta interesante hacer un análisis específico del trato nacional y de la cláusula de la nación más favorecida. Si bien estos dos parámetros son considerados junto con otros estándares de protección al inversor extranjero, al punto que también se les llama en muchos casos estándares, están aparentemente en un plano distinto, pues han sido incluidos de forma relativamente homogénea en las cláusulas de los tratados bilaterales de inversiones (TBI) y los tratados multilaterales de comercio internacional que contienen capítulos sobre inversiones (DOLZER, 2005, p. 1). Además su aplicación es, en principio, sencilla, pues solo se requiere la contrastación entre la conducta del Estado para con sus nacionales, o para con la nación más favorecida en un tratado de inversiones, para determinar si ésta es igual a la que se le da a un inversor extranjero en particular, lo cual – una vez incluido en un texto legal – le afirma un carácter normativo.

No obstante ello, el cumplimiento de estas cláusulas también depende de la aplicación de un estándar, a saber: que el inversor extranjero afectado se encuentre en “circunstancias similares” a la del nacional del Estado receptor, o del nacional de un Estado para con el que se hayan pactado condiciones más favorables.

Es aquí donde la jurisprudencia emanada de los tribunales arbitrales entra en acción para determinar el alcance del significado de la frase “circunstancias similares”. Por ejemplo, en el caso *Feldman Vs. México* (Laudo del 16 de diciembre de 2002, 18 ICSID-Rev) los árbitros interpretaron que este estándar se refería al hecho de que se trate del mismo rubro de negocios, específicamente la exportación de cigarrillos (párrafo. 171). Sin embargo, en el caso *Occidental Exploration and Production Company Vs. Ecuador* (Laudo del 1ero de julio de 2004) los árbitros Orrego Vicuña, Brower y Sweeney consideraron que el término abarca toda una actividad, que en ese caso eran los agricultores locales en general, pues “no puede circunscribirse exclusivamente el rubro dentro del cual se realiza la actividad” (párrafo173).

Por su parte, en el caso *S. D. Myers Vs. Canadá* (Primer Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, 40 ILM 1408) el tribunal arbitral estimó que para evaluar si se está ante “circunstancias similares” debe tomarse en cuenta si existe una situación en la que el Estado tenga justificado implementar regulaciones que traten al inversor extranjero de manera distinta por razones de interés público (párrafo 250). Aún más, en el caso *GAMI Vs. México* (Laudo del 15 de noviembre de 2004, 44 ILM 545, 2005) los árbitros subrayaron que las medidas tomadas por el Estado y que resultaban en un trato diferente, no estaban dirigidas solo al inversor extranjero, sino a toda la población, y por lo tanto no llevaban la intención de discriminar contra éste (párrafo 115).

Así, se podría continuar citando casos donde distintos tribunales ha interpretado extremos de diferente índole para determinar si la conducta viola el trato nacional o la cláusula de la nación más favorecida, dependiendo de la evaluación de las “circunstancias similares”. Por ello, si bien estas dos protecciones llegan a ser consideradas hoy en día como principios de derecho de carácter normativo, podemos concluir que su aplicación se basa también en estándares que deberán ser examinados en cada caso concreto.

De la misma manera, otras formas de protección al inversor extranjero son propiamente estándares sin ninguna duda y solamente eso. Entre ellos, el más conocido ciertamente es el estándar de trato justo y equitativo. Es una cláusula que aparece hoy en día en la mayoría de los tratados de inversión, pero se caracteriza precisamente por la vaguedad de su definición, lo cual ha derivado en una amplia variedad de interpretaciones por los Estados, los árbitros y la doctrina, tal y como ha sido expresado por la OCDE en Papel de Trabajo sobre Inversiones Internacionales (2004).

La discusión sobre el alcance de este estándar se centra en determinar si debe interpretarse como la base de trato al inversor extranjero, y por lo tanto es equiparable al principio consuetudinario de trato mínimo, o si se trata de un concepto autónomo de base convencional que no tiene carácter de costumbre, por lo que está sujeto a la interpretación del juez o el árbitro en cada caso concreto. Una respuesta a esta discusión nos parece clara: y es que si estuviésemos ante un principio o una norma consuetudinaria, no sería necesaria su inclusión en tratados de inversiones, y en todo caso, al ser incluida su redacción sería homogénea, como sucede con las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida.

En efecto, podemos observar que, si bien este estándar aparece en muchos TBI, los países asiáticos son famosos por omitirlo. Por ejemplo, no se encuentra la cláusula de trato justo y equitativo en los TBI firmados en la década de los años 90 por Paquistán, Arabia Saudita y Singapur

(UNCTAD, 1998, p. 54). Hoy en día, el 80 por ciento de los países del G20, que son los países que más TBIs han firmado, incluyen en sus TBI el estándar de trato justo y equitativo (POLANCO, 2018).

Dolzer y Stevens (1995) opinan que, si las partes de los TBI consideran necesario estipular este estándar como obligación expresa, en vez de remitirse simplemente al Derecho Internacional –lo cual les deja en el plano de un concepto relativamente vago como el del trato mínimo– probablemente esto sea evidencia de que el estándar de trato justo y equitativo sí constituye un estándar autónomo (p. 528). Además, algunos tratados que sí remiten al Derecho Internacional incluyen adicionalmente, de forma expresa, la cláusula del trato justo y equitativo.

De allí que la interpretación de este estándar quede en manos del juez internacional, quien deberá interpretar los extremos de su cumplimiento según las circunstancias de cada caso. Tal y como lo expresaron los árbitros en el laudo del caso *Mondev* (Mondev International Vs. EEUU, 11 de octubre de 2002) “[j]uzgar lo que es trato justo y equitativo no es posible en abstracto; debe depender de los hechos del caso particular.” (párrafo 118). El carácter casuístico de la interpretación del estándar del trato justo y equitativo ha llevado a una multiplicidad de opiniones sobre cuál es su verdadero contenido.

En el caso *Metalclad Vs. México* (CIADI, Caso No. ARB(AF)/97/1), por ejemplo, el tribunal arbitral consideró que el trato justo y equitativo incluye la obligación del Estado de ser transparente y predecible en su trato para con el inversor extranjero. Pero en *S. D. Myers Vs. Canadá* (NAFTA, Laudo del 30 de diciembre de 2002), los árbitros estimaron que el Estado actúa en violación del trato justo y equitativo solo si se demuestra que el inversor ha sido tratado de una manera tan injusta y arbitraria que es inaceptable desde el punto de vista internacional. En fin, el alcance del estándar del trato justo y equitativo queda a la interpretación del juez que deba aplicarlo y se basa ampliamente en los hechos particulares de cada caso, por lo que vemos interpretaciones muy distantes entre sí sobre cuál es su contenido.

Adicionalmente, la rápida expansión de los negocios internacionales ha hecho surgir nuevos estándares, que se concretan bajo la fórmula de códigos de conducta o de buenas prácticas. Son normas que, no siendo vinculantes, son aplicadas por los Estados en sus relaciones bilaterales y multilaterales bajo el supuesto de que constituyen medidas apropiadas para las mejores relaciones comerciales con sus pares. Un claro ejemplo de ello es el conjunto de Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos (2011), que actualmente es objeto de debate en el mundo, y que ya está generando cambios en las legislaciones de varios

países de Europa y América para exigir a las empresas responsabilidad por los efectos que sus operaciones puedan tener en otros países.

## 2.2 Estándares en el Ámbito de los Derechos Humanos

Otra área del Derecho Internacional donde los estándares han jugado un rol importante es en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Comenzando con la Declaración Universal de Derechos Humanos que, si bien hoy en día es de aceptación indiscutible como fuente de costumbre, en sus inicios fue una recolección de estándares sin carácter vinculante.

El principal aporte en el área de los derechos humanos, y muy en particular en lo que se refiere a la protección de los individuos en tiempos de guerra, es lo que se conoce como el mínimo estándar humanitario, o el estándar fundamental de humanidad.

Otra forma de establecer estándares de conducta en materia de Derechos Humanos es a través de las Observaciones Generales emitidas por los distintos órganos de la ONU. Estos instrumentos, que no tienen carácter vinculante, contienen explicaciones sobre el sentido y alcance de las normas sobre derechos humanos contenidas en los Pactos Internacionales y otros tratados sobre la materia.

Tomemos como ejemplo la Observación General N° 31 del Comité de Derechos Humanos, aprobada el 29 de marzo de 2004, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El propio texto de la Observación comienza indicando que la misma “*recoge y desarrolla*” los principios contenidos en el artículo 2 del Pacto, y en seguida pasa a explicar los límites y extremos que alcanzan al cumplimiento de tal obligación. De tal manera, la aplicación de estándares en este caso funciona de la forma siguiente: el Comité de Derechos Humanos toma una parte de la norma. Para nuestro análisis, tomemos el párrafo 1ero del artículo 2 analizado en esta Observación General:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (PIDCP, Art. 2.1).

Para determinar cómo exactamente debe ser la conducta del Estado para dar cumplimiento a esta obligación, el Comité de Derecho Humanos explica en su observación general que la obligación jurídica dimanante de esta norma

[...] tiene un carácter a la vez negativo y positivo. [...] Sin embargo, sólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas. Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto como se dispone en el artículo 2, los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos, o no adoptando las medidas apropiadas, o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado.

Así, el Comité de Derechos Humanos brinda una explicación detallada de cuál debe ser la conducta esperada del Estado para dar cumplimiento a una obligación de Derecho Internacional que sí le es vinculante. La Observación General en sí misma es derecho blando, no vinculante para el Estado, pero el juez internacional hará uso de ella en su interpretación sobre la conducta del Estado, y basado en eso hará su determinación.

### 2.3 Estándares en el Derecho Ambiental

El derecho ambiental merece mención especial en cuanto al desarrollo de estándares internacionales, pues es una de las ramas más jóvenes del Derecho Internacional Público, y la mayor parte de su desarrollo y aplicación ha sido través de estos estándares. Una vez que la sociedad internacional comenzó a ver la necesidad de aplicar rápidamente nuevas obligaciones, medidas de prevención y deberes de cooperación entre los Estados para mitigar los efectos negativos de la actividad del hombre sobre el medio ambiente, la concretización de normas convencionales se hizo lenta y difícil, mientras que la costumbre requería de la práctica uniforme de los Estados bajo una noción de obligatoriedad, lo cual también toma algo de tiempo. De tal forma que los Estados optaron por crear estándares, recogiéndolos en instrumentos no vinculantes, como las Reglas de Helsinki sobre los Usos de las Aguas de los Ríos Internacionales (1966) o la Declaración de Estocolmo, emitida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (1972).

De esta manera, fue posible regular la práctica de los Estados a través de las pocas normas de derecho convencional existente, proveniente de tratados con bajos índices de ratificación, en combinación con ciertos parámetros ambientales generalmente aceptados en la práctica que se han convertido en estándares internacionales. Un ejemplo de esta forma de aplicar el derecho ambiental puede verse en la más o menos reciente controversia entre Uruguay y Argentina por la instalación de la planta

de celulosa sobre el Río Uruguay, resuelta por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de fondo del año 2010, donde la Corte hace un extenso análisis sobre los métodos y tecnologías empleados por Uruguay en la determinación del impacto ambiental que podría tener la instalación de la Planta de Celulosa sobre el río Uruguay, haciendo mención de la importancia de emplear las mejores tecnologías disponibles y atenerse a las mejores prácticas ambientales, como estándar para el cumplimiento de la diligencia debida (*Asunto de la Planta de Celulosa sobre el Río Uruguay, CIJ* (2010), párrafos 220 al 259). Sin dudas es en este campo, además, donde es más difundida la aplicación de estándares técnicos o en sentido estricto.

#### 2.4 Función y Límites en la Aplicación de los Estándares

Podemos constatar de lo antedicho en materia de aplicación de los estándares internacionales que los mismos tienen múltiples funciones, siendo quizás la más importante la de constituir herramientas para ayudar en la interpretación y aplicación de normas contenidas en las fuentes formales del Derecho Internacional. En este sentido, el estándar internacional es una vara de medición de la conducta, que sirve para determinar si el sujeto está actuando dentro de los límites de la razón y el estado de Derecho o no. Pero también pueden ser empleados para subsanar las lagunas legales que va dejando el llamado derecho duro ante el rápido desenvolvimiento de los hechos en las relaciones internacionales, desarrollando conceptos y encabezando el camino del carácter evolutivo del Derecho Internacional Público. Por tales motivos, los estándares internacionales continuarán apareciendo en la medida en que los Estados encuentren nuevas formas de relacionarse.

Ahora bien, habiendo enumerado todas las formas en que los estándares internacionales pueden ser útiles para el desarrollo del Derecho Internacional Público, también es necesario formular algunas advertencias, en particular en lo que respecta al alcance y uso de esta herramienta. Como ya vimos, siempre que los estándares sean empleados en combinación con normas vinculantes preexistentes, el resultado será la mayor de las veces el desarrollo y evolución del Derecho Internacional.

No obstante, si se utiliza la figura del estándar internacional para reemplazar normas contenidas en las fuentes formales, o bien para intentar regular áreas no cubiertas por dichas fuentes, se incurrirá en un acto cuasi-legislativo que está fuera de los límites que imponen los procesos de formación de fuentes del Derecho Internacional. Otro peligro ciertamente sería la atribución de carácter vinculante a un estándar que no esté contemplado en alguna de las fuentes formales del Derecho.

El Derecho Internacional Público se forma única y exclusivamente por el consentimiento de los Estados, y sin éste no puede existir ninguna

norma que les obligue. En consecuencia, la naturaleza del estándar internacional no debe explicarse por la dicotomía entre normas vinculantes y no vinculantes: son simples herramientas para dar forma al futuro desarrollo del Derecho Internacional, bien sea a través de la formación de la *opinio juris* requerida para cristalizar una costumbre, o por el consenso logrado con un tratado internacional (ZEMANEK, 1997, p. 143). En todo caso, los estándares definen el inicio de este desarrollo basado en la opinión concertada de los actores en un determinado momento y sobre un tema en particular. Son un indicio de cómo debe progresar el Derecho Internacional, sea que éste finalmente siga ese camino o no.

### 3 APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES POR EL JUEZ INTERNACIONAL Y EL “MARGEN DE APRECIACIÓN”

En la advertencia de los últimos párrafos de la sección anterior nos apoyamos para iniciar esta parte, pues los estándares internacionales son aplicados con gran frecuencia e impacto por los tribunales internacionales para la resolución de controversias particulares. Esta práctica es esperada e incentivada, siempre y cuando el juez se adhiera fielmente a aplicar el estándar internacional dentro de los límites establecidos por las fuentes formales del Derecho Internacional. Sin embargo, es en la aplicación de estos estándares por el juez internacional que encontramos la mayor preocupación, pues al no ser vinculantes, pueden ser aplicados o ignorados según el caso particular, según las partes en controversia, según la opinión que el juez tenga sobre el estándar a aplicar, o según los intereses o políticas en juego.

La Corte Internacional de Justicia ha aplicado estándares internacionales en casos sobre distintas materias. En el campo del derecho ambiental, por ejemplo, su sentencia de fondo sobre el Asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros tomó en consideración los estándares ambientales:

A través de los tiempos, la humanidad ha interferido con la naturaleza constantemente, por razones económicas y de otras índoles. En el pasado, esto solía hacerse sin considerar los efectos que pudiera causar sobre el medio ambiente. Pero ante los nuevos conocimientos científicos y la creciente conciencia sobre los riesgos que puede tener para la humanidad – para las generaciones presentes y futuras – nuestra insistencia en estas intervenciones a pasos desconsiderados y sin limitación, se han desarrollado nuevas normas y estándares, establecidos en un gran número de instrumentos durante las últimas dos décadas. Estas nuevas normas deben ser tomadas en cuenta, y a los nuevos estándares se les debe otorgar el peso apropiado, no solo cuando los Estados contemplen nuevas actividades, sino también cuando continúen realizando actividades iniciadas en el pasado. *Esta necesidad de reconciliar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente está expresada adecuadamente en el concepto del desarrollo sustentable.* (Asunto del

Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria Vs. Eslovaquia), 25 de septiembre de 1997, párrafo 140). [Destaque nuestro]

Este caso no solo es valioso por el reconocimiento del peso debido que debe darse a los estándares internacionales al momento de tomar decisiones, sino que además dejó sentada la existencia del concepto de desarrollo sustentable como principio aplicable al derecho internacional (PELLET, 2014, p. 3).

Más recientemente, también dirimiendo una controversia sobre derecho ambiental, la Corte tomó en consideración estándares internacionales para determinar si Uruguay había cumplido con su obligación de diligencia debida para prevenir la contaminación del Río Uruguay. En este sentido, no solo se revisaron los estándares establecidos entre las partes a través de la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU), sino también estándares técnicos previstos en el Documento de Referencia para la Prevención y Control Integrados de la Contaminación sobre las Mejores Técnicas Disponibles en la Industria de Pulpa y Papel de la Comisión Europea, que ambas partes habían reconocido como el estándar de la industria en ese sector (*Asunto de las Plantas de Celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay)*, ICJ Reports, 2010, párrafos 224-229).

En su sentencia del Asunto relativo a la Aplicación del Convenio para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, la Corte examinó el alcance de la obligación de prevenir el genocidio, expresando que:

[...] es claro que la obligación en cuestión es una obligación de conducta y no de resultado, en el sentido de que no se puede imponer a un Estado la obligación de prevenir la comisión de un genocidio independientemente de las circunstancias: la obligación que se impone a los Estados parte es más bien la de emplear todos los medios que tengan disponibles razonablemente para prevenir el genocidio, en la medida que sea posible. La responsabilidad de un Estado no puede verse comprometida por la sola razón de que el resultado deseado no hubiere sido logrado. Ésta se produce, por el contrario, cuando el Estado no haya empleado todas las medidas que tenía a su alcance y que hubieran podido ayudar a prevenirlo. En este sentido, la noción de la “diligencia debida” reviste una crucial importancia. (*Asunto sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Represión del Crimen de Genocidio, (Bosnia Herzegovina Vs. Serbia y Montenegro)*, ICJ Reports, 2007, párrafo 430).

En este fallo la Corte reafirma que existen ciertas obligaciones internacionales que son estandarizadas, pues al ser obligaciones de conducta –y por tanto tener como estándar de medición el ejercicio de la diligencia debida por parte del Estado- su aplicación no es única y objetiva, sino que alcanza solo un deber de implementar los medios necesarios y razonables que el Estado tenga disponibles según las circunstancias. Queda a criterio del juez internacional determinar si, dadas las circunstancias de cada caso particular, el Estado ha observado una conducta suficiente como para haber cumplido con su obligación de diligencia debida.



En materia de inversiones internacionales encontramos numerosos ejemplos la aplicación de estándares por el juez internacional, y nuevamente es necesario ajustarse a las condiciones y circunstancias de cada caso a fin de determinar si una conducta es o no legal. En el Asunto Tecmed Vs. México, el tribunal arbitral del CIADI examinó la conducta del Estado para determinar si ésta se ajustaba al estándar del trato justo y equitativo. Allí se estableció que “el inversor extranjero espera del Estado recepto que actúe en forma consistente, libre de ambigüedades y con total transparencia en sus relaciones con el inversor extranjero...” (*Asunto Técnicas Medioambientales Tecmed vs. México* (Caso CIADIN.º Arb (AF)/00/2), Laudo del 29 de mayo de 2003, párrafo 154). Así, es necesario revisar la conducta del Estado en cada caso particular para llegar a una conclusión sobre la legalidad de su conducta.

En materia de Derechos Humanos, los estándares internacionales han sido aplicados como reglas jurisprudenciales contenidas en la parte considerativa o de razonamiento de las sentencias de los tribunales internacionales especializados en la materia. En el caso de nuestra región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ofrecido un cúmulo importante de decisiones que incluyen estándares en el modo que hemos descrito.

Por ejemplo, a través de esta técnica, la Corte Interamericana, en desarrollo de la norma establecida en el artículo 8, parágrafo 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, desarrolló para nuestra región el estándar que permite al juez internacional determinar cuándo se ha cumplido este plazo razonable, un concepto jurídico indeterminado (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1962, p. 171) que precisaba de la aplicación de un estándar para su determinación en cada caso concreto.

En el curso de dicha tarea, la Corte Interamericana trajo a su jurisprudencia en el *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua* (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de enero de 1997, Serie C, No. 30, párrafo 77) un estándar interpretativo que ya había sido utilizado por la Corte Europea de Derechos Humanos en varios de sus fallos<sup>4</sup>. El estándar permite al juez internacional analizar en qué momento el Estado ha cumplido con su obligación del plazo razonable.

En su sentencia sobre el *Caso Genie Lacayo*, la Corte Interamericana estableció un estándar contentivo de tres criterios que deben analizarse

---

<sup>4</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos desarrolló el estándar del plazo razonable por primera vez en dos de sus fallos a principios de la década de los 90. El primero fue el *Caso Motta Vs. Italia*, decidido en 1991 (CorteEur.DDHH, Serie A No. 195-A, párrafo 30) y el segundo el *Caso Ruiz Mateos vs. España*, con sentencia del 23 de junio de 1993 (Series A No. 262, párr. 30).

en casa caso concreto: (i) la complejidad del asunto; (ii) la actividad procesal del interesado; y (iii) la conducta de las autoridades judiciales. En esa sentencia, la Corte indicó que para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla un proceso judicial, debe analizarse en el caso concreto: a) la complejidad del asunto, para determinar si el asunto es resuelto en plazos similares o si su resolución ha sido demasiado lenta en comparación con otros; b) la actividad procesal del interesado, para establecer si éste ha tenido la diligencia esperada en el impulso del proceso; y c) la conducta de las autoridades judiciales, para verificar que éstas hayan actuado conforme a la ley interna y con la Convención Americana.

Traemos este ejemplo en particular, pues es útil para demostrar que los estándares son variables en el tiempo, y es posible adaptarlos a las necesidades suscitadas por el cambiante actuar de los sujetos del Derecho Internacional Público.

Hasta el año 2009, el estándar del plazo razonable aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera uniforme, utilizando los tres criterios que ya hemos mencionado. Pero en su fallo sobre el Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia (Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2008, Serie C, No. 192), la Corte decidió añadir un cuarto elemento a la triada del plazo razonable ya conocida:

La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. *El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo*, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve. (Párrafo 155) [Destaque nuestro]

Con este caso, y sin mayor explicación sobre la razón de la añadidura de un nuevo elemento, la Corte Interamericana cambió su propia jurisprudencia y el estándar que había venido siendo utilizado tanto en nuestra región como en Europa durante casi 20 años. La única explicación para la adición de este cuarto elemento la encontramos en el Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez, quien venía de culminar un período como Presidente de la Corte el año anterior. El análisis de este Voto Concurrente es interesante para nuestro estudio, pues revela cómo se desarrolló la formación de lo que es hoy un nuevo estándar en materia de Derechos Humanos.

El Juez García Ramírez escribe su voto concurrente solo con dos propósitos: (i) la caracterización del plazo razonable; y (ii) el análisis del papel de la víctima en los procedimientos penales ordinarios a nivel de la

jurisdicción doméstica. Al profundizar sobre el tema del plazo razonable, el juez reconoce que hasta este caso la Corte Interamericana había seguido el criterio adoptado por la Corte Europea, añadiendo: “*Me ocupé de estos extremos en diversos votos concurrentes y razonados a propósito de sentencias dictadas por la Corte Interamericana, en los términos que cito a continuación*” (párrafo 2).

En efecto, en los párrafos siguientes de su Voto, el Juez García Ramírez explica su visión sobre los tres criterios que hasta entonces definieron el estándar del plazo razonable, para luego continuar:

8. Ahora bien, en ese mismo voto correspondiente al caso López Álvarez – y en otros que adelante *mencionaré-manifesté que resultaba conveniente ampliar el análisis del plazo razonable y estudiar la posibilidad de incorporar en este concepto* – para apreciar la observancia o la inobservancia del debido proceso – otros elementos dignos de análisis. En el referido voto sostuve: “Parece posible que la complejidad del tema que motiva el procedimiento, la conducta del interesado – en la especie, el inculpado – y la actuación de la autoridad no basten para proveer una conclusión convincente sobre la indebida demora, que vulnera o pone en grave peligro el bien jurídico del sujeto. De ahí la pertinencia, a mi juicio, de *explorar otros elementos que complementen, no sustituyan*, a aquéllos para la determinación de un hecho – la violación del plazo razonable – acerca del cual no existen acotaciones cuantitativas universalmente aplicables.

9. *Entonces me referí “como posible cuarto elemento a considerar para la estimación del plazo razonable, a lo que denominé afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes* – es decir, la situación jurídica- del individuo”. Es posible que aquél incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo – “plazo razonable” – se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota. [...]

11. Volví a ocuparme en este tema en mis votos para las sentencias en los casos Sawhoyamaya (Paraguay), del 29 de marzo, y Masacres de Ituango (Colombia), del 1 de julio de 2006. *Finalmente, en la sentencia del caso Valle Jaramillo y otros la Corte Interamericana ha ampliado la consideración del plazo razonable e incorporado los elementos de apreciación sugeridos en los votos personales que mencioné*. En la base de esta admisión se halla el convencimiento de que al lado de los factores establecidos por la jurisprudencia europea y acogidos por la interamericana – o junto con ellos – es indispensable apreciar el daño mayor o menor que causa el curso – también mayor o menor- del tiempo que transcurre en la tramitación y decisión de una controversia o en la definición de una obligación o de un derecho.

Más allá de toda consideración sobre la pertinencia o no de añadir al estándar del plazo razonable un elemento más, que no viene al caso de este trabajo, este Voto Concurrente revela cómo a raíz de la opinión del juez internacional se suscita el cambio de un estándar que hoy en día es aplicado como vara de medición a la conducta de los Estados en cuanto al

cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El tema de fondo es que la indeterminación objetiva de los estándares internacionales puede ocasionar cierta inseguridad jurídica, pues toda medida estándar le da al juez un alto margen de apreciación sobre los hechos, y la decisión queda enteramente a su discreción. En este sentido, se ha criticado que cuando las decisiones judiciales se toman en base a la técnica del estándar el juez adquiere “atribuciones que lo sacan de su tarea tradicional, reuniendo en su persona el poder jurisdiccional y el poder legislativo” (OUEDRAOGO, 2013, p. 181), y de esta forma el juez puede llegar a tener el poder de legislar mediante sus sentencias, ocasionándose una confusión de poderes y la pérdida del poder normativo que está reservada a los Estados en el Derecho Internacional.

Opiniones en contrario alegan que los estándares internacionales no aportan al juez más que herramientas para ejercer su competencia en cada caso concreto, estando autorizado por las partes de la controversia a través de tratados, cláusulas compromisorias o cláusulas de arbitraje. Bien lo dijo la Corte Permanente Internacional de Justicia en el Asunto relativo al Estado de Carelia Oriental, “ningún Estado puede ser obligado a presentar sus diferencias con otros Estados a la mediación, al arbitraje, ni a ningún otro medio de solución pacífica, sin su consentimiento.” (*Asunto Relativo al Estado de Carelia Oriental (URSS Vs. Finlandia)*, CPIJ, Serie B, No. 5, 1923, p. 27). En consecuencia, las decisiones que tome el juez internacional aplicando estándares al caso concreto afectarán únicamente a ese caso particular, y si el juez legisla, su decisión solo tendrá carácter vinculante para las partes.

Nos preguntamos, sin embargo, si el hecho de que las decisiones judiciales internacionales solo tengan efectos para las partes de la controversia y en el caso particular es suficiente garantía de seguridad jurídica. En principio, el juez deberá aplicar el estándar de conformidad con un modelo de conducta aceptado en las circunstancias del caso. Pero si el juez va más allá, si legisla, ¿se rompe la seguridad jurídica? Si el juez tiene un poder discrecional tan amplio en cada caso concreto, ¿no corremos el riesgo de caer en la arbitrariedad?

El Voto Concurrente del Juez García Ramírez en el ya citado Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia plantea que el uso de un cuarto elemento para el análisis del estándar del plazo razonable abre camino hacia nuevas precisiones sobre un tema importante y que se plantea con cierta frecuencia (Párrafo 14), lo cual da a entender que el estándar del plazo razonable no se mantendrá incólume en el tiempo, sino que continuará variando en la medida en que los jueces de la Corte lo consideren “pertinente”.

Quienes defienden la noción de que la decisión del juez no puede ser arbitraria ni romper con la seguridad jurídica porque ésta es vinculante solo para las partes en el caso particular, utilizan como bandera el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que precisamente establece esta limitación. Alegan que, si las partes de una controversia voluntariamente se someten a la competencia de un tribunal internacional, la decisión que solo les afectaría en el caso concreto jamás puede ser arbitraria, puesto que el juez internacional, en su apreciación del estándar, no queda a su arbitrariedad exclusiva, “*al capricho libre de su fantasía*” (GÉNY, 1954, p. 219). Respecto a esta afirmación consideramos que, cuando las partes se someten a la jurisdicción de un tribunal internacional, y a menos que soliciten que la controversia sea resuelta en base a la equidad<sup>5</sup>, lo hacen en el entendido de que el juez conoce y aplicará el Derecho Internacional vigente, el cual habrán estudiado con el objeto de avizorar sus posibilidades de éxito en el juicio. Entonces, ¿es justo y ajustado a Derecho que el juez cambie las reglas del juego a mitad de sentencia? Si las partes van a ser medidas con una vara distinta a la que conocían antes de entrar en el juicio, ya no cuentan con la certeza jurídica necesaria para confiar en el proceso.

## CONCLUSIONES

El carácter evolutivo del Derecho Internacional Público necesariamente causa que sus fuentes vayan cambiando en el tiempo, no solo en contenido, sino que también se han ido añadiendo nuevas fuentes de Derecho. Las fuentes formales –tratados, costumbre y principios– siguen estando allí, pero a las nuevas fuentes ya reconocidas –declaraciones unilaterales de los Estados, actos cuasi-legislativos de ciertos órganos internacionales, por ejemplo– se añade el llamado derecho blando, compuesto por un cúmulo de normas no vinculantes, y en muchas ocasiones no escritas, que es donde se hacen más evidentes los cambios.

Hemos visto que el estándar internacional ha pasado a formar parte de ese derecho blando, pues no solo es aplicado para medir los alcances de la conducta lícita por el juez internacional, sino que es alegado por los Estados en sus relaciones y en la resolución pacífica de sus conflictos.

Ciertamente, la certeza jurídica requiere que los estándares internacionales sean aplicados en combinación con normas de derecho duro, basados en éstas y solo para el desarrollo y explicación de su sentido y alcance. Y es allí donde los estándares internacionales han sido útiles para el desarrollo de áreas del Derecho Internacional con escasa producción de

---

<sup>5</sup> Recordemos que el párrafo 2do del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia permite que ésta resuelva controversias sometidas a ellas en base a la equidad, siempre que ambas partes así lo acuerden expresamente.

normas duras, hasta que el propio estándar se convierte en norma por la aplicación y aceptación que de ellos hacen los propios Estados. Hasta este punto vemos la perfecta materialización del carácter evolutivo y dinámico del Derecho Internacional.

Ahora bien, dado el amplio margen de discreción del que goza el juez internacional en la aplicación de estándares internacionales, se hace necesaria una reflexión sobre sus peligros. La tecnificación cada vez mayor de los casos que se presentan ante los tribunales internacionales requiere con frecuencia que los jueces o árbitros recurran a la experticia de peritos, quienes a su vez interpretarán los estándares según su experiencia y aportarán al tribunal una opinión que el juez difícilmente puede desatender o refutar, y finalmente el caso es resuelto en base a ello.

Frente a esto, cabe preguntarnos ¿quién fija los estándares internacionales y en base a qué intereses? Un perito puede ser seleccionado directamente por el tribunal internacional, lo cual ayuda a considerarlo como experto independiente. Pero muchas veces los tribunales se apoyan en el testimonio de peritos aportados por las partes, y deben resolver entre alegatos contradictorios que representan los intereses de las partes. ¿Puede entonces existir credibilidad sobre un estándar cuando el juez se encuentra con aplicaciones contradictorias del mismo, o con la aplicación de dos estándares contrarios para una misma situación?

Otro riesgo evidente ante el margen de apreciación que asiste al juez en la aplicación de los estándares internacionales es que, al no ser estos vinculantes, pueden ser moldeados o cambiados por el propio juez. En tal sentido, la jurisprudencia amplía cada vez más su papel como fuente de derecho, y el juez llega a tener el rol de legislador, cuando no está llamado a ello. Esto es claro sobre todo cuando revisamos la cantidad laudos contradictorios que emiten los tribunales arbitrales al resolver controversias sobre inversiones internacionales, en aplicación de los estándares de trato justo y equitativo y de la Nación Más Favorecida, por ejemplo.

Por otra parte, en materia de derecho ambiental se produce el fenómeno de que los estándares llegan a ser tan científicos que su credibilidad solo se basa en la experticia de quien lo establece, pues no son temas que el juez internacional esté equipado para refutar. Aquí surgen problemas cuando hay más de una visión o interpretación científica sobre un mismo hecho, pues el juez solo puede basar su elección de manera subjetiva.

Incluso en un mundo donde los estándares fuesen aprobados de manera homogénea y universal, con la aprobación de la mayoría de los Estados y el respaldo de organismos del Derecho Internacional Público como la Asamblea General de la ONU, que está llamada por el artículo 13

de la Carta de las Naciones Unidas a promover el desarrollo progresivo del Derecho, existen riesgos asociados al hecho de que al fin y al cabo el estándar internacional no es vinculante, por lo que no podría llegar a ser considerado como fuente del Derecho Internacional, sino derecho blando.

En consecuencia, el estándar internacional sigue siendo maleable y solo podría considerarse como fuente del Derecho una vez que se cristalice como costumbre internacional, lo cual no solo requiere la concurrencia de los dos elementos, sino del paso de cierto tiempo para su consolidación. ¿Cómo generar costumbre si cada Estado aplica los estándares según sus propios intereses, o según los intereses de las grandes corporaciones? Opinamos que el juez nunca sabrá realmente si un estándar ha adquirido el carácter de costumbre internacional más que en un número limitado de casos donde su aplicación sea uniforme, dado el rápido avance de la ciencia —en el ámbito del derecho ambiental— y la gran cantidad de casuísticas diferentes, en los casos del derecho de las inversiones y los derechos humanos.

Si es tan difícil que un estándar llegue a ser costumbre, ¿bajo qué condiciones podemos llegar a decir que los estándares son fuentes de Derecho? ¿Existe en la normativa internacional algún indicativo de cuáles son los estándares que se deben aplicar, o va de suyo que se aplicarán “los más reconocidos” y queda así abierto a la decisión de los jueces o árbitros? En todo caso, asistimos a un avance del valor de la jurisprudencia: queda todo en manos del juez internacional, su experiencia y su discreción, y la certeza jurídica queda sometida a un terreno movedizo dictado por el rápido avance y cambios en las relaciones internacionales y los intereses en juego.

## REFERÊNCIAS

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Oxford University Press. 5ta ed. 1998.

DOLZER, Rudolf. *National Treatment: New Developments*. En: Simposio Co-Organizado por el CIADI, LA OCDE y UNCTAD, 12 de diciembre de 2005, París. Disponible en: <<https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf>>. Visitado en: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_; STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

DUPUY, Pierre M. En: *Collection of Essays by Legal Advisers and Practitioners*, 1996. Disponible en: <[www.un.org/law/books/CollectionOfEssaysByLegalAdvisers.pdf](http://www.un.org/law/books/CollectionOfEssaysByLegalAdvisers.pdf)>. Visitado en: 15 jun. 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Lucha contra las Inmunidades de Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). *Revista de Administración Pública*, n. 38, 1962.

GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et Sources du Droit Privé Positif: essai Critique*. 2. ed., Librairie Générale de Droits et de Jurisprudence, 1954.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international Law and How We Use It*. Clarendon Press, 1995.

OCDE. *Working Papers on International Investment: Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, No. 2004/3.

OUEDRAOGO, Awalou. *Standard et Standardisation: La Normativité Variable en Droit International*. 26.1 Revue Québécoise de Droit International, 2013.

PELLET, Allain. *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?*. Disponible en: <[https://www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/varie/GML/2015/GML\\_2015-Pellet.pdf](https://www.scienzegiuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/varie/GML/2015/GML_2015-Pellet.pdf)>. Visitado en: 15 jun. 2018.

POLANCO, Rodrigo. *Standards of Treatment II: Absolute Standards*. WTI, University of Bern.

RIEDEL, Eibe. *Standards and Sources: Farewell to the exclusivity of the sources triad in International Law?* 2 Eur. J. Int'l L. 58, 1991.

UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s*, 1998.

ZEMANEK, Karl. *The Legal Foundations of the International System: General Course on Public International Law*, Recueil des Cours 21, 1997.



# A DETERMINAÇÃO DE REEDUCAÇÃO DE AGRESSORES DOMÉSTICOS COMO MEDIDA NECESSÁRIA FRENTE À VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA NAS VARAS DE FAMÍLIA, DA INFÂNCIA E DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

*THE DETERMINATION OF REEDUCATION OF DOMESTIC AGRESSORS AS A NECESSARY MEASURE FOR PSYCHOLOGICAL VIOLENCE IN FAMILY, CHILDHOOD AND DOMESTIC VIOLENCE COURTS*

Artenira da Silva e Silva<sup>I</sup>

Gabriella Sousa da Silva Barbosa<sup>II</sup>

<sup>I</sup> Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFBA, São Luís, MA, Brasil. (Doutora em Saúde Coletiva). E-mail: artenerassilva@hotmail.com

<sup>II</sup> Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela UFBA, São Luís, MA, Brasil. E-mail: gssbarbosa@gmail.com

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Medidas Protetivas de Urgência na Lei Nº 11.340/2006. 2 Da violência psicológica como violência doméstica. 3 O uso da reeducação do agressor como medida protetiva de urgência. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** As medidas protetivas de urgência previstas entre os artigos 18 a 24 da Lei nº 11.340/2006, Maria da Penha, intentam proteger a mulher vítima de violência em ambiente doméstico e familiar da iminência de continuidade da lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos. Nesse sentido, toma-se por base uma análise de Parecer do Ministério Público do Maranhão, Processo nº 11437-60.2015.8.100001, que, ao relacionar esta demanda na vara de família com outras referentes ao mesmo conflito familiar existentes na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar da comarca de São Luís – MA pugnou, dentre as medidas a serem aplicadas, pela reeducação do agressor, praticante de violência psicológica e assédio processual. Intenta-se observar a possibilidade processual de se aplicar a reeducação como medida protetiva de urgência, a fim de se alcançar maior eficácia na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica, bem como possibilitar a prevenção da ocorrência de novos tipos de violência, independentemente de existência de ação penal e de uma possível futura condenação.

**Palavras-chave:** Medidas Protetivas de Urgência. Violência Psicológica. Reeducação do Agressor. Eficácia. Assédio Processual.

**Abstract:** The urgent protective measures provided in the articles 18 to 24 of Law Number 11.340/2006, also known as the Maria da Penha Law, aim to protect women victims of domestic and family violence from the imminence of the continuation of the injury or threat of

harm to their rights. Therefore, this article has been based on the analysis of the Statement of a Public Prosecutor of the Brazilian State of Maranhão in the Case n° 11437-60.2015.8.100001, in which the public prosecutor linked a family demand to others referring to the same family conflicts presented to the Special Court of Domestic and Family Violence against Women of São Luís-MA, requiring for, among other measures to be applied, the re-education of the aggressor, practitioner of psychological violence and procedural harassment. It is tried to observe the procedural possibility of applying re-education as a protective measure of urgency, in order to achieve greater effectiveness in the protection of women victims of domestic violence, as well as to prevent the occurrence of new types of violence, regardless of existence of criminal prosecution and possible future conviction.

**Keywords:** Urgent Protective Measures. Psychological Violence. Re-education of the aggressor. Effectiveness. Procedural harassment.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei n° 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, é reconhecida internacionalmente como um dos mais completos instrumentos legais para proteção de mulheres vítimas de violência em ambiente doméstico e familiar. Até se chegar a sua promulgação, contudo, inúmeras foram as reivindicações populares, especialmente de grupos organizados da sociedade civil e de movimentos feministas (CALAZANS; CORTE, 2011, p. 39).

Nos anos 1980, as reivindicações intensificaram-se, impulsionando ações governamentais a fim de diminuir a pressão popular por uma efetiva tutela estatal quanto à proteção de mulheres em situação de violência doméstica. Implementaram-se os Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos da Mulher de 1983, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e as delegacias especializadas no atendimento às vítimas de violência, ambas de 1985, além de ter ocorrido a inclusão na Assembleia Constituinte de 88 do inciso I do artigo 5° – igualdade entre os sexos – e do parágrafo 8° ao artigo 226 – criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 2009, p. 13).

É, pois, a partir da redemocratização do país que as mobilizações mais contundentes dos movimentos organizados da sociedade civil, por meio de seminários e reuniões, incitaram o Poder Legislativo à feitura de uma legislação que protegesse as mulheres em situação de vulnerabilidade no ambiente familiar. Desde a Lei n° 8.930/94, que inclui o estupro no rol de crimes hediondos, ou mesmo a Lei n° 10.224/2001, que tipificou o

assédio sexual no Código Penal, tem-se uma intensa discussão de projetos de lei visando à proposição de um diploma legal que incluísse as pautas reivindicadas ao longo das décadas anteriores no que tange à violência doméstica (CALAZANS; CORTE, 2011, p. 40).

Caso emblemático acerca da vulnerabilidade das mulheres vítimas de violência doméstica e da impunidade de seus agressores no país foi o da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes. Em 29 de maio de 1983 ela foi atingida por um tiro enquanto dormia, o que acabou por torná-la paraplégica. Apesar da versão dada pelo agressor de ter sido uma tentativa de assalto, mais tarde descobriu-se que o autor do disparo era seu marido, o professor universitário Marco Antônio Heredia Viveiros. Retornando à sua casa depois de um tempo no hospital para se recuperar do ataque, Maria da Penha foi alvo de um novo atentado: recebeu uma forte descarga elétrica enquanto tomava banho (CAMPOS, 2008, p. 18-19).

Concomitantemente, no cenário nacional, os debates referentes à ampliação dos direitos das mulheres em direção à aquisição da igualdade material entre ambos os sexos mostrou-se mais contundente com a pressão da sociedade para que o Poder Legislativo fosse mais atuante. Na década de 1990 essa luta ampliou-se, com a intensificação dos debates referentes à violência baseada no gênero nas pautas políticas das Delegacias Especializadas, assim também com a declaração pelo Superior Tribunal de Justiça da ilegalidade da tese, até então vigente, da legítima defesa da honra (BARSTED, 2011, p. 19).

Quanto a Maria da Penha Maia Fernandes, seu marido foi denunciado pelo Ministério Público em 28 de setembro de 1984. Contudo, após uma série de subterfúgios como recursos às sentenças condenatórias, alegações de falhas no Tribunal do Júri e a própria morosidade usual do Sistema de Justiça brasileiro, Marco Antônio Heredia Viveiros acabou preso 20 anos após o cometimento do delito (CAMPOS, 2008, p. 19).

Foi diante de tamanha morosidade processual e da utilização indiscriminada dos meios de defesa protelatórios por parte de seu agressor que Maria da Penha levou seu caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso nº 12.051/OEA, obtendo a condenação do Estado brasileiro no ano de 2001, por descumprimento do artigo 7º da Convenção de Belém do Pará, assim como dos artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CALAZANS; CORTE, 2011, p. 56).

Foi nesse panorama que o Projeto de Lei nº 4.559/2004, elaborado por um grupo de trabalho interministerial, composto pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, Casa Civil da Presidência da República, Advocacia Geral da União, Ministério da Saúde, Secretaria dos Direitos Humanos da Presidência da República

e outros grupos voltados aos estudos e lutas de gênero, foi sancionado em 2006, recebendo a denominação de Lei Maria da Penha em virtude da condenação à reparação simbólica imposta ao Brasil à autora da denúncia na Corte Interamericana (OLIVEIRA, 2013, p. 2).

Nesse contexto, esclarece-se que o foco do presente estudo é uma inovação legislativa e processual trazida pela Lei nº 11.340/2006: as medidas protetivas de urgência. Figura *sui generis*, de natureza jurídica ainda indefinida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência pátrias, são tais medidas, previstas entre os artigos 18 e 24 da lei, as de mais fácil acesso às mulheres que buscam o auxílio do poder estatal, sem necessidade de advogado, de modo a, por pedidos de proteção ao Judiciário, manterem sua integridade física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (PIRES, 2011, p. 125).

Ocorre que, mesmo representando o instrumento mais acessado pelas jurisdicionadas do referido diploma legal, tais medidas têm sido interpretadas apenas com o condão de resguardar direitos da mulher agredida, o que por si só não satisfaz o apelo social de punição do agressor e ou de qualquer medida que de fato possa prevenir a ocorrência dos fatos trazidos emergencialmente a juízo, em especial pelo processo de naturalização da violência de gênero, que comumente leva o agressor a não perceber suas ações ou omissões como violência, frequentemente responsabilizando a vítima por seus descontroles, bem como levando a mulher a não se perceber como vítima de violência de gênero ou, ainda, de introjetar culpa pela violência sofrida.

Assim, observa-se a complexidade da relação agressor-agredida em todos os tipos de violência, mas em especial no que tange à violência psicológica e ou moral, fortemente atrelada às demais modalidades de violência ou mesmo considerada a porta de entrada para o início das demais modalidades (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p. 99). Tanto a adoção de um vetor punitivo, em resposta a apelos sociais, quanto o uso exclusivo das medidas protetivas de urgência explicitadas entre os artigos 22 a 24 da Lei Maria da Penha aplicados a cada caso concreto, são insuficientes para fazer cessar a continuidade da lesão ou ameaça de lesão aos direitos humanos das mulheres, uma vez que o agressor é, assim como a vítima e seus julgadores, pessoa inserida na sociedade, cujas assujeições inserem-se em uma dinâmica em que, em maior ou menor grau, em termos conscientes ou inconscientes, a mulher é ainda significada como um ser humano naturalizado como infravalorado, devendo ser subordinada a seu companheiro e ainda manter a família a qualquer custo.

O que se percebe é que, geralmente, a decretação de prisão nos casos de violência doméstica é uma forma de punir o agressor pela desobediência à medida protetiva aplicada, e não uma responsabilização

direta pelo ato violento ou uma reflexão ou reeducação do agressor frente à violência de gênero, como expressamente previsto na Lei Maria da Penha, já que apenas na ínfima minoria dos casos levados ao Judiciário há início de ação penal (PIRES, 2011, p. 144-145).

É nesse sentido que se utilizou como estratégia de pesquisa para a proposição do presente estudo a análise do Parecer do Ministério Público do Maranhão nos autos do Processo nº 11437-60.2015.8.100001 – Ação de Cumprimento de Ação de Fazer e Obrigação de Não Fazer –, no qual, diante do descumprimento de acordo homologado no Processo nº 30722.10.2003.8.10.0001, em que o executado comprometera-se a uma série de responsabilidades parentais, as quais vinha descumprindo. O Ministério Público entendeu, consubstanciada a violência psicológica à filha de ambas as partes proferida em sentença de mérito exarada pela Vara Especializada em Violência Doméstica de São Luís-MA, pugnar pela inserção do agressor em grupo reflexivo de responsabilização e reeducação, prevista no artigo 45 da Lei Maria da Penha, sem considerar o pleito uma execução de pena, mas sim uma medida a proteger a vítima e prevenir futuras lesões a sua saúde psicológica, ou seja, pugnou o Ministério Público pela reeducação enquanto medida protetiva de urgência.

## **1 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA NA LEI Nº 11.340/2006**

As Medidas Protetivas de Urgência estão previstas no Capítulo II da Lei Maria da Penha, distribuindo-se expressamente entre os artigos 18 a 24 do diploma legal e dividindo-se entre aquelas que obrigam o agressor e as voltadas às ofendidas.

Elenca a Lei Maria da Penha um rol de medidas para dar efetividade ao seu propósito: assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência. *São previstas medidas inéditas, que são positivas e mereceriam, inclusive, extensão ao processo penal comum, cuja vítima não fosse somente mulher.* Deter o agressor e garantir a segurança pessoal e patrimonial da vítima e sua prole está a cargo tanto da polícia como do juiz e do próprio Ministério Público. Todos precisam agir de modo imediato e eficiente. A Lei traz providências que não se limitam às medidas protetivas de urgência previstas nos artigos 22 a 24. Encontram-se espreiadas em toda a Lei diversas medidas também voltadas à proteção da vítima que cabem ser chamadas de protetivas (DIAS, 2007, p. 78).

Conforme aduz Amom Albernaz Pires (2011, p. 125), são tais medidas as mais acessadas pelas mulheres que buscam a intervenção estatal, uma vez que, para além da agilidade no seu deferimento – encaminhadas ao Judiciário no expediente das delegacias – não há a necessidade de capacidade postulatória, ou seja, acompanhamento de um advogado.

Do mesmo modo, há ainda a segurança à mulher agredida – muitas vezes envolvida em quadros de dependência financeira, ou mesmo emocional, como na Síndrome da Mulher Agredida (SAUÁIA; ALVES, 2016, p. 92-93) – de que seu agressor apenas será encarcerado em caso de desobediência à determinação judicial (PIRES, 2011, p. 125).

Uma das grandes novidades da Lei Maria da Penha é admitir que medidas protetivas de urgência do âmbito do Direito das Famílias sejam requeridas pela vítima perante autoridade policial. [...] Requerida a aplicação de quaisquer dessas medidas protetivas, a autoridade policial deverá formar expediente a ser encaminhado ao juiz (art. 12, III). Quer por falta de expressa determinação legal, quer por se revelar esta exigência incabível, não há como se exigir que as medidas protetivas sejam pleiteadas por meio de procurador ou defensor. Mesmo que a Lei garanta à mulher em situação de violência acesso aos serviços da Defensoria Pública ou da Assistência Judiciária Gratuita em sede policial (art. 28), não condiciona o pedido de tutela de urgência à representação por advogado (DIAS, 2007, p. 80).

Especificamente em relação aos artigos 18 a 21, Seção I, do texto legal, observam-se as Disposições Gerais no que tange ao tratamento e processamento de tais medidas. De modo simplificado, recebido o expediente, deverá o magistrado, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, conhecer e deferir a medida que considerar plausível, assim como determinar o encaminhamento da ofendida a órgão de assistência judiciária, quando for o caso, além da comunicação ao Ministério Público, para que tome as devidas providências.

Ressalte-se, nesse ponto, que a partir da formação do expediente, exige-se o registro e autuação próprios, separados dos autos do inquérito policial e da ação penal (LAVIGNE; PERLINGEIRO, 2011, p. 295).

Voltando-se às medidas positivadas no texto da lei, torna-se importante ressaltar que o rol trazido entre os artigos 22 a 24 é apenas exemplificativo, “não esgotando o rol de providências protetivas passíveis de adoção, consoante ressaltado no artigo 22, § 1º e no *caput* dos artigos 23 e 24” (DIAS, 2007, p. 79).

Adentrando-se à Seção II, observam-se as medidas protetivas que obrigam o agressor, artigo 22, sendo elas:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II – afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III – proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV – restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V – prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Nesse sentido, o que a Seção aborda é a intenção de se distanciar da mulher agredida física, psicológica, moral, sexual ou patrimonialmente, as possibilidades de que perdurem ou repitam-se situações de violência contra ela, seus familiares ou testemunhas da agressão. Faz-se importante destacar a ressalva de que o agressor doméstico considerado por este dispositivo legal não se restringe à figura de um homem, mas pode incidir sobre outras mulheres ou pessoas que possuam vinculação doméstica e ou familiar com a vítima.

Como se trata de relações regidas pela gramática sexual, podem ser compreendidas pela violência de *gênero*. Mais do que isto, tais violências podem caracterizar-se como *violência doméstica*, dependendo das circunstâncias. Fica, assim, patenteado que a *violência de gênero* pode ser perpetrada por um homem contra outro, por uma mulher contra outra. Todavia, o vetor mais amplamente difundido da *violência de gênero* caminha no sentido homem contra mulher, tendo a falocracia como caldo de cultura. Não há maiores dificuldades em se compreender a violência familiar, ou seja, a que envolve membros de uma mesma família extensa ou nuclear, levando-se em conta a consanguinidade e a afinidade. Compreendida na *violência de gênero*, a *violência familiar* pode ocorrer no interior do domicílio ou fora dele, embora seja mais frequente o primeiro caso (SAFFIOTTI, 2004, p. 71).

No que tange às medidas protetivas de urgência direcionadas à ofendida, Seção III, artigos 23 a 24, têm-se um rol de condutas oferecidas à mulher agredida e seus dependentes. Inicialmente, no artigo 23, observam-se duas modalidades de medidas oferecidas à vítima. São elas:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

## IV – determinar a separação de corpos.

No inciso I, a providência poderá tomar caráter jurisdicional, quando solicitada pelo magistrado ou autoridade policial, como também converter-se em uma medida de cunho administrativo, quando o Ministério Público, fazendo uso de seu direito à requisição de serviços públicos de segurança, a requisitar. Outrossim, as demais medidas – incisos II a IV –, revestem-se sob o manto do âmbito das relações familiares e do Direito de Família (DIAS, 2007, p. 83).

Em relação ao artigo 24 da Lei, têm-se a proteção ao direito patrimonial da mulher vulnerabilizada, como demonstram os incisos que se seguem.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficial ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Diante do acima exposto, como aponta Caroline de Brito Silva (2015, p. 14), todas as medidas direcionadas à ofendida devem ser requeridas pela vítima à autoridade policial, uma vez que é a mesma a pessoa legítima para intentá-las, não cabendo nem ao magistrado, ou mesmo à autoridade policial, seu deferimento de ofício.

## 2 DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA COMO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência remonta às origens da humanidade. Percebem-se as constantes disputas de poder que envolvem a convivência humana na sociedade ao longo da história, enredadas pelo ódio e vontade de se aniquilarem povos ou indivíduos. Apesar de seu caráter sócio-histórico, a violência passa a tornar-se questão de saúde pública à medida que começa a afetar a saúde individual e coletiva dos membros da sociedade (MINAYO, 2005, p. 10).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a violência como o uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio,



outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação (DAHLBERG; KRUG, 2007, p. 1.165).

Perceba-se que o uso do termo “poder” na definição da Organização Mundial de Saúde é revelador quanto à potencialidade da violência em relações de assimetria social, quando uma das partes se vê vulnerabilizada, tal qual ocorre nos casos de violência pautados no gênero.

A violência não é uma, é múltipla. De origem latina, o vocábulo vem da palavra *vis* que quer dizer força e se refere às noções de constrangimento e de uso da superioridade física sobre o outro. No seu sentido material o termo parece neutro, mas quem analisa os eventos violentos descobre que eles se referem a conflitos de autoridade, a lutas pelo poder e a vontade de domínio, de posse e de aniquilamento do outro ou de seus bens. Suas manifestações são aprovadas ou desaprovadas, lícitas ou ilícitas, segundo normas sociais mantidas por usos e costumes naturalizados ou por aparatos legais da sociedade. Mutante, a violência designa, pois – de acordo com épocas, locais e circunstâncias – realidades muito diferentes. Há violências toleradas e há violências condenadas (MINAYO, 2005, p. 13).

É nesse sentido que se pode afirmar haver modalidades de violência construídas historicamente, que perduram nas sociedades, encontrando-se naturalizadas, posto que os sujeitos que as cometem acreditam estar exibindo um comportamento absolutamente normal, logo tolerável e minimizável. A violência pautada no gênero amolda-se a esta categoria (MINAYO, 2010, p. 23), sendo a violência doméstica e familiar uma de suas expressões mais cruéis.

Nesse contexto, destaca-se a ocorrência de uma modalidade especial de violência, não apenas por ser o segundo tipo mais denunciado ao Disque 180 ou nas delegacias especializadas, mas também por se fazer presente, quer isoladamente quer acompanhando a ocorrência de todos os demais tipos de violência, apresentando intenso poder de dano e consequência. Segundo a divisão do Ministério da Saúde, a violência doméstica pode ser dividida em quatro modalidades de violência – dentro das quais se inserirão aquelas trazidas pelo artigo 7º da Lei Maria da Penha. Desdobra-se, portanto, a violência entre física, sexual, negligência – omissão de responsabilidade de um ente familiar em relação a outro – e psicológica (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p. 96).

De modo aproximado, a Lei nº 11.340/2006 aborda em seu artigo 7º as formas de violência contra a mulher, fazendo a ressalva de existirem outras formas diferentes daquelas positivadas no texto legal, o que demonstra a clara vontade do legislador em se atentar às especificidades do caso concreto, visando assim obter a máxima proteção da mulher agredida. O legislador traz como espécies de violência contra a mulher sob o manto da lei a física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...]

II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

A violência psicológica pode ser caracterizada como “toda ação ou omissão que causa ou visa causar dano à autoestima, à identidade ou ao desenvolvimento da pessoa” (DAY et al, 2003, p. 10). Sua inserção no plano da violência doméstica e familiar é de extrema importância, uma vez que, para além de sua alta incidência – representando 31,10% das denúncias de violência à Central de Atendimento à Mulher no primeiro semestre de 2016 (COMPRIMISSO E ATITUDE, 2017, p. 1), é a mais frequente entre as jurisdicionadas da Vara Especializada em Violência Doméstica de São Luís-MA (2016, p. 24), locus do presente estudo de caso.

A prática da violência psicológica ainda é uma invisibilizada no sistema de justiça, arraigada a fortes concepções patriarcais da sociedade em que os sujeitos estão inseridos, incluindo-se os operadores do direito. Destaque-se que em modalidade doméstica e ou intrafamiliar a violência psicológica ocorre de modo cíclico, repetitivo e cronicado, compromete a autoestima e poder de reação da vítima, visando predominantemente seu controle, constrangimento e humilhação.

Outra dificuldade em se lidar com a violência doméstica na modalidade psicológica é que, conforme apontam estudos na área, ela geralmente vê-se interseccionada pelas demais formas de violência (SCHRAIBER et al, 2007, p. 802), sendo, portanto, subnotificada quando ocorre de modo exclusivo ou ignorada quando complementada por outra agressão mais aparente.

Esse tipo de violência ocorre primariamente, e perdura durante todo o ciclo de violência; somando-se a essa, com o passar do tempo outras formas de violência vão sendo incorporadas. Dessa forma, a violência psicológica ocorre sempre a priori. Observa-se nas vítimas sofrimento psíquico, segundo elas mais intenso do que a violência na forma de agressão física. Admitem seu caráter silencioso, crônico, comprometedor da saúde psicológica da mulher (FONSECA et al, 2012, p. 310).

É uma “porta de entrada” para as demais modalidades de violência, em que o agressor deprecia tanto a autoestima da vítima, a ponto de lhe fazer crer em seu suposto desvalor, humilhando-a ou ridicularizando-a, de modo que chegue a um ponto onde não mais reagirá às agressões vindouras (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p. 99).

Ademais, os impactos da violência psicológica são profundos na mulher vitimada. A literatura da área de saúde vem relatando desde problemas emocionais, advindos de crenças de desvalor e autodepreciação, assim como doenças psicossomáticas, podendo, o quadro geral redundar na prática ou tentativa de suicídio por parte da vítima (FONSECA et al, 2012, p. 310).

No presente estudo de caso percebeu-se uma prática duplicada de violência psicológica. O Parecer do Ministério Público do Maranhão analisado nos autos da Ação de Cumprimento de Obrigação de Fazer e Obrigação de Não Fazer, Processo nº 11.437-60.2015.8.10.0001, refere-se à intenção da exequente em ver cumprido o acordo homologado nos autos do Processo nº 30722.10.2013.8.10001 pelo executado, nomeadamente em relação a algumas responsabilidades parentais dele em relação à filha de ambas as partes.

No mesmo parecer, a promotora de Justiça rememora o magistrado do reconhecimento da prática de violência doméstica psicológica por parte do exequente em relação à filha de ambas as partes, nos autos do Processo nº 140-53.2015.8.10.0002, sentenciado na Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Luís-Maranhão.

Observe-se que os impactos emocionais e à saúde física da mulher vítima de violência psicológica vêm-se agravados quando o caso envolve crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento. Conforme apontam Cecy Dunshee de Abranches e Simone Gonçalves de Assis:

Alguns problemas associados à convivência de violência psicológica na infância e constatados nos estudos foram: mau rendimento escolar; problemas emocionais (ansiedade, depressão, tentativa de suicídio e transtorno de estresse pós-traumático – TEPT); ser vítima de violência na comunidade e na escola, transgredir normas e vivenciar violência no namoro (ABRANCHES; ASSIS, 2011, p. 846).

De modo contínuo, salta aos olhos a extensa produção processual no deslinde da demanda ora analisada, fato este reconhecido pela mesma promotora de Justiça parecerista, em outro Parecer do Ministério Público do Maranhão na Ação de Cumprimento de Obrigação de Fazer proposta pelo executado deste estudo de caso em face da progenitora da filha de ambos, Processo nº 384-82.2015.8.10.0001, em que o agressor imputa à mãe da adolescente o descumprimento de acordo judicial. “[...] o Autor vem descumprindo as cláusulas do Acordo, além de manter uma convivência sem a harmonia com a filha, vem ingressando com queixas crime contra a Requerida, caracterizando uma perseguição desenfreada em forma de assédio processual” (MARANHÃO, 2016, p. 7).

O que fica nítido pelo parecer da promotora de Justiça, diante da diversidade de recursos, ações de cumprimento de sentença e desrespeito a acordos previamente consensuados pelas partes é que o executado do

primeiro parecer analisado – e exequente do parecer acima – pratica assédio processual à mãe da adolescente vítima de violência psicológica e moral.

A finalidade desejada pelo assediador não é a exclusão do seu adversário desta relação, pela sua exposição a situações desconfortáveis e humilhantes, mas o intento é outro: retardar a prestação judicial e/ou o cumprimento das obrigações reconhecidas judicialmente, em prejuízo da outra parte, reservando a esta todos os ônus decorrentes da tramitação processual. Entende-se, em linhas gerais, que assédio desta natureza consiste no exercício abusivo de faculdades processuais, da própria garantia da ampla defesa e do contraditório, pois, a atuação da parte não tem a finalidade de fazer prevalecer um direito que se acredita existente, apesar da dificuldade em demonstrá-lo em juízo, nem se cuida de construção de teses sobre assuntos em relação aos quais reina discórdia nos tribunais, a exemplo de uma matéria de direito, de interpretação jurídica, complexa e de alta indagação (PAROSKI, 2009, p. 121-122).

Perceba-se, contudo, que o assédio processual, modalidade de assédio moral, consubstancia-se em outra modalidade de violência: doméstica psicológica contra a exequente. Tal modalidade se expressa, inclusive, quando as relações de afeto desfeitas geram questões inacabadas ou mágoas e ressentimentos (SILVA; COELHO; CAPONI, 2007, p. 97), podendo o agressor se utilizar do assédio processual, tal qual se vislumbra no caso concreto, para retirar a tranquilidade da vítima, causando-lhe potencialmente ansiedade e transtornos psicossomáticos como os elencados acima.

É diante desse contexto que a Promotora de Justiça pugna no parecer dos autos do Processo nº 11.437-60.2015.8.10.0001 pela inserção do executado em Grupo Reflexivo de Responsabilização e Reeducação para Homens Autores de Violência, em funcionamento na Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, conforme previsão do artigo 45 da Lei Maria da Penha.

### **3 O USO DA REEDUCAÇÃO DO AGRESSOR COMO MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA**

A Lei Maria da Penha prevê em seu artigo 35, inciso V, a possibilidade de a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios criarem e promoverem centros de educação e reabilitação dos agressores. Desse modo, no artigo 45 da mesma lei, impõe-se a modificação do artigo 152 da Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais, acrescentando-se um parágrafo único com o seguinte teor:

Art. 45. O art. 152 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 152. [...]. Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.”

Em que pese a inclusão do parágrafo único do artigo 152 à Lei de Execução Penal, não se vislumbra o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação do citado artigo 45 da Lei Maria da Penha como modalidade de pena, o que também se apreende do parecer em estudo.

O artigo 152 da Lei de Execução Penal vê-se incluído no Capítulo II – Das Penas Restritivas de Direitos, Seção III – Da Limitação de Fim de Semana do referido diploma legal, cujo *caput* é claro: “Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas”.

Concebendo-se a pena como “[...] a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora” (DELMANTO, 2002, p. 67), percebe-se que o que limita o bem jurídico liberdade de quem pratica o ilícito penal e se vê subsumido ao *caput* do artigo 152 é a limitação de fim de semana, não o curso que poderá ser ofertado durante a referida limitação.

Mais ainda, a vontade do legislador vê-se explícita quando fala que os cursos e palestras poderão ser cumpridos “durante o tempo de permanência” no cumprimento da pena, não podendo ser confundidos, então, com esta, sendo apenas uma atividade a qual o magistrado pode determinar o comparecimento do agressor durante o seu cumprimento, qual seja, a limitação de fim de semana. Assistir às palestras ou participar de cursos de reeducação não consiste em limitar o bem jurídico liberdade, tão somente é uma opção do que pode ser feito durante tal cerceamento.

Coadunando-se a tal entendimento, o Fórum Nacional de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – FONAVID, coordenado por magistrados titulares de todas as varas especializadas em violência doméstica e familiar do país enunciou: “O juiz, a título de medida protetiva de urgência, poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor para atendimento psicossocial e pedagógico, como prática de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher”.

Do mesmo modo, importante que se leve em consideração as bases axiológicas do texto da Lei Maria da Penha quando do estudo da possibilidade de inserção da reeducação do agressor como Medida Protetiva de Urgência.

Diante desse cenário, o exame das prognoses legislativas feitas ao tempo da tramitação do Projeto de Lei originário da Lei Maria da Penha (PL 4.559/2004) e a sua interpretação sistemática permitem concluir que a lógica que deve nortear a sua aplicação não é aquela típica das varas criminais comuns, em que se busca verificar a existência do crime, identificar o autor e puni-lo, quando a vítima tem o papel circunscrito ao de simples testemunha dos acontecimentos. O tratamento dado pela Lei Maria da Penha à violência contra a mulher baseada no

gênero coloca como meta superior a proteção máxima e integral da mulher, isto é, a proteção mais ampla possível dos bens jurídicos de sua titularidade tais como a sua integridade física, psíquica, sexual, patrimonial e moral a partir de uma visão integrada dos campos cível e penal. Não se trata, portanto, de mera busca de um culpado e de sua consequente punição (de mera verificação da autoria, da materialidade e da tipicidade da conduta), mas também, e prioritariamente, de se resguardar a mulher-vítima da violação ininterrupta de seus direitos (enumerados exemplificativamente nos arts. 2º e 3º da Lei) e de empoderá-la no sentido de ter cada vez mais consciência desses direitos e de agir de conformidade com eles, para libertá-la de uma situação de passividade, fazendo-os valer perante as diversas instâncias do sistema de justiça especializado de violência contra a mulher e sendo capaz de romper ou de não contrair relacionamentos violentos, marcados por forte diferenciação de gênero, ou de pelo menos ter o poder de promover mudanças neles (PIRES, 2011, p. 124-125).

É nesse sentido que no artigo 22 da Lei Maria da Penha, quando trata das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, o legislador elenca o rol de medidas e explicita que são as citadas “dentre outras”, ou seja, trata-se de um rol exemplificativo, muito mais acertado à dinamicidade das complexas relações que envolvem a violência baseada no gênero. Esse entendimento tem sido crescente entre os julgados nacionais, a exemplo de decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso no julgamento do *Habeas Corpus* nº 01708029220168110000 170802/2016:

Depreende-se, do que dos autos consta, que o Juízo de primeira instância estabeleceu diversas medidas protetivas de urgência, a exemplo da obrigação para que o paciente compareça, semanalmente, a programa do CRAS (Centro de Referência de Assistência Social), destinado a coibir a violência doméstica e familiar (fl. 14), em decisão contra a qual se insurge o impetrante (fls. 2 a 9). Sem razão, contudo. Primeiro, porque o rol de medidas protetivas aplicáveis em face do agressor é exemplificativo (art. 22, caput, da Lei nº. 11.340/2006), e se assim o é nada impede que o magistrado, desde que de modo fundamentado, como ocorre na espécie, imponha outras medidas além daquelas descritas pelo legislador. É segundo porque a própria Lei de Execuções Penais, em seu art. 152, parágrafo único, expressamente autoriza a prolação de comandos judiciais dessa natureza ao estipular que “Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”. [...] Diante desse cenário, é de se notar que a providência adotada, a par de atender a comandos constitucionais (ex vi art. 226, § 8º, da CF), busca inculcar no paciente o senso de respeito à integridade física e psíquica da mulher, revelando-se, nessa medida, crucial para promover o seu desenvolvimento humano e garantir a harmonia familiar. (MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. *Habeas Corpus* nº 01708029220168110000 170802/2016, Relator Des. Rondon Bassil Dower Filho, 2016, p. 3).

Do mesmo modo, no parágrafo 1º do artigo 22 o legislador rememora sua preocupação com a proteção máxima da mulher, quando explicita: “§ 1o As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da

ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público”.

Ora, não exige muita hermenêutica a percepção de que podem ser aplicadas outras medidas protetivas de urgência para além das elencadas no artigo 22, bastando ao legislador que as demais providências, que serão aplicadas enquanto medidas, estejam previstas no texto legal.

Amolda-se tal caso à Reeducação do Agressor, não apenas por sua previsão no artigo 45 quando da inclusão no cumprimento da pena de limitação de fim de semana, como também quando se vê positivada no artigo 8º, inciso VIII, a necessidade de “promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia” enquanto medida integrada de prevenção da violência doméstica. Do mesmo modo, mais uma vez o legislador prevê a reeducação do agressor, quando em seu artigo 26 dispõe acerca da possibilidade de o Ministério Público requisitar serviços de educação.

É o que se percebe no parecer estudado. O pedido de inclusão no Programa de Reeducação do Agressor prima, não apenas, pela interrupção imediata da violência a qual as vítimas vinham sendo afligidas, mas, considerando o contexto reconhecido de assédio processual e a necessária continuidade da relação entre agressor e filha, visa prevenir futuras agressões.

Observa-se, também, que a atuação da Promotora de Justiça tanto no parecer analisado, contido nos autos do Processo nº 11.437-60.2015.8.10.0001, quanto em seu parecer ministerial conclusivo antecessor, proferido no Processo nº 30722.10.2003.8.10.0001, acertadamente considerou a existência de processos conexos entre as mesmas partes em curso simultaneamente na Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e na Vara da Família da Comarca de São Luís-MA, demonstrando a importância de promotores e magistrados atentarem para a necessidade de se inteirarem de processos conexos entre as mesmas partes quando os mesmos estiverem em curso nas duas varas em questão.

Recentemente, a Medida Protetiva de Urgência (Processo nº 140-53.2015.8.10.0002 (124722015) – Vara Esp. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher) foi sentenciada em 02 de agosto do ano em curso, reconhecendo a prática de violência doméstica em sua modalidade psicológica [...] e fazendo referência à decisão contida na Ação de Obrigação de Fazer, a qual tramitou, inicialmente, na Vara da Infância e Juventude e encontra-se em curso em Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e que este assumo o ônus do tratamento psicológico da filha e dele também participe. (MARANHÃO, 2016, p. 7).

Resta inconteste a necessidade de magistrados, promotores de justiça e advogados atuantes em varas de família atentarem-se para

a existência de violência doméstica contra as mulheres e filhos nas demandas sobre as quais trabalham, especialmente no que tange a ações de modificação de guarda propostas após o deferimento de uma Medida Protetiva de Urgência, ou mesmo diante do ingresso de ações penais nas varas especializadas em violência doméstica.

Por possuírem, muitas vezes, convergência não apenas em relação às partes – integrantes de lides nas varas de família e especializadas em violência doméstica –, como compartilharem a mesma raiz dos problemas que as levaram a serem judicializadas, é comum que as demandas em ambas as varas tenham relações de interdependência, a ponto de decisões ou posicionamentos em uma ação definirem o cumprimento de decisões em outra ação. Ou seja, há que se observar se as lides levadas às varas de família não possuem fator etiológico na violência doméstica ou vice-versa.

É comum que as demandas referentes à violência doméstica também tragam conflitos a serem judicializados nas varas de família, o que resta evidente em inúmeras decisões judiciais pelo território nacional.

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. VARA DE CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E 7ª VARA DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. PRETENSÃO AFETA AO JUÍZO DE FAMÍLIA. Não obstante existir uma ação de medidas protetivas de urgência na 1ª Vara de Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, tal procedimento em nada interfere no processamento e julgamento da ação de oferecimento de alimentos, conquanto nesta última, o requerente limita-se a postular o recebimento por parte da requerida, de quantia que entende suficiente para sustento de menor impúbere. Logo, evidencia-se que requerida ação de alimentos está adstrita ao direito de família. Competência da Vara de Família. Precedentes. Unanimidade. (PARÁ, 2011, p. 1).

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE MENOR E MEDIDA PROTETIVA. CONEXÃO DE DEMANDAS. VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES E VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. GUARDA DE MENOR – COMPETÊNCIA EM RAZÃO DE MATÉRIA – LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA – IMPOSSIBILIDADE DE REUNIÃO DOS FEITOS EM VISTA DE NÃO SE TRATAR DE COMPETÊNCIA RELATIVA. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO ATÉ QUE SE FINDE O JULGAMENTO DA VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (BAHIA, 2010, p. 1).

É desse modo que se vislumbra como fator preventivo de decisões conflitantes, que por sua vez podem potencializar os conflitos judicializados ao invés de minimizá-los, a capacitação de juízes, promotores de justiça, defensores públicos e advogados atuantes nas varas de família quanto às interfaces dessas lides e possíveis práticas de violência doméstica ou intrafamiliar, principalmente quanto àquelas referentes à aplicação da Lei Maria da Pena.



As demandas trazidas às Varas de Família são complexas e multifacetadas porque ocorrem entre partes contrárias unidas por intensos afetos, mesmo que negativos. As partes não são estranhas entre si, tendo em geral coabitado e nutrido sentimentos e expectativas em relação aos relacionamentos estabelecidos. Logo, o manejo e decisões judiciais em Varas de Família devem almejar não apenas resolver objetivamente o conflito trazido, mas também promover a paz social em um contexto de educação jurídica que requer habilidade de mediação e conciliação do magistrado (SAUAI; CARVALHO; VIANA, 2011, p. 205).

A desconsideração de existência de uma relação entre ações de ambas as varas pode definir prática de violência institucional, potencializando conflitos ao invés de resolvê-los ou minimizá-los, o que se concebe evidente quando analisados casos concretos. Não é incomum o assédio processual por parte do agressor, como referido no Parecer estudado, diante do deferimento de uma Medida Protetiva de Urgência, ou mesmo quando se está diante do ingresso de uma ação penal na Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. É comum que o agressor intente a alteração de guarda em uma Vara de Família como forma de retaliação e de intimidação da mulher em prol de fazê-la recuar das denúncias judicializadas.

Caso a atuação dos operadores do direito veja-se alijada das análises e percepções afetas à violência doméstica e ou intrafamiliar de gênero, corre-se o risco, por exemplo, de modificar a guarda, mesmo que esta, comprovadamente, atente contra a dignidade ou mesmo contra a integridade física da criança ou adolescente em questão.

Prosseguindo-se na análise do parecer em estudo, percebe-se que, aliado às penas previstas na Lei Maria da Penha ou mesmo à instituição das Medidas Protetivas de Urgência, a inclusão da obrigatoriedade de comparecimento dos agressores aos centros de educação e reabilitação pode de fato constituir a principal medida a possibilitar que se alcance maior eficácia dos objetivos do diploma legal (PIRES, 2011, p. 21), uma vez que o enfrentamento das alocações sociais e significações de gênero construídas histórica, cultural e socialmente poderão ser ressignificadas ideativamente e reintrojetadas emocionalmente pelo agressor, em última análise, contribuindo inclusive para sua proteção, evitando que ele reincida nos crimes que antes sequer reconhecia como atos de violência.

Repise-se, nesse ponto, que o próprio texto da Lei Maria da Penha em seu artigo 19, parágrafo 2º, diante dos fins sociais aos quais a norma se destina e do preceito constante em seu artigo 6º de compreensão da violência doméstica enquanto violação aos direitos humanos, prevê a possibilidade de substituição ou cumulação das medidas protetivas intentadas por outras de maior eficácia – dentre as quais se inclui a proposição do presente estudo, uma vez que a reeducação do agressor

acaba por se mostrar mais consentânea à ressignificação da violência por este e impedimento de sua reincidência (SAUÁIA; ARRUDA; MELO, 2011, p. 3).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 11.340/2006, denominada Maria da Penha como reparação simbólica à biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, fruto de condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil, por descumprimento do artigo 7º da Convenção de Belém do Pará, assim como dos artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, representa um dos mais avançados diplomas legais de proteção de mulheres vítimas de violência em ambiente doméstico e familiar.

A referida norma apresenta o instrumento das Medidas Protetivas de Urgência, previstas entre os artigos 18 a 24, e que representam a ação mais acessada pelas jurisdicionadas no país. As referidas medidas intentam interromper de modo imediato as lesões ou ameaças de lesão a direito a que as vítimas estão submetidas no momento em que buscam a autoridade judicial, representando, muitas vezes, o primeiro contato dessas mulheres com o Poder Judiciário a fim de ver interrompido o ciclo de violência.

A popularidade dessas ações deve-se não apenas à celeridade de sua tramitação, mas também à abrangência, englobando medidas ao agressor, à mulher, seus filhos e testemunhas. Do mesmo modo, por não representarem o encarceramento de seus companheiros/ex-companheiros, pessoas com quem frequentemente guardam vínculos afetivos ou mesmo dependências econômicas, as jurisdicionadas passam a utilizar as Medidas Protetivas de Urgência sem solicitar o início da ação penal, tentando apenas que aquela situação imediata de lesão ou ameaça de lesão seja interrompida.

Ocorre, porém, que a violência contra a mulher, compreendida enquanto modalidade de violência de gênero possui complexidades advindas de sua natureza que acabam por manter a vítima em um quadro cíclico e retroalimentável de agressões, sendo a violência psicológica a força motriz dessa continuidade. A isso se deve o fato de ser essa forma de violência de gênero responsável pela diminuição da autoestima da vítima, fazendo-a crer em pensamentos de desvalor a ponto de acreditar ser merecedora da violência sofrida, o que, indubitavelmente, comprometerá sua saúde física e psíquica, não raro redundando em tentativas de suicídio.

É diante da análise do presente estudo de caso, por meio do Parecer do Ministério Público do Maranhão nos autos do Processo nº 11.437-60.2015.8.10.0001, e do delineamento da violência psicológica como nociva à vítima, causadora de danos a sua saúde física e mental,

especialmente quando se tratar de pessoa em desenvolvimento, que se compreendeu a necessidade de reeducação do agressor como medida passível de prevenir futuras agressões e lesões imediatas à integridade psicológica da vítima.

Isso porque devido às especificidades da relação agressor-agredida, na qual os conceitos patriarcais responsáveis pela concretização e respectiva aceitação da violência são inseridos socialmente por ambas as partes, a medida mais eficaz para que esse ciclo seja interrompido é a reassimilação de tais conceitos por parte do agressor.

Desse modo, vislumbrou-se que a previsão constante no artigo 45 da Lei Maria da Penha de inserção da reeducação do agressor ao parágrafo único do artigo 152 da Lei de Execução Penal, não reveste tal medida de caráter de pena. Outrossim, demonstrou-se que o rol de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor é exemplificativo, estando explícito no texto legal a possibilidade de decretação de medida diversa, desde que voltada à proteção mais eficaz da vítima em conformidade com o caso concreto.

Não apenas, ao se compreender as vicissitudes da violência psicológica e as complexidades das relações de afeto que perduraram até a culminância da violência doméstica, restou nítido por meio do caso estudado, que é comum que as demandas levadas às varas especializadas em violência doméstica contra a mulher possuam interfaces com aquelas de mesmo conflito raiz judicializadas em varas de família.

É comum o assédio processual por parte dos agressores, a exemplo de pedidos de guarda unilateral dos filhos ou de diminuição de pensão alimentícia, quando iniciadas as ações penais nas varas de violência doméstica. Isso demanda dos profissionais de ambas as varas o uso de conhecimentos interdisciplinares, assim como a percepção do conflito originário de uma mesma raiz e das circunstâncias de suas respectivas tramitações, de modo a efetivamente reduzir os danos desses conflitos.

## REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Cecy Dunshee de; ASSIS, Simone Gonçalves de. A (in)visibilidade da violência psicológica na infância e adolescência no contexto familiar. *Caderno Saúde Pública*, v. 5, n. 27, p. 843-854, maio 2011.
- BAHIA. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 1598662009*. Relatora Des. Maria da Graça Osorio Pimentel Leal, Data de Julgamento: 14 de setembro de 2010.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13-39.

BRASIL. *Lei nº 11.340/2006*, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, 07 de agosto de 2006.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39-64.

CAMPOS, Antônia Alessandra Sousa. *A Lei Maria da Penha e sua efetividade*. Monografia apresentada à Universidade Estadual Vale do Acaraú, Fortaleza, 2008.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA. *Lei Maria da Penha: do papel para a vida*. 2. ed. Brasília: CFEMEA, 2009.

COMPROMISSO E ATITUDE. *Dados estatísticos sobre violência contra mulheres*. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-e-estatisticas-sobre-violencia-contra-as-mulheres/>>. Acesso em: 30 maio 2017.

DALHBERG, Linda L.; KRUG, Etienne G. Violência: um problema global de saúde pública. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 11, p. 1163-1178, 2007.

DAY, Vivian Peres et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. *Revista Psiquiátrica RS*, n. 25, p. 9-21, abr. 2003.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FONSECA, Denire Holanda da et al. Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais. *Revista Psicologia & Sociedade*, n. 24, p. 307-314, 2012.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Das Medidas Protetivas de Urgência – artigos 18 a 21. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 289-305.

MARANHÃO. *19ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Luís-MA*. Promotora Maruschka de Melo e Silva Brahuna. Processo n. 11.437-60.2015.8.10.0001, 2016.

\_\_\_\_\_. *19ª Promotoria de Justiça da Comarca de São Luís-MA*. Promotora Maruschka de Melo e Silva Brahuna. Processo n. 384-82.2015.8.10.0001, 2016

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. *Habeas Corpus nº 017080292220168110000 170802/2016*, Relator Des. Rondon Bassil Dower Filho 2016

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Conceitos, teorias e tipologias de violência: a violência faz mal à saúde. In: NJAINE, Kathie; ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia (Org.). *Impactos da violência na saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2010.

\_\_\_\_\_. Violência: um problema para a saúde dos brasileiros. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Impactos da violência na saúde dos brasileiros*, Brasília, 2005, p. 9-42.

OLIVEIRA, Leidiane Souza de. A Lei Maria da Penha (11.340/2006) como estratégia de garantia dos direitos das mulheres vítimas de violência no Brasil. In: Jornada Internacional de Políticas Públicas, 6, São Luís-MA, 2013. *Neoliberalismo e lutas sociais: perspectivas para as políticas públicas*. São Luís, 2013.

PARÁ. Tribunal de Justiça. *Conflito de Jurisdição nº 00197913420108140401*. Relator Des. Raimundo Holanda Reis, Data de Julgamento 20 de outubro de 2011.

PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões sobre a morosidade e o assédio processual na Justiça do Trabalho. *Revista TST*, v. 75, Brasília, p. 11-137 out./dez. 2009.

PIRES, Amom Albarnaz. A opção legislativa pela Política Criminal Extrapenal e a Natureza Jurídica das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha. *Revista Ministério Público Distrito Federal e Território*, Brasília, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAUÁIA, Artenira Silva; ALVES, José Márcio Maia. A tipificação da “lesão à saúde psicológica”: revisitando o artigo 129, do Código Penal à luz da Lei Maria da Penha. *XXV Encontro Nacional do Conpedi*, Brasília, p. 77-96, 2016.

\_\_\_\_\_; ARRUDA, Maurilene de Andrade Lima Bacelar de; MELO, Jonhunny Welton Feitosa. Seguimento Psicológico para agressores domésticos de crianças: protocolo de atendimento psicoterápico breve. *Revista Brasileira Med Fam Comunidade*, v. 6, n. 21, Florianópolis, out./dez. de 2011, p. 1-7.

SCHRAIBER, Lilia Blima et al. Prevalência da violência contra a mulher por parceiro íntimo em regiões do Brasil. *Revista Saúde Pública*, n. 41, p. 797-807, 2007.

SILVA, Luciene Lemos da; COELHO, Elza Berger Salema; CAPONI, Sandra Noemi Cucurullo de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. *Revista Interface*, v. 11, n. 21, Botucatu, p. 92-104, jan./abr. 2007.

VARA ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. *Violência doméstica contra a mulher*. dados estatísticos da Vara Especializada da Comarca de São Luís. 2016.

Recebido em: 02.08.2017

Aceito em: 05.06.2018

# A ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR CASAIS DO MESMO SEXO NO BRASIL: PERSPECTIVAS JURÍDICAS E PSICOLÓGICAS

*THE ADOPTION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS BY SAME-SEX COUPLES IN BRAZIL: JURIDICAL AND PSYCHOLOGICAL PERSPECTIVES*

Miucha Lins Cabral<sup>I</sup>

Ana Luísa Celino Coutinho<sup>II</sup>

<sup>I</sup> Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, João Pessoa, PB, Brasil. E-mail: miuchalins@yahoo.com.br

<sup>II</sup> Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, João Pessoa, PB, Brasil. (Doutora em Direito). E-mail: aluisacc@gmail.com

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 O instituto da adoção. 1.1 O que é adoção? 1.2 O percurso jurídico da adoção no Brasil. 1.3 Alguns aspectos psicológicos da adoção no Brasil. 1.3.1 Os adotados. 1.3.2 Os adotantes. 2 A trajetória da adoção por casais do mesmo sexo no Brasil. 2.1 Considerações sobre a sexualidade. 2.2 Aspectos jurídicos da adoção por casais do mesmo sexo no Brasil. 2.2.1 O princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2.2 O princípio da igualdade e o respeito à diferença. 2.2.3 O princípio do melhor interesse da criança. 2.3 Aspectos psicológicos da adoção por casais do mesmo sexo no Brasil. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** Este artigo tem o objetivo de refletir sobre a adoção por casais do mesmo sexo no Brasil sob as perspectivas jurídicas e psicológicas. Através das concepções desses lugares do saber, busca-se promover um diálogo interdisciplinar, enriquecendo a discussão sobre a temática. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo de abordagem e o método histórico de procedimento. No que se refere às técnicas de pesquisa, fez-se uso da pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que a orientação sexual dos adotantes não interfere na qualidade do vínculo parental nem no desenvolvimento do adotado e que negar esse tipo de adoção, baseando-se apenas na orientação sexual dos adotantes, é um desrespeito explícito aos princípios da igualdade, dignidade humana e melhor interesse da criança.

**Palavras-chave:** Adoção. Crianças e adolescentes. Casais do mesmo sexo. Perspectivas jurídicas e psicológicas.

**Abstract:** This article aims to reflect on the adoption of same-sex couples in Brazil under the juridical and psychological perspectives. Through the conceptions of these places of knowledge, it's sought to promote an interdisciplinary dialogue, enriching the discussion on the theme. For that, the deductive method of approach and the historical procedure method are used. With regard to research techniques, bibliographical and documentary research was used. It's concluded that the sexual orientation of the adopters doesn't interfere in the quality of the

parental bond nor in the development of the adopted one and that to deny this type of adoption based solely on the sexual orientation of the adopters is an explicit disrespect to the principles of equality, human dignity and best interest of the child.

**Keywords:** Adoption. Children and adolescents. Same-sex couples. Juridical and psychological perspectives.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A adoção é um tema complexo que tem sido abordado, de forma recorrente, na mídia brasileira nos últimos anos, o que tem propiciado uma maior visibilidade ao instituto, além da sensibilização da sociedade e dos legisladores brasileiros para a temática devido ao conteúdo afetivo que enseja e à sua relevância social.

Existem, atualmente, diversos projetos de lei que versam sobre a matéria tramitando no Congresso Nacional<sup>1</sup>. Toda essa atenção dispensada à adoção tem contribuído para uma maior discussão sobre a temática e acarretado algumas mudanças jurídicas, sendo a mais recente a aprovação da Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.

Além desse texto legal, a adoção encontra previsão na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), na Lei nº 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na Lei nº 12.010/2009, Lei Nacional de Adoção, e no Código Civil de 2002, possibilitando a filiação civil entre pessoas que não são ligadas por laços consanguíneos, através do reconhecimento jurídico da relação parental, sem reservas ou distinções em relação à filiação biológica.

Trata-se de um instituto muito antigo, presente em quase todas as culturas, que foi sofrendo alterações em sua significação de acordo com o tempo e a sociedade. Hodiernamente, a adoção pode ser vista como um instituto multifacetado por envolver diversas questões sociais, históricas, religiosas, políticas, jurídicas e psicológicas.

A adoção por casais do mesmo sexo, por sua vez, além de envolver tais questões, é considerada um tema bastante polêmico devido, principalmente, aos preconceitos e à resistência da sociedade em relação às uniões de pessoas do mesmo sexo e à possibilidade de esses casais adotarem uma criança ou adolescente e propiciarem um ambiente adequado ao desenvolvimento biopsicossocial saudável destes.

---

<sup>1</sup> Através de consulta realizada no site oficial da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em janeiro de 2018, foram encontrados 48 projetos de lei que abarcam o tema da adoção.



Tais concepções denotam o caráter heteronormativo<sup>2</sup> e excludente da sociedade brasileira em relação às sexualidades divergentes<sup>3</sup>.

Esses preconceitos encontram-se atrelados às crenças sociais no ideal de família pautado na heterossexualidade e monogamia com fins de procriação, incutidas no imaginário social no decurso do tempo, em meio à dinamicidade das transformações sociais, e ao lugar marginalizado atribuído historicamente aos homossexuais como uma forma de controle, ajustamento social e poder, consoante defendido por Foucault (2005).

Não obstante as lutas das minorias sexuais por visibilidade, igualdade e respeito à pluralidade ao longo das últimas décadas tenha alcançado conquistas importantes no Brasil, como o reconhecimento da união estável por casais do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em maio de 2011, que trouxe a possibilidade de adoção conjunta de crianças e adolescentes por esses casais, tais avanços dividem opiniões e condutas. De um lado, têm-se setores sociais que demonstram uma aceitação maior da diversidade sexual. De outro, encontram-se grupos mais conservadores e tradicionais que apresentam maior resistência aos avanços dos direitos dos homossexuais, valendo-se, por vezes, do uso da violência contra essas minorias.

Cabe observar que, malgrado existam diversos projetos de lei<sup>4</sup> sobre a adoção em tramitação, os legisladores brasileiros não têm dado a atenção devida à adoção por casais do mesmo sexo, deixando uma lacuna que tem sido preenchida pelo Poder Judiciário através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Em vista disso, o presente trabalho tem o objetivo de refletir sobre a trajetória da adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo no Brasil, com ênfase nos aspectos jurídicos e psicológicos. Para se alcançar o objetivo pretendido, propõe-se o seguinte problema: Como tem ocorrido a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo no Brasil sob as perspectivas jurídicas e psicológicas?

Tem-se como hipótese inicial a concepção de que a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo no Brasil depende de critérios discricionários dos Juízos das Varas da Infância e da Juventude,

<sup>2</sup> Consideramos a heteronormatividade em consonância com Butler (2003), que a emprega como um constructo social binário de gênero, uma regra universal excludente (em relação aos homossexuais), posta como efeito do natural e inevitável, e que apresenta a heterossexualidade como poder regulatório da sexualidade.

<sup>3</sup> Adotamos a expressão sexualidades divergentes por entendermos que essas sexualidades divergem dos padrões socialmente impostos: divergem da heteronormatividade.

<sup>4</sup> Dentre esses projetos, foram encontrados apenas quatro que versam sobre a adoção por casais do mesmo sexo, sendo três com posicionamentos contrários a esse tipo de adoção (PL 7018/2010, PL 4508/2008 e PL 6583/2013). O único a favor encontra-se arquivado desde janeiro de 2015 (PL 2153/2011), conforme consulta realizada no site oficial da Câmara dos Deputados em janeiro de 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/>. Acesso em: 22 jan. 2018.

dos pareceres de psicólogos e demais profissionais que auxiliam os juízes nessas Varas e da jurisprudência do STF e do STJ devido à falta de legislação específica que verse sobre a matéria, o que tem acarretado insegurança a esses casais.

Diante dessa omissão do Poder Legislativo e da realidade social vigente, este trabalho se justifica pela necessidade de compreender como o Poder Judiciário tem-se posicionado diante da polêmica questão da adoção por casais do mesmo sexo, frente a um contexto de transformação cultural e legislativa ocorrida ao longo das últimas décadas em nosso país.

Somado a isso, tem-se o fato de que uma das autoras também é psicóloga do Tribunal de Justiça da Paraíba, com atuação no Setor de Adoção da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de João Pessoa, e que sua práxis despertou o interesse de realizar um diálogo entre a Psicologia e o Direito através de uma investigação que considere os direitos fundamentais e a subjetividade humana em relação à adoção por casais do mesmo sexo no Brasil.

No que se refere à metodologia empregada, optou-se por um estudo descritivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, com método de procedimento histórico e de abordagem dedutivo, partindo das perspectivas teóricas sobre a adoção, da legislação brasileira, da jurisprudência do STF e do STJ, até chegar às decisões de tribunais inferiores para compreender como tem ocorrido esse tipo de adoção em nosso país.

Com vistas a dar conta do objeto proposto, o trabalho em questão aborda, inicialmente, alguns conceitos da adoção e retrata os aspectos jurídicos e psicológicos do referido instituto no Brasil, a fim de abarcar o seu caráter multifacetado e promover um diálogo interdisciplinar, enriquecendo a discussão e a análise sobre a temática.

Em seguida, relata a trajetória da adoção por pares do mesmo sexo no Brasil, fazendo uma breve incursão nas questões da sexualidade e levantando os aspectos jurídicos e psicológicos da adoção por esses casais na sociedade brasileira, com ênfase maior nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do melhor interesse da criança. Por fim, apontam-se algumas ponderações sobre o que foi abordado.

Tendo em vista a complexidade do tema em questão, este trabalho não tem a pretensão de abarcar todas as discussões relacionadas à adoção nem de obter respostas definitivas sobre o problema proposto, mas de promover uma reflexão sobre a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo no Brasil, buscando contribuir para o debate sobre esse tema polêmico e para o conhecimento científico nessa área.

## 1 O INSTITUTO DA ADOÇÃO

A adoção é um tema complexo que envolve desejos, sonhos e necessidades. Remete, mormente, ao desejo daqueles que não podem gerar filhos pela via biológica; às crianças e adolescentes que aguardam ansiosos pela possibilidade de crescerem em um lar amoroso; e à necessidade de solucionar o problema social grave das crianças e adolescentes desamparados e da marginalidade a eles associada diante da falta de perspectiva de futuro e de cuidados.

Para realizar uma discussão que envolva essas dimensões da adoção, serão abordados nesta seção algumas conceituações e significados do referido instituto, o seu percurso jurídico no Brasil e alguns aspectos psicológicos que envolvem a temática a fim de que possamos depreender algumas nuances que permeiam e subjazem a adoção.

### 1.1 O que é adoção?

Hodiernamente, a adoção pode ser vista como: “[...] vínculo legal que cria, à semelhança de filiação consanguínea, um parentesco, pelo valor do afeto (SILVA JÚNIOR, 2011, p. 110). Na perspectiva de Gonçalves: “Adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha. Malgrado a diversidade de conceitos do aludido instituto, todos os autores lhe reconhecem o caráter de uma *fiction iuris*.” (2012, p. 329).

Para Moschetta, a adoção é uma das formas de realizar o projeto de parentalidade, configurando-se, sobretudo, como uma “[...] demonstração de afeto que, mesmo com a desbiologização da filiação, estabelece vínculos afetivos paterno-filiais entre os envolvidos.” (2011, p. 149-150). Nessa mesma acepção, Levinzon (2006, p. 25) assevera:

A adoção pode ser definida como o estabelecimento de relações parentais entre pessoas que não estão ligadas por vínculos biológicos diretos. É uma forma de proporcionar uma família às crianças que não puderam ser criadas pelos pais que a geraram. Constitui-se também na possibilidade de ter e criar filhos para pais que não puderam tê-los biologicamente, ou que optaram por cuidar de uma criança com quem não possuíam ligação genética. Deste modo, as relações parentais que se formam na família adotiva baseiam-se mais especificamente nas intersecções afetivas que caracterizam os seus membros do que na continuidade biológica, que não existe nestes casos.

De acordo com Farias e Rosensvald, a adoção encontra-se alicerçada, contemporaneamente, na ideia de proporcionar a uma pessoa humana a sua inserção plena e efetiva em uma família, de forma que sejam garantidas a sua dignidade e as suas necessidades de desenvolvimento da

personalidade, que incluem os aspectos afetivo, educacional e psíquico (2015, p. 908). Nesse mesmo sentido, Pereira (2015, p. 375) afirma:

A adoção é um ato de amor e cuidado, que consagra a garantia da convivência familiar a crianças e adolescentes, possibilitando o seu desenvolvimento pleno e sadio, e a concretização da dignidade humana e do cuidado como valores-base do ordenamento no que se refere ao direito à família.

Granato chama a atenção para o fato de que a adoção não consiste em caridade, resolução de situações que envolvem conflitos entre casais, nem remédio para esterilidade ou solidão. Para a autora: “O que se pretende com a adoção é atender às reais necessidades da criança, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida segura e amada” (GRANATO, 2014, p. 29-30).

Dessa forma, a adoção pode ser concebida como um instituto que ultrapassa os limites do biológico, perpassa o jurídico e chega ao nível do simbólico, com reconhecimento e repercussão social. Parte de uma vontade manifesta do sujeito, por meio de uma relação afetiva que é construída entre adotantes e adotados.

## 1.2 O percurso jurídico da adoção no Brasil

A adoção começou a ser regulamentada no sistema jurídico brasileiro com o advento do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16). Nele, a adoção era permitida aos maiores de 50 anos que não tivessem filhos biológicos, exigindo-se uma diferença etária de 18 anos entre adotantes e adotandos, tendo em vista que era concebida “[...] como instituição destinada a proporcionar a continuidade da família, dando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes negara” (GONÇALVES, 2012, p. 141).

A adoção ocorria através de escritura pública e o parentesco era restrito aos adotantes e adotados, salvo impedimentos matrimoniais (art. 376). O poder familiar do genitor do adotando era extinto com a adoção, sendo transferido para o pai adotante, embora os direitos e deveres oriundos do parentesco natural não se extinguissem com a adoção (art. 378).

A Lei nº 3.133/57 promoveu alterações no Código Civil de 1916 quanto ao referido instituto, dentre elas: a redução da idade para adotar (30 anos); o mínimo de 5 anos de casamento para adoção conjunta; e a redução da diferença etária entre adotandos e adotantes, que passou a ser de 16 anos.

A Lei nº 4.655/65 inseriu a chamada Legitimação Adotiva no Brasil sem, no entanto, extinguir a adoção do Código Civil de 1916, conhecida como adoção simples. Naquela, houve uma ampliação da proteção da

criança ao estabelecer o vínculo de parentesco em primeiro grau entre adotantes e adotados, através de sentença concessiva da legitimação, desligando os vínculos que ligavam o adotante à sua família biológica (GONÇALVES, 2012, p. 141).

Em outubro de 1979, a Lei nº 6.697 – Código de Menores – revogou a Lei nº 4.655/65, instituindo dois tipos de adoção: a adoção plena, fundamentada na Legitimação Adotiva; e a adoção simples, regida pelo Código Civil de 1916 e pelos arts. 27 e 28 do Código de Menores. Dentre as diferenças entre esses tipos de adoção, destaca-se o fato de que a adoção plena extinguiu todos os vínculos do adotado com a família biológica, ao passo que a adoção simples não promovia essa desvinculação. Além disso, adoção plena passou a equiparar os filhos adotivos aos biológicos quanto aos direitos e deveres, inclusive os sucessórios (art. 37).

Com a Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, os princípios do Código Civil de 1916 foram revogados para os menores de 18 anos, passando todas as crianças e adolescentes a serem regidos pelo novo Estatuto, mantendo-se os preceitos do referido Código apenas para os maiores de 18 anos (PEREIRA, 2015, p. 374).

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco significativo para adoção por trazer em seu art. 227, *caput*, o princípio da proteção integral da criança e por anunciar direitos e deveres iguais aos filhos adotivos e naturais, pautando-se pelo princípio da igualdade jurídica entre os filhos (art. 227, § 6º).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, inspirado no art. 227 da Carta Magna, assegura que toda criança e adolescente tem direito à convivência familiar e comunitária, seja em sua família biológica ou em substituta, e institui o caráter pleno, excepcional e irrevogável da adoção. Outro aspecto fundamental é abordado em seu art. 43, ao ressaltar que a adoção só deverá ser deferida se apresentar reais vantagens para o adotando e basear-se em motivos legítimos.

Os artigos 42, § 1º, 2º e 3º e 45, § 2º, do ECA apontam alguns requisitos para se adotar no Brasil, dentre eles: idade mínima de 18 anos para os adotantes, independentemente de estado civil, com a diferença etária entre estes e o adotando de 16 anos; para adoção conjunta, é imprescindível que os adotantes sejam casados civilmente ou tenham união estável; o adotando, para se beneficiar do instituto da adoção, deve ter até 18 anos, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes; em se tratando de maior de 12 anos, é necessário o seu consentimento. Ressalta-se que não podem adotar os irmãos e ascendentes do adotando.

O Código Civil de 2002 traz, em seu art. 1.618, que a adoção de crianças e adolescentes deve ser deferida na forma prevista pelo ECA; ao passo que o seu art. 1.619 ressalta que a adoção de maiores de 18 anos é

uma medida que depende de assistência do poder público e de sentença constitutiva, devendo as regras gerais do ECA serem aplicadas no que couber.

A Lei nº 12.010/09 (Lei Nacional de Adoção) promoveu algumas alterações no ECA, dentre elas, a inserção de prazos com vistas a dar mais celeridade aos processos de adoção. Vejamos: reavaliação periódica de crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional ou familiar no prazo de seis meses mediante relatório elaborado por equipe interprofissional, devendo a autoridade judiciária decidir sobre a possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta (art. 19, § 19, ECA); determinação do período máximo de dois anos para a permanência de crianças e adolescentes em programas de acolhimento institucional, salvo necessidade que atenda ao melhor interesse destes mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 19, § 2º, ECA).

A aludida lei também instituiu a criação de cadastro de adotantes e adotandos para facilitar o encontro entre essas partes, e trouxe, em sua seção sobre a habilitação dos pretendentes à adoção, condições a serem aferidas por equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e Juventude, tal como a capacidade para o exercício da paternidade/maternidade responsável, além da necessidade de participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça que vise a preparação destes para a adoção.

É válido ressaltar que a aprovação da Lei Nacional da Adoção pelo Poder Legislativo ficou condicionada à retirada do texto legal da previsão explícita da adoção por casais do mesmo sexo (LIMA, 2014, p. 76), o que denota o caráter sexista e homofóbico dos parlamentares, colocando o Brasil numa posição equivalente a dos países fundamentalistas no que concerne à garantia de direitos familiares para homossexuais e transgêneros (UZIEL; MELLO; GROSSI, 2006, p. 482).

Em relação às recentes alterações do ECA, decorrentes da aprovação da Lei nº 13.509, em 22 de novembro de 2017, destacam-se as determinações de prazos processuais com o intuito de dar mais celeridade à adoção, sendo, atualmente, o prazo máximo para a conclusão das ações de adoção, habilitação para adoção e destituição do poder familiar de 120 dias, podendo as duas primeiras serem prorrogadas uma única vez pelo mesmo período mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária (arts. 47, § 10, art. 197-F e art. 163, ECA). Além disso, houve a redução do prazo de reavaliação das crianças e adolescentes, que passou de seis para três meses (art. 19, § 1º, ECA), e da permanência nos programas de acolhimento familiar ou institucional, que passou de dois anos para dezoito meses (art. 19, § 2º, ECA).

Ressalta-se, ainda, que se encontra em tramitação no Senado Federal o denominado “Estatuto da Adoção” (PLS nº 394/2017), que apresenta em sua justificativa a finalidade de eliminar entraves burocráticos, promover a celeridade dos processos de destituição do poder familiar e reformular a ótica de todo o sistema.

Diante do que foi abordado nesta seção, pode-se depreender que houve uma mudança significativa no objetivo da adoção no transcorrer do tempo, que passou da busca de uma criança para uma família (foco nos interesses dos adotantes) para a procura de uma família para uma criança, embora se tenha muito ainda por fazer para que o melhor interesse da criança e do adolescente seja assegurado.

### 1.3 Alguns aspectos psicológicos da adoção no Brasil

Adentrar no tema das relações parentais e, mais especificamente, da construção destas, tanto as de natureza biológica quanto adotiva, remete-nos à necessidade de explicitar que filhos não precisam nem devem ser enquadrados em uma ou outra categoria, biológicos ou adotivos, todos são filhos. Faremos essa distinção apenas por uma questão didática.

Essa observação faz-se relevante porque, de uma forma geral, as famílias estão atreladas à “biologia da procriação”, a ideia de que gerar filhos é natural e necessário para deixar a marca genética da sua passagem histórica pelo mundo, perpetuando-se através dos seus descendentes, como fizeram os seus ancestrais (SCHETTINI FILHO, 2017, p. 66).

Em vista disso, a impossibilidade de gerar filhos pela via biológica acaba sendo vista, por muitas pessoas, como uma irregularidade da natureza, o que tende a gerar um sentimento de inadequação, incapacidade e inferioridade naquelas que se veem numa condição de impotência frente às demais.

É preciso atentar-se, contudo, ao fato de que o vínculo afetivo que se constrói através da convivência na adoção e que é constitutivo da biografia pessoal, sobrepõe-se ao genético, conforme evidenciado por Schettini Filho (2006, p. 99-100): “O filho não resulta exclusivamente de um contexto biológico. Mais que isso, ele é uma consequência ética, porque a filiação não se esgota na geração biológica, mas se completa na aceitação afetiva, o que configura a adoção”.

Nesse sentido, Laia (2008, p. 31), partindo de uma leitura psicanalítica, afirma que todos nós somos adotados, tendo em vista que é a partir de um processo de adoção simbólica que os seres humanos se reconhecerem e se tornam efetivamente pai, mãe e filhos.

Como a adoção é considerada uma “via de mão dupla”, necessitando da disponibilidade afetiva e do desejo dos envolvidos para

que seja exitosa, passaremos a abordar as perspectivas de alguns atores desse processo (adotados e adotantes).

### 1.3.1 Os adotados

Deve-se levar em consideração, ao se pensar na criança adotada, a dinâmica psicológica que a subjaz e as experiências de vida que carrega consigo, especialmente, quanto às relações parentais. Os rompimentos afetivos vivenciados em relação à família de origem, principalmente os dos pais biológicos, tendem a deixar marcas históricas e psicológicas próprias. Quanto a isso, Schettini Filho ressalta: “Não temos que entender tais marcas como patologias ou deformações. São experiências como tantas outras que identificamos nas crianças que não têm uma história pessoal de adoção” (2006, p. 104).

De acordo com Levinzon, os efeitos da separação entre a mãe e a criança são sentidos por esta de acordo com o momento, as circunstâncias e as suas próprias características. Dessa forma, essa situação pode ser experienciada como uma branda cicatriz ou como uma ferida aberta, constando, de uma ou de outra forma, no psiquismo da criança. Vejamos:

Se a descontinuidade do contato com a mãe biológica ocorreu logo no início da vida do filho, quando bebê, ele não terá lembrança consciente dela ou do que ocorreu. Por outro lado, a experiência clínica nos mostra que nestes casos há algum tipo de registro afetivo do que é vivido, sem palavras, e que corresponde ao que a psicanalista Melanie Klein (1957/1991) denominou de “lembranças em sentimentos”. Por meio de testes psicológicos projetivos ou pela transferência na situação analítica, surpreendemo-nos com a presença dessas memórias inconscientes (LEVINZON, 2015, p. 10).

O processo de transposição do primeiro objeto de afeto vivenciado pela criança (mãe biológica) para a mãe adotiva (que não fez parte do processo biopsicológico de formação e nascimento da criança) deixa um vazio a ser preenchido. Vazio esse que pode trazer consequências lascivas à personalidade da criança se não for devidamente provido (SCHETTINI FILHO, 2006, p. 104). Dessa forma, o afeto dispensado ao filho adotivo pelos adotantes é fundamental para preencher o vazio e curar as “feridas” deixadas pelas vivências de separação e abandono.

Cabe observar a importância de o filho adotivo conhecer a sua história de vida, tendo em vista que é um fator constitutivo da identidade do sujeito e que contribui para construção dos vínculos parentais. Esses devem fundar-se na verdade e no respeito à história pessoal da criança. Dessa forma, negar ou silenciar essa história pode ser, em determinados momentos, ações destruidoras e perversas, visto que podem diminuir as possibilidades da criança de se organizar frente às mudanças existenciais que lhes foram impostas pela vida, deixando-a sem sustentação psicológica (SCHETTINI FILHO, 2006, p. 109).



Para Levinzon, explorar o universo da sua origem leva a criança, por vezes, a situações de dor, mágoa e de lacunas que não lhes são compreensíveis, ao mesmo tempo em que possibilita ao adotando a construção de um sentimento de identidade sólido, baseado na realidade. Com isso, ressalta: “De modo geral, quando tudo corre bem, a dor é contrabalançada pela estabilidade e harmonia do lar adotivo. Ao explorar sua história e seus sentimentos, a criança fica livre para explorar o mundo” (LEVINZON, 2015, p. 12).

### *1.3.2 Os adotantes*

O acolhimento da criança ou adolescente pelos adotantes é uma condição essencial para se estabelecer a relação paterno/materno-filial, posto que faz com que as dores provenientes da transição das figuras de apego se processem e diluam (SCHETTINI FILHO, 2006, p. 112). Para que se possa estabelecer uma relação real com o filho adotado, os pais adotivos que não podem gerar filhos biológicos precisam primeiro aceitar a infertilidade sem vislumbrá-la como uma deficiência. Essa aceitação perpassa a vivência do luto da infertilidade e possibilita a construção da relação afetiva com a criança sem culpas ou sentimentos de inferioridade.

Sobre a questão da infertilidade, Souza (2006, p. 71) ressalta: “Estes casais sabem que possuem a infertilidade biológica e esquecem que são férteis emocional e afetivamente. A preparação é importante para entenderem esta possibilidade bem como para trabalharem a decisão de terem um filho por um novo caminho”.

Quanto à preparação para o exercício da parentalidade, Weber (2014, p. 33) aponta:

Uma preparação para ter um filho, seja ele biológico ou adotivo, refere-se a uma reflexão sobre as próprias motivações, riscos, expectativas, desejos, medos, entre outros. Preparar-se para ter um filho significa, de maneira muito resumida, tomar consciência dos limites e possibilidades de si mesmo, dos outros e do mundo. Preparar-se não quer dizer somente o momento que antecede o “ter um filho”; é a consciência de que esta preparação deve ser contínua, que as coisas e as pessoas estão interagindo dinamicamente e, portanto, sempre estão sujeitas a mudanças; é a compreensão de que todos nós estamos sempre em um processo dinâmico de construção e reconstrução, desde os sentimentos e desejos até os códigos sociais de ética e de moral.

Cabe ressaltar que as pessoas não buscam a adoção apenas pela impossibilidade de gerar filhos biológicos, embora essa seja preponderante, existem outras razões, tais como: o parentesco com os pais biológicos que não dispõem de condições de cuidar da criança (adoção em família); o desejo de regularizar a paternidade/maternidade assumida em relação ao filho do cônjuge ou companheiro (adoção unilateral); homens e mulheres

que desejam ter filhos, mas não possuem um parceiro; por razões filantrópicas; pelo medo da velhice; por razões estéticas; dentre outras.

No entanto, algumas dessas motivações podem, inicialmente, dificultar o estabelecimento das relações parentais ao colocar a criança ou adolescente num lugar diverso do qual deveria ocupar: o de filho. Verifica-se, diante disso, a necessidade de se trabalhar algumas dessas motivações com o intuito de favorecer a construção das relações de filiação nos processos adotivos. Sobre isso, Ladvoat (2018, p. 101) ressalta:

O trabalho preventivo sobre as motivações para a adoção é extremamente válido para tratar das razões manifestas, que podem ser equivocadamente humanitárias, na busca de uma criança para que ela não sofra as consequências do abandono. E, principalmente, sobre as razões latentes, inconscientes e patológicas avaliadas na subjetividade do casal.

De uma forma geral, pode-se dizer que a motivação para adoção deve estar atrelada ao desejo, à vontade de exercer a parentalidade responsável pela via adotiva, devendo ser essa uma decisão refletida e amadurecida pelos adotantes. Nesse sentido, Ladvoat (2018, p. 103) acrescenta: “A motivação valorizada e legítima para a parentalidade adotiva refere-se, principalmente, à capacidade e flexibilidade da função parental no desejo genuíno de ser pai ou ser mãe”.

Com isso, considera-se que a construção de uma nova parentalidade é possível e está intimamente ligada ao desejo de ter filhos dos pais. Independentemente da forma como chegam ao seio familiar, se biológicos ou adotivos, os filhos acolhidos pelo desejo dos pais são introduzidos na família pela função simbólica. Para tanto, faz-se necessário que os pais possuam disponibilidade interior para a filiação, que haja em seu funcionamento intrapsíquico um espaço para o desenvolvimento dessa relação. Salienta-se, contudo, que essas manifestações não ocorrem de forma consciente, mas sob a perspectiva do desejo (SCHETTINI FILHO, 2006, p. 118).

Para Souza, a família que adota precisa se adequar à criança ou ao adolescente, já que o adotando pode testar o amor dos pais adotivos através de comportamentos agressivos, regressivos e de enfrentamento para ter a certeza de que não será abandonado novamente (2006, p. 13). Cabe aos adultos se prepararem para a chegada do novo membro, tendo paciência para educar e respeitar o tempo do adotando, disponibilizando o afeto que ele precisa para se sentir seguro, acolhido e amado.

A prática com a adoção nos leva a afirmar que os vínculos da parentalidade se alicerçam na convivência e na afetividade, embora os laços biológicos não devam ser desconsiderados. Dessa forma, pode-se dizer que a construção da relação filial na adoção depende mais da qualidade dos vínculos construídos, da preparação psicológica dos envolvidos

(adotantes e adotandos), da disponibilidade afetiva e da forma como os adotantes enxergam a adoção, devendo, pois, despir-se de preconceitos, trabalhando os seus medos, angústias, fantasias e ansiedades em relação ao processo adotivo.

## **2 A TRAJETÓRIA DA ADOÇÃO POR CASAIS DO MESMO SEXO NO BRASIL**

As mudanças ocorridas na nossa sociedade ao longo do tempo têm trazido à tona novas configurações familiares. Com a CF/1988, houve a ampliação da concepção de família, que passou a englobar novos arranjos e formas de se relacionar ao reconhecer a união estável entre homem e mulher e a família monoparental, o que representa as transformações que são geradas nas relações humanas, produzindo novas formas de conjugalidade (ARAÚJO et al., 2007, p. 95).

A despeito dessas novas configurações, tem-se a família formada pela união de pessoas do mesmo sexo biológico, através de uma comunhão de afeto e do desejo de constituição de uma vida comum. Essa forma de se relacionar se contrapõe à visão clássica e heteronormativa de família, na qual a sexualidade é posta como um paradigma de aceitação ou exclusão social, conforme veremos a seguir.

### **2.1 Considerações sobre a sexualidade**

A sexualidade tem assumido papéis diferentes na história da humanidade. Em vista disso, as explicações ocidentais sobre a homossexualidade foram-se modificando através dos séculos, passando da aceitação à estigmatização e marginalização. Na cultura greco-romana, a homossexualidade era aceita socialmente e vista como padrão de erotismo, desde que respeitasse a hierarquia social. Na cultura cristã, em contrapartida, houve o controle da sexualidade através de preceitos e dogmas cristãos que passaram a considerar a prática sexual entre pares do mesmo sexo como sodomia<sup>5</sup> (LIMA, 2014, p. 30-34).

No que concerne à perspectiva da sexualidade como parâmetro para distinguir entre as pessoas ou relações aceitas ou marginalizadas na nossa sociedade, Foucault (2005, p. 100) apresenta a sexualidade como um dispositivo histórico, em oposição à concepção natural, pulsional, em constante repressão pela sociedade moderna. Com isso, levanta um questionamento sobre a repressão como elemento central da discussão social sobre a história moderna da sexualidade.

<sup>5</sup> Sobre isso, Lima (2014, p. 36) ressalta: “A sodomia abrangia todos os atos considerados desviantes dos princípios morais vigentes, incluídos os atos anais e orais, o adultério, o incesto, as relações entre pessoas do mesmo sexo e as relações com animais”.

Essa compreensão da sexualidade, retratada pelo aludido autor, coaduna-se à sua visão de sujeito e à crítica que direciona à concepção de sujeito constituinte, livre, conduzido por uma subjetividade a-histórica e posto como a fonte de todo conhecimento, da política e da ação moral. Foucault, com base na crítica da filosofia liberal de Nietzsche, descreve o sujeito sob a perspectiva da sua complexidade histórica e cultural. Um sujeito “descentrado”<sup>6</sup>, construído discursivamente a partir de um sistema linguístico, finito e situado na intersecção das práticas culturais e forças libidinais (NIETZSCHE, 2000, p. 430-439).

Quanto à busca por uma origem ou essência primeira do sujeito e das coisas dispostas no mundo, em sua obra “Microfísica do Poder” (mais especificamente no texto “Nietzsche, a Genealogia e a História”), Foucault, ao analisar a obra nietzschiana “Genealogia da Moral”, questiona-se sobre o porquê do Nietzsche genealogista se recusar, em algumas ocasiões, à pesquisa da origem, que denomina, no caso específico, de *Ursprung*. Ao que responde:

Porque, primeiramente, a pesquisa, nesse sentido se esforça para recolher nela a essência exata da coisa, sua mais pura possibilidade, sua identidade cuidadosamente recolhida em si mesma, sua forma imóvel e anterior a tudo o que é externo, acidental, sucessivo. Procurar uma tal origem é tentar reencontrar “o que era imediatamente”, o “aquilo mesmo” de uma imagem exatamente adequada a si; é tomar por acidental todas as peripécias que puderam ter acontecido, todas as astúcias, todos os disfarces; é querer tirar todas as máscaras para desvelar enfim uma identidade primeira (FOUCAULT, 1999, p. 17).

Com isso, assevera que não existe uma essência originária a ser desvelada, mas que a essência das coisas pressupõe uma construção. Quanto à liberdade (que ligaria o homem ao ser e à verdade), afirma: “De fato, ela é apenas uma ‘invenção das classes dominantes’. O que se encontra no começo histórico das coisas não é a identidade ainda preservada da origem – é a discórdia entre as coisas, é o disparate” (FOUCAULT, 1999, p. 17).

Partindo da concepção de Nietzsche (1998, p. 109) sobre a origem e da contraposição ao que o mesmo denomina de “farsas conceituais”, tais como “puro sujeito do conhecimento, isento de vontade, alheio à dor e ao tempo”, “razão pura”, “espiritualidade absoluta” e “conhecimento em si”, Foucault rejeita o ideal de um homem transcendental e universal, posto como elemento fundador da história pela filosofia do sujeito, e volta-se à concepção de sujeito forjado pelo seu tempo histórico, situado e dependente.

Dessa forma, posiciona-se contra uma história positivista e linear, concebendo a história com base em suas descontinuidades e rupturas,

<sup>6</sup> Que não é posto como elemento central (ou numa posição privilegiada) na gênese de uma história linear, como ocorre na concepção de sujeito transcendental.

rechaçando a crença de uma origem inegável e de um final anunciado, conforme a visão teleológica. O que o autor aponta são as sucessões e dispersões desordenadas de sujeitos concretos em disputas contínuas, independentes de sua origem primitiva e impelidos a se constituírem segundo profusões de saber e poder vigentes em seu tempo histórico. Vejamos a reflexão de Foucault (1999, p. 21):

Seguir o filão complexo da proveniência é, ao contrário, manter o que se passou na dispersão que lhe é própria: é demarcar os acidentes, os ínfimos desvios – ou ao contrário as inversões completas – os erros, as falhas na apreciação, os maus cálculos que deram nascimento ao que existe e tem valor para nós; é descobrir que na raiz daquilo que nós conhecemos e daquilo que nós somos – não existem a verdade e o ser, mas a exterioridade do acidente. Eis porque, sem dúvida, toda origem da moral, a partir do momento em que ela não é venerável – e a *Herkunft* nunca é – é crítica.

Em consonância com a perspectiva nietzschiana, Foucault, ao depor o mito da origem, demonstra que é fundamental dispensar um olhar capaz de se opor a qualquer essência atemporal, questionando, ao invés disso, a historicidade contingencial dos sujeitos. Dessa forma, evidencia a necessidade de se compreender que “[...] o verdadeiro sentido histórico reconhece que nós vivemos sem referências ou sem coordenadas originárias, em miríades de acontecimentos perdidos” (FOUCAULT, 1999, p. 29).

Em substituição à história linear, Foucault (1999, p. 29) propõe uma concepção genealógica que possa dar conta de se conectar com uma história “efetiva”, assim descrita por ele:

A história “efetiva” se distingue daquela dos historiadores pelo fato de que ela não se apoia em nenhuma constância: nada no homem – nem mesmo seu corpo – é bastante fixo para compreender outros homens e se reconhecer neles. Tudo em que o homem se apoia para se voltar em direção à história e apreendê-la em sua totalidade, tudo o que permite retracá-la como um paciente movimento contínuo: trata-se de destruir sistematicamente tudo isto. E preciso despedaçar o que permitia o jogo consolante dos reconhecimentos. Saber, mesmo na ordem histórica, não significa “reencontrar” e, sobretudo não significa “reencontrar-nos”. A história será “efetiva” na medida em que ela reintroduzir o descontínuo em nosso próprio ser. Ela dividirá nossos sentimentos; dramatizará nossos instintos; multiplicará nosso corpo e o oporá a si mesmo.

A partir dessas perspectivas foucaultianas vislumbra-se a impossibilidade de aceitar um suposto modelo universal e atemporal para representar ou definir o sujeito. Isso porque, de acordo com Nietzsche, através de cada ideal pretensamente universal encontram-se várias distorções e convenções socioculturais. Vejamos os questionamentos do referido autor:

“O que ocorre exatamente, você está erguendo ou demolindo um ideal?”, talvez me perguntem... Mas nunca se perguntaram realmente

a si mesmos quanto custou nesse mundo a construção de cada ideal? Quanta realidade teve de ser denegrida e negada, quanta mentira teve de ser santificada, quanta consciência transtornada, quanto “Deus” sacrificado? Para se erigir um santuário, é preciso antes destruir um santuário: esta é a lei – mostrem-me um caso em que ela não foi cumprida! (NIETZSCHE, 1998, p. 83).

Foucault, com base nas suas concepções de sujeito, sexualidade e relações de poder construídas historicamente, propõe a existência de uma relação produtiva entre sociedade burguesa e sexualidade, através da qual esta é produzida por aquela. O que aponta uma estratégia de poder social, caracterizada pelo autor como “poder disciplinar”, que inclui a gestão e o controle sobre a vida dos sujeitos, com fins de tornar os corpos “dóceis” aos investimentos do Estado. Além disso, havia o intuito de manter o poder hegemônico da classe burguesa através da conservação dos seus corpos. Isso foi possível, a partir do séc. XIX, sobretudo através de saberes considerados científicos que passaram a legitimar, investigar, analisar e julgar certas práticas, consciências e indivíduos, classificando-os enquanto “normais” ou “patológicos” (FOUCAULT, 2005, p. 111-112).

Esse autor traz, ainda, que a partir dessa atribuição da sexualidade foram traçados princípios de “normalidade” que incluíam o sexo biológico, dividido ente “macho” e fêmea”; a identidade de gênero: masculina ou feminina; além de posicionamentos como “passivo” e “ativo” (FOUCAULT, 2005, p. 43-46). Ou seja, características do arranjo heterossexual. O que desvirtuava desse padrão era considerado patológico, como no caso, os homossexuais.

Em meio a esse histórico de patologização e de marginalização dos homossexuais, em decorrência da concepção de sexualidade adotada pela sociedade burguesa ocidental, muitas lutas vêm sendo traçadas pelas sexualidades divergentes para que os seus direitos fundamentais sejam respeitados. O que inclui a possibilidade de constituir uma família e de exercer a parentalidade pela via da adoção. Dessa forma, considera-se, assim, como Lima (2014, p. 73-74):

Tal como a cor da pele, a homossexualidade não deveria ser considerada como um dado importante para a qualificação dos cidadãos como sujeitos de direito. No entanto, contata-se que a homossexualidade continua sendo um obstáculo para a plena realização de direitos, ferindo os princípios fundamentais dos direitos humanos.

Destarte, não se pode negar que foram alcançados avanços significativos na luta dos direitos dos homossexuais diante das reivindicações traçadas pelas minorias sexuais ao redor do mundo. Todavia, é importante atentar para o fato de que os preconceitos e as violações de direitos ainda persistem e que a aprovação de leis que assegurem os direitos à cidadania plena dos homossexuais faz-se cada dia mais imperiosa para que a dignidade humana desses sujeitos seja respeitada.

## 2.2 Aspectos jurídicos da adoção por casais do mesmo sexo no Brasil

De acordo com Lima (2014, p. 69), a luta das minorias sexuais por igualdade de direitos e reconhecimento de sua dignidade humana passou a ser uma questão política a ser tratada nas sociedades. Dentre as reivindicações dos homossexuais em relação à isonomia dos direitos civis, destaca-se a do reconhecimento das uniões civis e do casamento entre casais do mesmo sexo (MISKOLCI, 2007, p. 108).

Considerando as conquistas mais significativas das sexualidades divergentes no Brasil, tem-se que, em março de 2001, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) foi pioneiro ao reconhecer o vínculo entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Em razão da lacuna deixada pela omissão legal, foi empregada a legislação concernente às uniões extrapatrimoniais (MENDES, 2015, p. 175). O mesmo TJ-RS confirmou, em abril de 2006, na Comarca de Bagé, a decisão de primeiro grau decorrente da Apelação Cível nº 70013801592, que possibilitou a adoção por um casal formado por duas mulheres. Tal decisão foi fundamentada na importância do vínculo do afeto que permeia as relações familiares, ressaltando a relevância de se combater o preconceito e de garantir o melhor interesse das crianças e adolescentes.

Em outubro de 2011, o STJ, em harmonia com o que havia decidido o Pleno do STF, em maio daquele ano, ao reconhecer e afirmar a validade e a proteção jurídico-estatal à união estável entre pessoas do mesmo sexo, reconheceu, por votação majoritária, a habilitação do casamento entre homossexuais<sup>7</sup>. “A decisão com efeito vinculante e eficácia contra todos assegurou aos casais homoafetivos a segurança jurídica” (MENDES, 2015, p. 177).

Outro avanço significativo ocorreu em maio de 2013, pois o CNJ aprovou, por maioria dos votos, a Resolução nº 175, que obriga os cartórios brasileiros a promover a celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e a converter a união estável entre essas pessoas em casamento. O que antes ficava a critério, passou a ser obrigatório (MENDES, 2015, p. 179).

Em março de 2015, o STF reconheceu a adoção por casais do mesmo sexo, alegando que o conceito de família, nas suas premissas de visibilidade, continuidade e durabilidade também pode ser aplicado a esses casais. A Ministra Carmen Lúcia fundamentou a decisão, no RE 846.102, com base na isonomia entre casais heterossexuais e do mesmo sexo. Ainda em maio de 2017, a 4ª Turma do STJ entendeu que homossexuais podem adotar crianças de qualquer idade<sup>8</sup>. Por unanimidade de votos, o Tribunal

<sup>7</sup> Através da decisão conjunta da ADI 4277 e ADPF 132.

<sup>8</sup> Julgamento referente ao RE nº 1.525.714 – PR (2012/0019893-3), cujo relator foi o

de Justiça do Paraná manteve o entendimento do juízo do primeiro grau, sustentando que não há previsão legal limitando a faixa etária do adotando em função da orientação sexual do adotante, devendo, este, preencher os requisitos legais do ECA e oferecer ambiente familiar favorável.

No âmbito do Direito Penal, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06) trouxe um avanço no tratamento das sexualidades divergentes ao proteger os diferentes tipos de união, definindo a família, no art. 5º, II, como: “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”, ressaltando no parágrafo único desse mesmo artigo: “As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual” (BRASIL, 2006).

Como se pôde ver, mesmo sem uma lei que regulamente o assunto, existe um número crescente de decisões judiciais favorecendo a adoção conjunta de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo. De uma forma geral, verifica-se que os juízes que decidiram os casos se pautaram nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do melhor interesse da criança para justificar o direito das sexualidades divergentes de adotar e o direito das crianças e adolescentes de serem adotadas.

### *2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana*

A discussão sobre a dignidade humana é bastante antiga no Ocidente, remontando ao pensamento clássico e aos ideais cristãos (SARLET, 2009). No entanto, foi com a perspectiva de Kant (2007) que ela entrou em evidência, afastando-se dos aspectos sacrais. Na leitura kantiana, a dignidade não apresenta equivalente em razão do seu valor moral, não podendo, portanto, ser negociada nem substituída como mercadoria. Esse autor vislumbra a moralidade como única condição capaz de fazer de um ser racional um fim em si mesmo, posto que só através dela é possível ser “membro legislador nos reinos dos fins” (KANT, 2007, p. 77).

Para Sarlet (2009) a dignidade humana é intrínseca e distintiva, inerente a cada pessoa, e perpassa o merecimento que cada indivíduo tem de ser respeitado e considerado pelo Estado e pela comunidade. Com isso, ressalta que a dignidade abarca direitos e deveres fundamentais que devem garantir ao ser humano tanto as condições mínimas para uma existência saudável quanto a proteção contra atos desumanos e degradantes.

A Constituição Federal de 1988, no art. 1º, III, proclama a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica, trazendo-o, ainda, no capítulo reservado



à família como princípio que fundamenta as normas que solidificam a emancipação dos seus membros (art. 226, § 7º; art. 227, *caput*; art. 230). De acordo com a Constituição, todas as pessoas, pela própria condição humana, possuem dignidade, devendo ser respeitadas pelo que são. Dessa forma, assevera-se que é inconstitucional discriminar qualquer pessoa com base em sua orientação sexual.

### 2.2.2 O princípio da igualdade e o respeito à diferença

No que concerne ao princípio da igualdade, em particular, da igualdade formal, Rios e Piovesan (2003, p. 60) a consideram como um “mandamento de igual aplicação do mesmo direito a todos, rompendo com a sociedade estamental e com os particularismos jurídicos que caracterizavam o antigo regime”. Em relação à adoção de crianças e adolescentes por pessoas do mesmo sexo, Rios (2001, p. 70) enfatiza, com base no princípio da igualdade:

A igualdade formal reconhece a todos, independentemente da orientação homo ou heterossexual a qualidade de sujeito de direito, não identificando na prática como pessoa heterossexual. Diante do caso concreto, independentemente da orientação sexual da pessoa, a mesma isonomia formal deve ser aplicada no caso. Assim, não há a possibilidade de impedir o deferimento da adoção de uma criança por casais homoafetivos pelo simples fato de sua orientação sexual, por não ser os mesmos heterossexuais.

De acordo com Lôbo (2015, p. 113-114), a CF/88 promoveu a igualdade entre os cônjuges, entre os companheiros, dos cônjuges em relação aos companheiros, bem como entre os filhos de qualquer origem familiar, extinguindo a legitimidade familiar como categoria jurídica, tendo em vista que servia apenas como critério de discriminação.

Em vista disso, ressalta-se que impedir um casal do mesmo sexo de adotar uma criança ou adolescente, exclusivamente em razão da orientação sexual, é um desrespeito explícito aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

No entanto, a inserção definitiva de uma criança ou adolescente numa família composta por pessoas do mesmo sexo também não pode ser reivindicada sem a avaliação de critérios relevantes, da mesma forma que não deve ocorrer esse tipo de inserção, sem critérios, em famílias heterossexuais. Ou seja, os requisitos para a adoção devem ser os mesmos, independentemente da orientação sexual dos postulantes.

Ademais, é preciso estar atento ao fato de que, em toda e qualquer circunstância, deve prevalecer o princípio do melhor interesse da criança, que precisa ser priorizada e respeitada enquanto sujeito de direitos em desenvolvimento, que necessita da proteção do Estado e da sociedade para o desenvolvimento pleno da sua personalidade.

### 2.2.3 Princípio do melhor interesse da criança

O princípio do melhor interesse da criança (e do adolescente) é um reflexo da doutrina da proteção integral da criança e dos direitos humanos de uma forma geral. Para Lôbo (2015, p. 123), esse princípio segue a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e significa dizer que a criança e o adolescente devem ter os seus interesses tratados de forma prioritária pela família, pela sociedade e pelo Estado, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos, tendo em vista a condição peculiar de desenvolvimento e a dignidade desses sujeitos. Essa primazia está prevista no art. 227 da CF/88 e no art. 4º do ECA.

Ainda sobre esse princípio, Lôbo (2015, p. 124) aponta: “O princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”. Dessa forma, considera que o maior desafio é tirar a criança e o adolescente do lugar de objeto (passivo) para colocá-los no lugar que lhes cabe: de sujeitos de direitos em uma condição peculiar de desenvolvimento.

Isso posto, verifica-se que o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser colocado como prioridade em todas as situações que os envolva, o que inclui a possibilidade de adoção por pessoas do mesmo sexo.

### 2.3 Aspectos psicológicos da adoção por casais do mesmo sexo no Brasil

A Resolução nº 001/99 do Conselho Federal de Psicologia (CFP) estabelece normas para atuação do psicólogo quanto à questão da orientação sexual, enfatizando que a homossexualidade não se trata de doença ou desvio. Já em seu art. 2º, aponta: “Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas”.

Em vista disso, a Psicologia tem muito a contribuir com as discussões sobre as diversas formas de se exercer a parentalidade por parte das novas configurações familiares, que vêm ganhando visibilidade ao lutar contra os padrões heteronormativos que ditam as regras sociais na sociedade brasileira.

Quanto ao exercício da parentalidade por casais do mesmo sexo através da adoção, deve-se atentar, a priori, à necessidade de se voltar o olhar às 8.424 crianças e adolescentes que se encontram em instituições de acolhimento no Brasil<sup>9</sup>, aguardando para serem adotadas, tendo em vista

---

<sup>9</sup> Contida no Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Disponível em: <<http://www.cnj.jus>.

que esse tipo de adoção se mostra como mais uma possibilidade para essas crianças e adolescentes terem um lar para crescerem e se desenvolverem.

Além disso, faz-se necessário considerar o comprometimento psicológico dessas crianças institucionalizadas, posto que a dificuldade de se estabelecer e manter vínculos nessas instituições pode interferir na formação da autoimagem, no estabelecimento de relações interpessoais e no desenvolvimento como um todo, podendo acarretar consequências lascivas para as suas vidas (ARAÚJO et al., 2007, p. 96).

Sobre isso, Weber (2005, p. 57) assevera: “Crianças que moram em regime de internato em instituições que não privilegiam relações individuais essenciais ao desenvolvimento do apego, aprendem a conviver com a solidão espiritual, com a dor do abandono e constituem-se em filhos de ninguém”. Acerca dos prejuízos da institucionalização para as crianças e adolescentes, a referida autora aponta a grande dificuldade na formação de vínculos afetivos consistentes e estáveis e ressalta:

Para a Ciência Psicológica atual, existe uma tendência no ser humano a estabelecer ligações afetivas fortes e consistentes já nos primeiros meses de vida da criança, e isso é uma necessidade básica tão fundamental quanto a alimentação. E é justamente a partir desse apego consistente com adultos estáveis que tiramos elementos que nos tornam pessoas que passam a amar a vida e os outros. O apego íntimo a outros seres humanos é o núcleo em torno do qual gira a vida de uma pessoa; é desse apego íntimo que reiteramos a força e o prazer a outros (WEBER, 2005, p. 59-60).

Quanto aos preconceitos e mitos que permeiam o exercício da parentalidade pelos casais do mesmo sexo, encontram-se: o medo de a orientação social dos adotantes interferir na dos adotados e de que estes sofram abusos sexuais, o que, por si só, já denota o caráter heteronormativo da sociedade brasileira; o receio de que a criança possa sofrer discriminações por ter dois pais ou duas mães; dentre outros (SILVA, 2008; UZIEL, 2008).

No que diz respeito à influência da orientação sexual dos adotantes em relação aos adotados, Silva ressalta que não se pode afirmar que todas as pessoas que são filhas de homossexuais terão a mesma orientação sexual que os seus pais, uma vez que nem todos os filhos de pais heterossexuais possuem esta orientação sexual. Acrescenta, ainda: “A relação entre filhos e pais homossexuais precisa ser olhada com mais naturalidade, uma vez que estas crianças conseguem estabelecer o vínculo parental com uma ou duas pessoas, prontas para a vivência da parentalidade” (SILVA, 2008, p. 18-19).

Sobre isso, ressalta-se, primeiramente, que homossexualidade não é doença nem desvio, não devendo, portanto, ser objeto de preocupação

social a orientação sexual das pessoas. O fato de a sociedade expressar seu medo quanto aos possíveis abusos sexuais de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo só denota uma visão preconceituosa e estereotipada das minorias sexuais, ligada à noção de perversão, doença e desvio.

Parece haver, ainda, um equívoco quanto à necessidade de a criança ter um pai e uma mãe heterossexual para o seu desenvolvimento saudável, posto que as funções parentais não estão atreladas ao sexo, mas a forma como os cuidadores conduzirão as questões de poder e hierarquia, relativas à tomada de decisões e a problemas disciplinares na relação com os filhos (CASTRO, 2008, p. 24).

Em pesquisa realizada com mulheres que vivenciam a homoparentalidade,<sup>10</sup> Silva (2008) verificou a realização pessoal que a experiência proporcionou para cada uma dela, bem como o lugar especial que os filhos passaram a ocupar na vida dessas mulheres, impulsionando uma busca por alternativas diversas para uma vivência parental mais autêntica.

Através de um estudo de caso realizado com um casal gay que adotou dois irmãos na cidade de São Paulo, Almeida (2012, p. 205) afirma que as crianças que foram acolhidas pelo casal estão crescendo e se socializando com o apoio da família na qual foram inseridas, ao passo que os adotantes têm alcançado, paulatinamente, o reconhecimento social da família, além do reconhecimento legal. Em vista disso, pondera que na busca por legitimidade e visibilidade adotantes e adotados acabam valendo-se de atributos presentes na cultura para estabelecerem as identidades parentais, baseando-se em modelos e estruturas familiares disponíveis na atualidade.

Quanto aos estudos psicológicos realizados no Reino Unido com casais gays que adotaram crianças, Golombok e outros (2014, p. 466) ressaltam que os resultados foram positivos, sugerindo que existe um potencial pouco explorado desse grupo adotivo. Isso porque os casais que concluíram o processo de adoção com êxito se tornaram pais particularmente participativos. Vejamos:

Num momento em que há muitas crianças à espera de serem adotadas, mas há escassez de adotantes adequados, os resultados positivos em relação às famílias adotivas gays neste estudo sugerem que existe um grupo amplamente inexplorado de potenciais pais adotivos. Os desafios enfrentados pelos casais gays que desejam adotar são ainda maiores do que aqueles vivenciados por casais de lésbicas e heterossexuais. Parece que aqueles que concluíram com sucesso o processo de adoção se tornaram pais particularmente comprometidos (GOLOMBOK et al., 2014, p. 466, tradução nossa)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Termo utilizado para as relações de parentalidade vivenciadas por mulheres e homens homossexuais.

<sup>11</sup> Termo utilizado para as relações de parentalidade vivenciadas por mulheres e homens

Isso posto, verifica-se que a orientação sexual dos pais não é um fator determinante para o desenvolvimento biopsicossocial saudável de uma criança ou adolescente, mas a disponibilidade afetiva, a qualidade do vínculo construído na relação parental e o exercício das funções parentais de poder, hierarquia, cuidado, amor e proteção.

Salienta-se, por fim, que a adoção por pares do mesmo sexo não deve ser vista como uma segunda opção para essas crianças e adolescentes, mas como uma possibilidade legítima de constituição familiar, assim como ocorre com as famílias heterossexuais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da adoção pode ser visto como uma das formas mais seguras de garantir a convivência familiar e os demais direitos da criança e do adolescente previstos na Carta Magna e no ECA em casos de perda ou extinção do poder familiar dos genitores. A adoção por casais do mesmo sexo, por sua vez, mostra-se como mais uma possibilidade de inserção dessas crianças e adolescentes em famílias substitutas. Colocar empecilhos a esta ou a qualquer outra modalidade de adoção é um desrespeito ao superior interesse desses seres em situação peculiar de desenvolvimento que se encontram em instituições de acolhimento, privados de referências e vinculações parentais e do afeto e estímulo que necessitam para crescerem de forma saudável.

Como visto, não existe proibição legal para esse tipo de adoção, ao passo que também não há uma autorização explícita. O Poder Legislativo tem deixado uma lacuna sobre essa questão, esquivando-se de legislar sobre um assunto de extrema relevância social. Diante disso, o Poder Judiciário tem buscado preencher essa lacuna através da jurisprudência do STF e do STJ, ficando, portanto, a encargo dos Juízos das Varas da Infância e Juventude e das equipes interdisciplinares a incumbência de decidir e de tratar sobre essas questões.

Vale ressaltar a discricionariedade presente nesse tipo de adoção, visto que ela pode ser percebida e interpretada de formas diferentes pelos Juízos das referidas Varas, sendo, portanto, uma ação que gera insegurança para os casais do mesmo sexo que buscam o direito de exercer a parentalidade através da adoção. A falta de uma legislação específica sobre a matéria coloca esses casais em um lugar diferente ao dos heterossexuais, tendo em vista que estes, em relação às questões jurídicas, preocupam-se apenas em cumprir os requisitos legais para a adoção e não com a impossibilidade de adotar em razão da sua orientação sexual.

Ademais, a Psicologia vem asseverando que a orientação sexual dos adotantes não interfere na qualidade do vínculo parental estabelecido com o adotando e que esse não deve ser um critério relevante a ser observado durante o processo de adoção.

Ressalta-se, por fim, que esse tipo de adoção é prejudicado pelo preconceito ligado às questões de gênero, que precisa ser combatido na sociedade brasileira. Afirmar que um casal do mesmo sexo não tem condições de propiciar um ambiente familiar saudável para uma criança ou adolescente crescer e se desenvolver apenas em razão da orientação sexual é um desrespeito explícito aos princípios da igualdade, da dignidade e do melhor interesse da criança. Esse tipo de postura só traz prejuízo a todos os envolvidos e à sociedade como um todo, que precisa se adequar à realidade vigente, às novas configurações familiares e aos desdobramentos decorrentes destas, respeitando e acolhendo as diferenças para que se torne mais inclusiva, igualitária e justa.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M. R. *Os processos subjetivos no acolhimento e na adoção de crianças por casal homoafetivo: um estudo de caso*. 2012. 223p. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Universidade de São Paulo, São Paulo.

ARAÚJO, L. et al. Adoção de crianças por casais homoafetivos: um estudo comparativo entre universitários de Direito e de Psicologia. *Psicol. Soc.*, Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 95-102, ago. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822007000200013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822007000200013&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 18 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, Brasília, 8 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 20 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, Brasília, 4 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (STF). *RE n. 846.102*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770481/recurso-extraordinario-re-846102-pr-parana>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *RE n. 1.525.714 – PR (2012/0019893-3)*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465738969/recurso-especial-resp-1525714-pr-2012-0019893-3/inteiro-teor-465738979#>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção. *Diário Oficial da União*, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 nov. 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

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

CASTRO, M. C. A adoção em famílias homoafetivas. In: *Adoção: um direito de todos e todas*. Conselho Federal de Psicologia (CFP). Brasília: CFP, 2008, p. 31-34. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha\\_adocao.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha_adocao.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP). *Resolução CFP nº 001/99*, de 22 de março de 1999. Brasília, 22 mar. 1999. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999\\_1.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2018.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Volume 6.

FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 14. ed. Tradução Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

\_\_\_\_\_. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. Tradução Salma Tannus Muchail. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *História da sexualidade: a vontade de saber*. 16. ed. São Paulo: Graal, 2005. Volume 1.

GOLOMBOK, S. et al. Adoptive Gay Father Families: Parent-Child Relationships and Children's Psychological Adjustment. *Child Development*, n. 2, v. 85, p. 456-468, mar./apr. 2014.

GONÇALVES, C.R. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Volume 6.

GRANATO, E. F. R. *Adoção: doutrina e prática*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

LADVOCAT, C. As falhas da adoção no casal parental. In: LEVINZON, G. K.; LISONDO, A. D. de (Orgs.). *Adoção: desafios da contemporaneidade*. São Paulo: Blucher, 2018, p. 99-116.

LAIA, S. A adoção por pessoas homossexuais e em casamentos homoafetivos: uma perspectiva psicanalítica. In: *Adoção: um direito de todos e todas*. Conselho Federal de Psicologia (CFP). Brasília: CFP, 2008, p. 31-34. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha\\_adocao.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha_adocao.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

LEVINZON, G. K. A adoção na clínica psicanalítica: o trabalho com os pais adotivos. *Mudanças – Psicologia da Saúde*, v. 14, n. 1, p. 24-31, 2006. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/MUD/article/view/630/629>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. A curiosidade na adoção: terreno pantanoso ou saúde psíquica? *Desidades*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 10-20, jun. 2015. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2318-92822015000200002&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2318-92822015000200002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 8 abr. 2018.

LIMA, R. M. de. *Homoafetividade e direitos: repertórios discursivos construídos no âmbito jurídico*. 2014. 226 p. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa. Disponível em: <<http://tede.biblioteca.ufpb.br/bitstream/tede/6987/1/arquivototal.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2018.

LÔBO, Paulo. Direito de Família e os Princípios Constitucionais. In: PEREIRA, R. (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 101-129.



- MENDES, S. F. A flexibilização do casamento e os Direitos Fundamentais. In: ALVARENGA, M. A. (Org.). *Formas de família na sociedade atual e Direitos Fundamentais*. São Paulo: UNESP, 2015, p. 165-185.
- MISKOLCI, R. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. *Cadernos Pagu*, v. 28, p. 101-128, jan.-jun. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n28/06.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2018.
- MOSCHETTA, S. O. R. *Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- NIETZSCHE, F. W. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução Paulo César de Souza. 10. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- PEREIRA, T. da S. Adoção. In: PEREIRA, R. (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 371-419.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70013801592*. Porto Alegre, jun. 2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20004490/apelacao-civel-ac-70039044698-rs/inteiro-teor-20004491>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- RIOS, R. R. *A homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RIOS, R. R.; PIOVESAN, F. A discriminação por gênero e por orientação. In: *Seminário Internacional as minorias e o direito*. Brasília: CJF, v. 24, p.154-175, 2003.
- SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHETTINI FILHO, L. Uma psicologia da adoção. In: SCHETTINI, S. S.; SCHETTINI FILHO, L. (Orgs.). *Adoção: os vários lados dessa história*. Recife: Bagaço, 2006, p. 99-120.
- \_\_\_\_\_. *As dores da adoção*. Curitiba: Juruá, 2017.
- SILVA, J. R. A parentalidade de cara nova: quando os homossexuais se decidem por filhos. In: *Adoção: um direito de todos e todas*. Conselho Federal de Psicologia (CFP). Brasília: CFP, 2008, p. 17-21. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha\\_adocao.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha_adocao.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- SILVA JÚNIOR, E. de D. *A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, R. P. Ser filho adotivo. In: SCHETTINI, S. S; SCHETTINI FILHO, Luiz (Orgs.). *Adoção: os vários lados dessa história*. Recife: Bagaço, 2006, p. 13-14.

UZIEL, A. P. Conjugalidade, parentalidade e homossexualidade: rimas possíveis. In: *Adoção: um direito de todos e todas*. Conselho Federal de Psicologia (CFP). Brasília: CFP, 2008, p. 13-16. Disponível em: <[https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha\\_adocao.pdf](https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/cartilha_adocao.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

UZIEL, A. P; MELLO, L.; GROSSI, M. Conjugalidades e parentalidades de gays, lésbicas e transgêneros no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, v. 14, n. 2, p. 481-487, maio/agos. 2006.

WEBER, L. N. *Abandono, institucionalização e adoção no Brasil: problemas e soluções*. O Social em Questão, n. 14, p. 53-70, 2005.

\_\_\_\_\_. *Aspectos psicológicos da adoção*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

Recebido em 07.06.2018

Aceito em 15.10.2018

# LOS ARCHIVOS DE LA RACIONALIDAD MODERNA: LAS PREGUNTAS DE MICHEL FOUCAULT POR LOS ESTATUTOS DEL SABER Y POR LOS CUERPOS BIOPOLÍTICOS\*

*OS ARQUIVOS DA RACIONALIDADE MODERNA: AS PERGUNTAS  
DE MICHEL FOUCAULT PELOS ESTATUTOS DE CONHECIMENTO  
E ORGANISMOS BIOPOLÍTICOS*

*THE ARCHIVES OF MODERN RATIONALITY: MICHEL  
FOUCAULT'S QUESTIONS ABOUT STATUTES OF KNOWLEDGE  
AND BIOPOLITICAL BODIES*

Cecília Sánchez<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidad Academia  
de Humanismo  
Cristiano. Programa de  
Doctorado en Estudios  
Transdisciplinarios  
Latinoamericanos,  
Instituto de Humanidades,  
Universidad Academia de  
Humanismo Cristiano,  
Santiago, Chile. (Doutora  
em Filosofia e Literatura).  
E-mail: cecisanchez0@  
gmail.com

**Sumário:** 1 Políticas de la verdad: los nombres de los personajes de archivo. 2 Reemplazo de la concepción jurídica del poder por el de las tecnologías biopolíticas. 3 Controversias sobre la biopolítica: Giorgio Agamben, Judith Butler, Santiago Castro-Gómez. 4 Los juegos de la verdad: intelectuales situados, mundiales o de la diferencia. Referencias.

**Resumen:** Este artículo se propone desarrollar algunos aspectos de las rutas y desvíos experimentados por Michel Foucault acerca de lo que entiende por políticas de la verdad en el marco de una crítica a la racionalidad moderna. Este recorrido es necesario para juzgar los motivos que lo llevan a desarrollar su enfoque de la “biopolítica” y su repercusión en la concepción política del cuerpo contemporáneo. Con relación a las controversias y apoyos que suscita esta perspectiva, señalaremos la implicancia de la biopolítica en el pensamiento de autores como Giorgio Agamben, Judith Butler y también en el pensamiento latinoamericano más reciente, me refiero al uso de la biopolítica y de otras categorías foucaultianas en el pensamiento de Santiago Castro-Gómez. Al finalizar, se examinan las nuevas posiciones que ocupa el intelectual cuyo pensamiento arranca de las políticas de la verdad y ya no desde la verdad. En especial, se consideran las críticas de Foucault a Sartre y Habermas, así como las críticas de Dussel y Bhabha al eurocentrismo de Foucault.

**Palabras clave:** Políticas de la verdad. Personajes de Archivo. Biopolítica. Crítica de la Racionalidad Moderna.

**Resumo:** Este artigo tem o objetivo de refletir sobre a adoção por casais do mesmo sexo no Brasil sob as perspectivas jurídicas e psicológicas. Através das concepções

---

\* Este artículo forma parte de una investigación N°TI, Folio 2017-2-11, de 2018.

desses lugares do saber, busca-se promover um diálogo interdisciplinar, enriquecendo a discussão sobre a temática. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo de abordagem e o método histórico de procedimento. No que se refere às técnicas de pesquisa, fez-se uso da pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que a orientação sexual dos adotantes não interfere na qualidade do vínculo parental nem no desenvolvimento do adotado e que negar esse tipo de adoção, baseando-se apenas na orientação sexual dos adotantes, é um desrespeito explícito aos princípios da igualdade, dignidade humana e melhor interesse da criança.

**Palavras-chave:** Adoção. Crianças e adolescentes. Casais do mesmo sexo. Perspectivas jurídicas e psicológicas.

**Abstract:** This article will delve onto some aspects of the paths and deviations in Michel Foucault's understanding of policies of truth within the framework of a critique of modern rationality. This approach is necessary to judge the reasons leading him to develop his perspective on "biopolitics" and its repercussions on the political conception of the contemporary body. With regards to the controversy and support elicited by this perspective, we will point out the implications of biopolitics in authors such as Giorgio Agamben and Judith Butler, and in recent Latin American thought, such as the use of biopolitics and other foucaultian categories in Santiago Castro-Gómez thought. To conclude, we will examine the new positions occupied by intellectuals whose thought derive from the politics of truth and not any longer from truth. In particular, we will consider Foucault's critiques of Sartre and Habermas, as well as Dussel and Bhabha's critique of Foucault's eurocentrism.

**Keywords:** Politics of Truth. Archival Characters. Biopolitics. Critique of modern rationality.

## 1 POLÍTICAS DE LA VERDAD: LOS NOMBRES DE LOS PERSONAJES DE ARCHIVO

Desde sus inicios, este pensador francés es conocido por abrir nuevos problemas filosófico-políticos mediante cuestionamientos a las prácticas, a los saberes y subpoderes político-sociales, a la vez que se cruza con experiencias estéticas, literarias e históricas, negándose en cada caso a definirse como filósofo o crítico literario. También rechaza asimilarse a la figura del historiador de las ideas. La distancia con las prácticas y saberes mencionados se debe a que no cree en la permanencia de un sujeto de saber o del habla. En diversas entrevistas ha señalado que autores como Nietzsche, Bataille y Blanchot, entre otros, le han permitido liberarse del pensamiento de Hegel, al modo en que se da a leer en Francia a través de

Kojève e Hippolite; renegando, asimismo, del enfoque de la fenomenología, pues conlleva la sujeción a la historia de la filosofía y a la filosofía del sujeto. Como se sabe, Foucault rechaza tanto al sujeto trascendental como al sujeto antropológico y psicológico.

Otra de las concepciones político-teórica de la que Foucault se aleja es la del marxismo, dado que no reconoce la consabida oposición entre ciencia e ideología o entre verdad e ideología, puesto que no considera que la verdad pueda existir fuera del poder<sup>1</sup>. Ello no impide que se hable de los textos en términos de objeto materiales, como formas de praxis de las que se ocupa la arqueología. También rescata del marxismo la idea de superficialidad del valor del capital, del mismo modo que acepta la concepción de que la moneda es una máscara. A nivel de su escritura, es característico el tono crudo usado en sus escritos, ya que más que enseñar (palabra que le desagrada) busca sorprender, ironizar, poner en escena. Sobre todo, se preocupa de elaborar hipótesis de lectura, sin llegar a plantear una tesis de autor, estilo que a muchos deja insatisfechos; además porque en cada libro resignifica e incluso abandona varias de sus categorías. Como es bien sabido, su pensamiento migra desde una concepción negativa del poder, en función del esquema jurídico de la soberanía, a un enfoque técnico, según lo explicita en varios de sus textos (FOUCAULT, 1992).

Al prestar atención a personajes de archivo, cuya realidad depende de prácticas interpretativas institucionales, marcados en sus antecedentes, en su racionalidad y en su sexualidad, su pensamiento le presta una especial atención al lenguaje que viene de abajo, es decir, el lenguaje que busca escapar de la razón objetivista de la época moderna. En esta opción entra en problemas con Jacques Derrida, su célebre alumno, para quien el lenguaje arqueológico mediante el cual Foucault se aproxima a la locura, “a la locura misma”, dirá Derrida, sigue siendo un lenguaje racional (DERRIDÁ, 1989). Por cierto, Foucault no dice que la locura hable; más bien la interroga desde el silencio, suerte de murmullo o *pathos* acerca del cual pretende hacer una arqueología. Para Derrida, esta es una tarea imposible, ya que la arqueología es también una lógica, además porque gran parte de los documentos interpretados se recogen de la “zona jurídica de la prohibición” (DERRIDÁ, 1989, p. 53). Queda por responder, entonces, la pregunta acerca del “estatuto” del lenguaje arqueológico. ¿Es el mismo estatuto que el del lenguaje del psiquiatra y del jurista? Ambos, como puede apreciarse en el libro de Foucault, quedan del lado del “orden”, es decir, de la “razón occidental”. Según Derrida, todos quienes hablan este

---

<sup>1</sup> En varias de sus entrevistas Foucault ha reconocido que su pensamiento le concede un estatuto diferente a lo que de modo positivista el marxismo ha entendido por ciencia y por verdad. Para él, los enunciados científicos tienen un estatuto político y unos efectos de poder que emanan de sus juegos enunciativos. De allí que importan más por sus efectos de verdad que por el hecho de ser verdaderos o falsos.

lenguaje quedan del lado de la “culpabilidad histórica” (DERRIDÁ, 1989). Por lo tanto, agrega, no puede hacerse una *historia* (que es un concepto racional) y tampoco una arqueología “contra la razón”.

Con todo, debe reconocérsele a Foucault que el lenguaje de archivo socava el lenguaje del *logos*, de modo equivalente a como un papel pegado en un cuadro cubista quebranta el espacio del cuadro. El cometido es, así, poner en evidencia las relaciones de fuerza que fundan a las ciencias humanas; relaciones que, a su vez, dan curso a una política de la verdad que genera lenguajes de archivo. La luz problematizada por Foucault es la que ilumina a los personajes de archivo, pues se trata de la luz frontal que emana del poder que viene de instituciones, relaciones de fuerza inmanentes al dominio en el que se inscriben. Así, dirá, a propósito de los personajes que han sido obligados a confesar bajo un régimen jurídico: “Para que algo de esas vidas llegue a nosotros fue preciso por tanto que un haz de luz, durante al menos un instante, se posase sobre ellas, una luz que les venía de fuera: lo que las arrancó de la noche en la que habrían podido, y quizás debido, permanecer fue su encuentro con el poder; sin este choque ninguna palabra sin duda habría permanecido para recordarnos su fugaz trayectoria” (FOUCAULT, 1988, p. 181).

Esta luz los vuelve visibles al nombrarlos desde el Orden del saber, entre algunos de estos nombres está el de los “infames”: denominación que circulaba en los registros policiales el siglo XVIII para referirse a la homosexualidad. También está el apelativo de “dementes”, de “degenerados”; en definitiva de “anormales”, nombre del que es portador el libro que se ocupa de informes de pericias psiquiátricas en materia penal. También podría haber ocupado el nombre de “monstruos”, ya que representan la excepción o anomalía que combina lo “imposible y lo prohibido” (FOUCAULT, 2006). Poco después, aparece la producción del hombre biopolítico en la obra de Foucault. Como se verá más adelante, con Giorgio Agamben, seguido de Antonio Negri, ese monstruo, como producción del poder, pasa a pensarse como “vida desnuda” o *nuda vida* en el marco de una racionalidad que ve como exceso lo que no se ajusta a la racionalidad imperante (NEGRI; CASARINO, 2011, p. 257).

“Infames”, “dementes”, “degenerados”, “anormales”, “monstruos” son, entre otros, los nombres de los personajes de archivo que Foucault lee desde el color “gris” de la genealogía; color apreciado por Nietzsche para hablar de la moral desde dentro del mundo y no desde los ideales. Para Foucault se trata de “discursos que tienen poder de vida y muerte”, pues provienen de los lugares que practican “discursos de verdad” (ya por su estatus científico o político). Se trata de discursos que pueden matar, dirá Foucault, y por lo mismo merecen que se les preste atención. Acerca del gesto “archivístico” de Foucault, Guilles Deleuze, su gran amigo, dirá

que son corpus discursivos que no emanan ni de estructuras ni de autores; son discursos sin referencia, reglamentos disciplinarios, mandatos, *a priori*s históricos. Deleuze llega a denominarlos “ficciones”, “sueños” o “poemas” (DELEUZE, 1987, p. 43-45).

Contradiendo a Derrida, Deleuze dirá que la escritura de Foucault tiene un carácter “poético”, pues antes que descubrir algo se pregunta por lo que “produce sentido”, partiendo por un cuestionamiento de la categoría de sujeto como principio de unidad o como fundamento. En este sentido, entiende que su tarea crítica es destruir las evidencias y la universalidad. Para Foucault, los discursos de verdad son ficciones o invenciones y no verificaciones, según prescribe la ciencia y la investigación en general, pues ficcionan la historia, la política, el cuerpo y el alma (SÁNCHEZ, 2006). De este modo, el “archivismo” de Foucault consiste en considerar sólo enunciados. Se trata de formaciones discursivas que pasan de la descripción a la prescripción. Por ejemplo, los enunciados médicos describen para prescribir, por este motivo son enunciados relativos a “prácticas”. Por ejemplo, las reglas de internamiento, en el caso del manicomio, o los reglamentos disciplinarios de la prisión, del ejército o de la escuela derivan de los saberes y discursos de las ciencias humanas.

Sobre la concepción de la verdad de Foucault se debe señalar su deuda con Nietzsche, pues el pensador alemán ya había proclamado que no hay verdad, también había renegado de todo origen; sólo resta la voluntad de verdad. Bajo tal perspectiva se abre la era de las técnicas de la interpretación, según establece Foucault en su conocida conferencia titulada *Nietzsche, Freud y Marx* (FOUCAULT, 2005). La nueva era de la interpretación acentúa lo que hay de transitorio y de singular en las interpretaciones y en los procesos de apropiación que articulan el derecho a hablar. En este sentido, lo real es lo que se manifiesta en los enunciados, debido a que la verdad discursiva no es la verdad; sólo tiene valor de verdad. De este modo, el ejercicio arqueológico tiene como misión el desentierro de esta voluntad, ya que se evidencia en las prácticas de poder de los aplicadores de los saberes científicos.

Además de la dura crítica de Derrida al enfoque de Foucault sobre la razón y la sin razón, Habermas le enrostra la deuda con Bataille y con el romanticismo alemán al momento de plantearse la crítica a la razón, pese a que, a diferencia de Bataille, Foucault habría elaborado esta crítica en calidad de historiador de las ciencias. En este sentido, la identidad que Habermas le confiere al pensamiento de Foucault es la de un “historiador de la racionalidad occidental”, aunque Habermas le reconoce la feroz crítica que efectúa Foucault contra dicha racionalidad debido a que tras lo universalmente válido se esconde una facticidad o la pura voluntad

(HABERMAS, 1993, p. 313). En efecto, Foucault no se reconocería en el perfil de simple “historiador”.

En sus clases entre 1978-1979, agrupadas bajo el nombre *Nacimiento de la biopolítica*, se demarca del estilo crítico la escuela de Frankfort y del romanticismo alemán: lugares desde donde se ha cuestionado el poder de la racionalidad. Al respecto Foucault sostiene: “créanme, la sinrazón es igualmente opresiva” (FOUCAULT, 2007, p. 53-54). Por el contrario, la crítica que propone consiste en “determinar en qué condiciones y con qué efectos se ejerce una veridicción”. Por lo tanto, el problema que lo rige no pasa por decir “miren qué opresiva es la psiquiatría puesto que es falsa”, tampoco porque sea verdadera; el problema es poner de relieve las condiciones que deben cumplirse en los discursos para que puedan pronunciarse sobre la locura, la delincuencia o el sexo, para que puedan ser verdaderos o falsos, según las reglas correspondientes. Así, sólo tienen importancia política las determinaciones de los “regímenes de veridicción” (FOUCAULT, 2007, p. 53-54).

## 2 REEMPLAZO DE LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL PODER POR EL DE LAS TECNOLOGÍAS BIOPOLÍTICAS

Tras las distintas caracterizaciones del pensamiento de Foucault, el tema en el que quiero centrarme es interrogar cómo y por qué Foucault se desplazó desde el planteamiento tradicional del poder, entendido como mecanismo jurídico o soberano, es decir, el poder que prohíbe o permite, al planteamiento de la tecnología del poder fundado en estrategias y tácticas productivas, llamado también “biopolítica”.

Este tema impacta en el discurso político y en los saberes actuales de las ciencias sociales y humanas, dado que tambalean las coordenadas y binarismos como los de guerra/paz, adentro/afuera, público/privado. Como plantea Roberto Esposito a modo de ejemplo cuando se habla de “derechos humanos”, en este caso más que de sujetos jurídicos se habla de individuos definidos exclusivamente como “vivientes” (ESPOSITO, 2006, p. 23). La pregunta que se abre es acerca del significado otorgado al término “vida”: ¿se trata del *mantenimiento biológico* (zoé) del que hablaba la medicina en la escena clínica y también Marx con respecto de la vida del obrero (aunque no se menciona, cabe agregar también la natalidad de las mujeres)? O bien, ¿se trata de la buena vida o formas de bíos de las que habla Aristóteles en la *Ética Nicomaquea* y Hannah Arendt en *La condición humana*?

La conversión del esquema jurídico y su versión negativa del poder por uno técnico y estratégico ya se deja leer en *Vigilar y castigar* (1975). Posteriormente, se vuelve explícito en su *Historia de la sexualidad*, Tomo



I (1976). A partir de este momento, Foucault reniega de su libro *Historia de la locura*, debido a que cuando trata de la locura la entiende como “sin razón” (1961). También rechaza la conferencia sobre el discurso, conocida en español bajo el título “El orden del discurso” (1971), ya que refiere el discurso a partir de lo prohibido.

La tecnología concerniente a la locura pasa, así, de la negatividad (sinrazón) a la positividad de la medicina. Del mismo modo, la tecnología que teje la sexualidad del siglo XIX hace aparecer mecanismos productivos y no sólo aquellos provenientes de la represión. El mismo Esposito se pregunta hasta qué punto reconocemos lo natural en un cuerpo humano hoy día, dado que la técnica a traviesa a los cuerpos, situación que obliga a replantear la vieja dicotomía *zōé/ bíos*, estableciendo que la *tecné*, tal vez, ha estado presente desde siempre.

En el caso de Foucault, su nueva concepción del poder comienza a orientarse a la productividad del cuerpo y del alma, impugnando la vieja dicotomía alma/cuerpo, ya griega o bien judeo-cristiana. Bajo esta nueva perspectiva, el propósito es mostrar cómo las relaciones de poder pueden producir materialmente el cuerpo. Al respecto dice: “si el poder hace blanco en el cuerpo es porque existe una red de bio-poder”, un “somato-poder que hace nacer la sexualidad como fenómeno histórico y cultural en cuyo marco referencial nos reconocemos” (FOUCAULT, 2007, p. 166).

En vez del privilegio del poder soberano en la relación hombre/mujer, familia, maestro, alumno, en el que sabe y en el que no sabe, pesan relaciones de poder que no son la proyección de la voluntad de un soberano o razón de Estado. La familia no sería la prolongación del poder del Estado con respecto a los niños, lo mismo el macho no es el representante del Estado para la mujer. Foucault advierte en estas relaciones de dominación una relativa autonomía. Además, es el poder el que hace aparecer el cuerpo, refiriéndose a los regímenes disciplinarios como las escuelas, cuarteles y talleres. El poder, así planteado, no cae pesado sobre el cuerpo como en el período de la soberanía del rey; ahora puede ser relajado. Con respecto al relajo del poder, con ironía señala que, en el caso de la sexualidad, incluso se estimula el desnudo, pero para hacerlo se debe ser delgado, hermoso y bronceado (FOUCAULT, 2007, p. 113). Es importante dejar en claro que el poder para Foucault no es unilateral, “es una relación”, cuenta con resistencias, liga y opone. Foucault y Deleuze toman de Nietzsche la fórmula preindividual de las relaciones de fuerzas, pues les permite prescindir de referirse a la conciencia, al yo o a la intención. Además porque este planteamiento permite tanto la repetición como la diferencia, haciendo posible hablar de la vida impersonal.

En el caso de *Vigilar y castigar*, el poder disciplinario se distingue del poder soberano por su economía del castigo, dirigida a reglamentar

el empleo del tiempo en virtud de una finalidad correctiva. El castigo es menos físico puesto que apela a dolores menos espectaculares. Las prácticas punitivas ya no tocan el cuerpo, esta vez lo encierran; se lo hace trabajar sobre la base de una suspensión de sus derechos. Asimismo, el verdugo queda sustituidos por un conjunto de técnicos (médicos, vigilantes, capellanes, psiquiatras, psicólogos, educadores). La disciplina, tal como la hace ver Foucault, es un término confuso, podría decirse que es un tipo de poder, una tecnología, antes que una institución. No es un poder piramidal, es microfísico, immanente, operatorio, relacional.

Lo sorprendente de *Vigilar y Castigar* es que al anunciar el giro que va de la soberanía a la disciplina, también subraya un cambio de eje que va del cuerpo al alma. Desde esta perspectiva, Foucault señala que ya no es el cuerpo el afectado con la penalidad moderna: “el castigo cae sobre el alma”: sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad. La situación extrajurídica que entra en escena es un régimen de verdad que descansa en técnicas y discursos científicos que tienen el poder de castigar. Bajo esta óptica, se propone hacer una “historia del alma moderna” (FOUCAULT, 2003, p. 30), atendiendo a los efectos positivos, uno de los cuales es el conocimiento del hombre; el otro es proporcionar mano de obra barata; cuestión que, como se verá, corresponde al desarrollo de la sociedad industrial y de la política liberal. En este sentido, el giro del que se habla debe fundarse en la nueva economía política del cuerpo y de la individualidad entendida como subjetivación fabricada. El ejemplo paradigmático en este caso es el Panóptico que encarna una función disciplinaria de distribución de poder en un campo de fuerzas que no proviene de un punto central. Más allá de tener un uso específico, el Panóptico es un “diagrama” de forma ideal que sirve para obreros, presos, escolares, locos, soldados. Es práctica, pero toda práctica es también práctica de saber. Así, se es visto, pero no se ve; se es objeto de información pero no de comunicación, lo que implica desindividualizar el poder (FOUCAULT, 2003, p. 294). Bajo este esquema, poco importa quién ejerce el poder. Los efectos de poder que nos dominan los prolongamos nosotros mismos al ser parte del engranaje. La frase más antiilustrada de este libro es la siguiente: “las luces que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas”, suerte de contraderecho que introduce asimetrías insuperables” (FOUCAULT, 2003, p. 225).

En el primer tomo de la *Historia de la sexualidad* comienza a usar de un modo más decidido los criterios de la biopolítica y su concepción de un poder productivo. De este modo, entra en contradicción con la tesis de la negatividad o de la represión del primer período de sus escritos. En “Nosotros los victorianos” presenta con ironía la hipótesis de la lectura de una represión creciente relativa a la sexualidad, desbordada en espacios seguros como el diván del psicoanalista y transgredible en espacios de

tolerancia como el burdel, dado que así se ha presentado la relación entre poder, saber y sexualidad. Decir que la economía del sexo con relación al poder no es represiva es riesgoso debido a que choca con la tesis aceptada.

Primero, asocia sexo y lenguaje diciendo que el sexo posee una puesta en discurso (confesión católica y examen de sí mismo). Pese a que no reniega que la represión juega un rol, considera que a partir de la Edad Clásica deja de ser lo fundamental. La producción de discursos crea un artefacto, una técnica que la reorienta a un interés público que quiere dirigir y utilizar. Así, cuando nace la “población” como problema político el pueblo ha dejado de ser tal; ahora es medible como estado de salud, alimentación, vivienda, tasa de natalidad, edad, matrimonio legítimo o ilegítimo, frecuencia de relaciones sexuales fecundas o estériles, prácticas anticonceptivas. Figuras categorizadas dentro del desenfreno como el Don Juan, el libertino, el perverso u onanista, son infractores que pasan a encarnar sexualidades periféricas. La justicia comienza a darle la pasada a la medicina, suerte de régimen médico-sexual que les impone un criterio de verdad. De este modo, cuerpo y alma son remodelados por una red de relaciones de poder ilocalizables que ya no responden al binarismo dominante/dominado.

El trayecto que narra Foucault desde *Vigilar y castigar a la Historia de la sexualidad* es el siguiente: primero destaca el poder de las disciplinas anatomopolíticas del cuerpo humano en colegios, cuartos, talleres. Segundo, en la era de la modernidad biológica se produce el cuerpo desde la mecánica de lo viviente: nacimientos, mortalidad, salud, elementos que ya se entienden como biopolíticos. Estos son los dos polos de la administración de los cuerpos en la era del biopoder, abocada a la vida de la especie en el orden del poder y del saber. Si comparamos la época antigua con la moderna, tenemos que para Aristóteles el viviente cuya vida es considerada natural vive fuera de la *polis*, mientras que la humanidad del hombre se mide por su capacidad de tener una existencia política mediante el ejercicio de un discurso orientado a exhibirse en el *ágora*. En el caso moderno, el objetivo es tener derecho a la vida, al cuerpo, a la salud, a la felicidad como satisfacción de necesidades. De este modo, el cuerpo social entero se encuentra tomado por las estadísticas y los exámenes médicos. La nueva exploración de Foucault esta vez se establece en el umbral entre lo biológico y lo social. En este sentido, lo que las tecnologías modernas colonizan es la esfera que en el mundo clásico estaba reservada al oikos. Así, la esfera de lo doméstico pasa a convertirse en la esfera de lo viviente a-personal, caracterizada como *calidad de vida* por el pensamiento neoliberal.

### 3 CONTROVERSIAS SOBRE LA BIOPOLÍTICA: GIORGIO AGAMBEN, JUDITH BUTLER, SANTIAGO CASTRO-GÓMEZ

Asumiendo algunos aspectos de la perspectiva de Michel Foucault y también del pensamiento de Hannah Arendt, Giorgio Agamben acentúa un rasgo de la biopolítica que suscita algunas controversias. En *Homo Sacer*, recuerda que veinte años antes del primer tomo de la *Historia de la sexualidad*, Hannah Arendt hizo notar en su libro *La condición humana* la plena presencia de los procesos del *animal laborans* en la escena de la política moderna, produciendo la decadencia o devaluación del espacio público. En *Orígenes del totalitarismo*, la misma autora caracteriza al “refugiado” y al “apátrida” como figuras despojadas de todos sus derechos, desprovistos de esa vieja inscripción de la vida humana en un orden jurídico. Para Agamben, esa vida sin derechos es una vida biopolítica, entendida como “nuda vida” o vida desnuda. En el relato histórico de esta condición, reconoce la desnudez de la vida en la zoé del mundo clásico destinada a la esclavitud. En el período medieval, esta condición está presente en la vida puramente biológica perteneciente a Dios en tanto que creada. Bajo la declaración de los derechos del hombre, en el período de la Revolución Francesa, el nacimiento pasa a ser fuente de derecho, ya que todo hombre “nace” con derechos inalienables, según declara La Fayette. A nivel etimológico, es importante considerar el vínculo que hace notar Agamben entre la palabra “nascere” y la palabra “nación”, ya que la semejanza semántica le permite dar cuenta del tránsito de lo humano desde la soberanía de origen divino a la de tipo nacional. En esta asociación lingüística centra Agamben el nacimiento moderno de la biopolítica, debido a que es el cuerpo vivo y desnudo del nacido el que ahora es nacional. En el período del nacionalsocialismo, es la vida y su dimensión biopolítica la que será exacerbada (AGAMBEN, 2006, p. 163-164).

Para Agamben, el refugiado es quien rompe la continuidad entre nacimiento y nacionalidad, evidenciando la nuda vida, debido a que es privado de sus derechos al ser considerado “apátrida”. A la usanza de Foucault, Agamben también va a vincular el saber de las ciencias sociales y de la biología con el poder. El ejemplo más deleznable de esta asociación es el significado que llega a tener la “raza” para el nazismo en virtud del desarrollo de las teorías genéticas de la época.

La apelación de Agamben a la “vida desnuda” como forma de traducción de lo que sugiere Foucault desde el término “biopolítica”, va a ser discutida por Judith Butler. A la luz de lo aseverado por Agamben, esta autora se pregunta: “¿puede la vida considerarse desnuda?” (BUTLER, 2009, p. 69). Según Butler, Agamben significa la “desnudez” en función de lo que entiende Arendt cuando se es arrojado a un exterior de la comunidad

política. A su vez, el referente de Arendt es Aristóteles y su doble noción de vida política y vida biológica. Sin embargo, para Butler la vida expulsada o confinada no está desnuda; al contrario, “es una vida saturada de poder” (BUTLER, 2009, p. 71), justo cuando ha quedado privada de la ciudadanía. Desde la óptica de Butler, el problema de Agamben es un problema de foco y un problema de lenguaje, puesto que se priva de entender otras formas de poder, de poderes saturadores que no se dan sólo en el marco del estado-nación o de un poder soberano.

En el caso del pensamiento de Santiago Castro- Gómez, el empleo del concepto de biopolítica tiene como propósito el examen de las políticas de control sobre la vida en las colonias del imperio español en el así llamado Nuevo Mundo, especialmente en Nueva Granada. Este control lo efectúa el Estado Borbón a partir de los discursos de la ciencia moderna sobre el estado de salud, trabajo, alimentación, natalidad, clima, fecundidad. La hipótesis del autor es que la ilustración es traducida desde biopolíticas imperiales para fortalecer al imperio español, siendo bien recibidas por parte de la elite local (CASTRO-GÓMEZ, 2010).

La principal hipótesis de Castro-Gómez con respecto a la biopolítica sostiene que la subjetividad moderna no es solamente de raigambre burguesa, según una aseveración geoeconómica de la teoría social sobre la modernidad, sino que es también geocultural. En este punto Castro-Gómez coincide con Dussel y Mignolo en sus críticas a los parámetros de Wallerstein sobre el sistema-mundo. Para estos autores, el primer discurso universalista moderno no es de tipo burgués liberal; es un discurso biopolítico sobre la limpieza de sangre, cuyo primer esquema proviene de la Edad Media cristiana. Castro-Gómez usa el lenguaje de Mignolo para indicar que esta concepción pasó de ser una “historia local” a un “diseño global”. En su expresión local, la clasificación de la población obedecía a un esquema jerárquico que respondía a que el mundo era visto como una gran isla dividida jerárquicamente en tres regiones (Europa, Asia y África), de acuerdo a la concepción de la cultura cristiana medieval heredada por España. Las fuentes de este esquema clasificatorio de la población humana provienen de Herodoto, cuya concepción fue ampliamente aceptada en la antigüedad europea. En esta jerarquía, Europa ocupa el lugar civilizado, mientras que las regiones del Asia y África son calificadas de “bárbaras”<sup>2</sup>. En la traducción cristiana de la concepción de Herodoto, las tres regiones recién nombradas son señaladas como el lugar de asentamiento de los hijos de Noé después del diluvio. Castro-Gómez indica que “los hijos de Sem poblaron Asia, los de Cam se establecieron en África y los de Jafet

<sup>2</sup> Para el relato de esta jerarquización de la población humana y del impacto del Nuevo Mundo Dussel, Mignolo y Castro-Gómez citan de O’GORMAN, Edmundo. *La invención de América. investigación acerca de la estructura histórica del nuevo mundo y del sentido de su devenir*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

se asentaron en Europa” (CASTRO-GÓMEZ, 2010, p. 55). En el relato bíblico, estos hijos y su descendencia fueron diferenciados étnicamente, puesto que Sem y Cam caen en desgracia frente a su padre, mientras que Jafet es el único hijo amado por Noé<sup>3</sup>.

Según el relato de O’Gorman, Europa pasa a ser referente de la humanidad por motivos religiosos. Con los viajes de Colón aparecen las tierras americanas, con ello se evidencia la incompletud de la isla (*orbis terrarum*) que supuestamente aunaba a las tres partes de la isla: ante Dios. En el Nuevo Mundo se hacen ver unas criaturas de las que se duda de su razón y de si su alma es propiamente humana, por lo mismo es problemática su pertenencia a la población humana, de acuerdo al mapa cristiano. A este itinerario de la primera forma de la subjetividad moderna Castro-Gómez lo denomina “dispositivo de blancura”. Es decir, esta identidad se establece sobre la base de la distinción frente a otro.

Según lo señalado hasta el momento, para Castro-Gómez es importante demarcar la primera forma en que se desarrolla una epistemología del control de la nueva población a partir de una perspectiva única con un punto de vista fijo. Para dar cuenta de la segunda manera establece el pasaje desde el punto de vista étnico a la mirada universal de cartógrafos y navegantes cuyo foco se dota de legitimidad científica, pues cuando observan se abstraen de su lugar de observación. Así entiende Castro-Gómez la “hybris del punto cero”, portada primero por el colonialismo de corte aristocrático-cristiano y, luego, por la biopolítica; mirada moderna que primero surge de la concepción geocultural de la Edad Media cristiana, pero que en el siglo XVIII pasa a regirse por un modelo económico (CASTRO-GÓMEZ, 2010, p. 60, nota 44).

Según Castro-Gómez, en las colonias españolas se echa a andar el nuevo paradigma de la biopolítica, que permea la política de los Borbones, basado en dos aspectos. Uno, el conocimiento de la población como recurso humano. Otro, los recursos naturales (ambos relacionados). De allí el desarrollo de la limpieza social con el uso de la medicina y la criminología que busca penalizar el ocio y crear fuerza de trabajo útil para el desarrollo económico mediante dispositivos de vigilancia. Por esta vía, el autor colombiano llega a entender que el Estado español de este período es ya una gran “fábrica de subjetividades” (CASTRO-GÓMEZ, 2010, p. 99).

Los autores y autoras citados tienen en común la referencia a acontecimientos que hacen reconocible la biopolítica moderna, a veces fuera de los cauces desde donde la definió Foucault por primera vez. Es lo que ocurre con Agamben y Castro-Gómez. Agamben hablará del

<sup>3</sup> Según CASTRO-GÓMEZ, en el capítulo 6 del Génesis se narra el porqué de esta jerarquización (CASTRO-GÓMEZ, 2010, p. 55, nota 39)..

momento nazi como un momento que expone la vida biopolítica como *nuda vida* cuyo extremo es el musulmán en Auschwitz, nombrando esta desnudez a partir de la figura alegórica del *homo sacer* tomada del derecho romano arcaico. El autor italiano reconoce que en su examen vuelve a introducir lo que Foucault deja de lado en su paso a la biopolítica: el derecho y la teología (AGAMBEN, 2004, p. 14). Butler se mantiene más cerca del esquema de Foucault, de allí que pueda conjeturarse que la crítica a Agamben se deba al hecho de que insista en las formas de poder del derecho.

Castro-Gómez recoge casi íntegramente el esquema de la biopolítica de Foucault, agregándole un momento geocultural como antecedente para incorporar al Nuevo Mundo en el esquema biopolítico de la modernidad. De este modo, establece diversos momentos para identificar la formación genealógica de la *hybris* del punto cero, cuya mirada universal tiene un antecedente regional. Ese momento inicial de la modernidad no es mencionado por Foucault, pues tiene que ver con el momento en que, desde la matriz aristocrático-cristiano del imperio español, la mirada colonizadora se vuelve universal mediante la aparición del Otro que rompe el esquema de la isla compuesta por las regiones de Asia, Europa y África. Con el cruce del océano, recién se instala la pregunta por el estatuto de las tierras americanas y por el de los seres que no son parte de la isla de Dios. Luego, con la aceptación de la región americana como parte del *orbis terrarum*, las tierras americanas se convierten en las materias primas del Estado español y los así llamados indígenas pasan a formar en parte de la población que dicho Estado controla de modo biopolítico.

#### **4 LOS JUEGOS DE LA VERDAD: INTELECTUALES SITUADOS, MUNDIALES O DE LA DIFERENCIA**

Por último, para cerrar este artículo cabe caracterizar el tipo de intelectual que representa Foucault, pues, como se señala más arriba, su pensamiento ya no está ligado a la verdad, como es el caso del filósofo tradicional. Por lo general, entiende que la verdad es una “política” o un “juego”, no en tanto que entretención, sino que una forma de producción sujeta a reglas (FOUCAULT, 1996, p. 164). En ese sentido, parte de su cometido es hacer permeable la frontera entre lo filosófico y lo no filosófico. De allí que su estilo de pensar difiere del pensamiento de algunos filósofos contemporáneos. En la “Entrevista” que aparece en *Microfísica del poder* se demarca de corrientes como el estalinismo o postestalinismo y del discurso marxista en general porque desde sus categorías no se pueden explorar dominios del poder concebidos como efectos de regímenes discursivos de la psiquiatría y la medicina. Foucault ve a Marx, a los marxistas y al

partido comunista francés demasiado apegados al positivismo que se refugia en una ciencia, en lo económico, en la ideología y en los análisis de la superestructura y la infraestructura. Bajo estas diferencias, es conocida su distancia con el estilo de pensamiento y de militancia del intelectual de izquierda que llegó a representar Jean Paul Sartre, quien toma la palabra en tanto que “maestro de la verdad y de la justicia”. También lo rechaza por entender al poder como un “mal supremo”. En respuesta a Sartre, Foucault señala: “el poder no es un mal. El poder es juegos estratégicos” (FOUCAULT, 1996, p. 166). De modo semejante a su crítica a Sartre, Foucault ha hecho explícita su incompatibilidad con la concepción de una razón comunicativa al estilo de Habermas, a la que rotula de “utópica” pues supone la disolución de las relaciones de poder para volverse transparente (FOUCAULT, 1996, p. 165). Al contrario, Foucault no cree poder sostenerse en una sociedad sin relaciones de poder debido a que el poder es creativo.

En definitiva, al alejarse del papel del intelectual “universal”, cuyo accionar es *ejemplar y justo*, prefiere vincularse a un trabajo ligado a “sectores específicos”, a luchas cotidianas y politizaciones situadas (FOUCAULT, 1996, p. 194). Esta marca de estilo la exhiben personajes como el físico atómico tras la segunda guerra mundial. Su especificidad se sostiene en una relación directa con la institución y con el saber científico, pero es universal porque la amenaza atómica concierne al género humano.

Desde el punto de vista liberacionista de Dussel, Foucault no avistó el eurocentrismo de la modernidad, puesto que la situó en la época clásica, de allí que el autor argentino-mexicano defienda al y las intelectuales de lo “mundial” y de las “diferencias”, tanto de género como intercultural. Así, tomar distancia de lo universal eurocéntrico supone preocuparse de lo mundial que no borra las localizaciones y las diferencias culturales y de género (DUSSEL, 2015, p. 47-48).

Desde el poscolonoalismo, Homi K. Bhabha, le reprocha al pensador francés el modo eurocentrista de hacer valer la “Revolución Francesa” como un “signo” de la modernidad, sin considerar los relatos de los históricamente desplazados. Si bien Foucault ocupa una posición que lo faculta para interrogar el estatuto del saber en lo que él denominó los archivos de la razón occidental, en sus conferencias y cursos sobre Kant puso en escena un signo de la modernidad que lo delata en su perspectiva colonial. Según Bhabha, “Las limitaciones etnocéntricas del signo espacial de la modernidad en Foucault se hacen inmediatamente evidentes si nos ubicamos, en el período inmediatamente postrevolucionario, en Santo Domingo con los Jacobinos Negros, más bien que en París” (BHABHA, 2002, p. 293). Bhabha advierte una dislocación colonial de los tiempos modernos y de las historias coloniales represivas cuando Foucault habla



del “ahora” o del “presente” de la modernidad. Un desfase semejante ocurre con el Nuevo Mundo, cuando la modernidad no se aprecia en sus momentos de subalternidad y desde sus tiempos despóticos. Bhabha hace notar que para Foucault el racismo aparece en el siglo XIX, ignorando las sociedades coloniales que fueron campos de prueba para los discursos administrativos de corte darwinista.

Así pues, los espacios y cuerpos “saturados de poder” (según la corrección de Butler a Agamben) que la biopolítica puede hacer aparecer requieren de dispositivos que permitan leer lo que la modernidad no deja leer, incorporando las localizaciones culturales y los lugares de enunciación. Ello no significa que la modernidad deje de existir. Por el contrario, la o las modernidades evidencian mejor su juego y sus políticas de la verdad cuando se las localiza culturalmente y se las desuniversaliza; de ese modo se generan alternativas y puntos de fuga.

## REFERENCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*. El poder soberano y la nuda vida. Valencia: Pre-textos, 2006.

\_\_\_\_\_. “Entrevista”, en *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2004.

BHABHA, Homi K. *El lugar de la cultura*. Buenos Aires: Manantial, 2002.

BUTLER, Judith. ¿Quién le canta al Estado-nación? Lenguaje, política, pertenencia. Buenos Aires: Paidós, 2009.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *La hybris dl punto cero. Ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Potificia Universidad Javeriana, 2010.

DERRIDA, Jacques, “Cogito e historia de la locura”. En *La escritura y la diferencia*. Barcelona: Anthropos, 1989.

DUSSEL, Enrique. *Filosofías del sur. Descolonización y transmodernidad*. Buenos Aires: Akal, 2015.

ESPOSITO, Roberto. *Bíos*. Bioplítica y filosofía. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2006.

FOUCAULT, Michel. *La vida de los hombres infames*. Madrid: Las Ediciones de la Piqueta, 1990.

\_\_\_\_\_. *Microfísica del poder*. Madrid: Las ediciones de la Piqueta, 1992.

\_\_\_\_\_. *Michel Foucault. El yo minimalista y otras conversaciones*. Buenos Aires: La marca, 1996.

\_\_\_\_\_. *Nietzsche, Freud y Marx*. Santiago de Chile: Ediciones Espiritu Libertario, 2005.

\_\_\_\_\_. *Vigilar y castigar*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2003

\_\_\_\_\_. *Los anormales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

\_\_\_\_\_. *Nacimiento de la biopolítica*. México: Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Taurus, 1993.

NEGRI, Antonio; CASARINO, Cesare. *Elogio de lo común*. Conversaciones sobre filosofía y política. Barcelona: Paidós, 2011.

O'GORMAN, Edmundo. *La invención de América*. Investigación acerca de la estructura histórica del nuevo mundo y del sentido de su devenir. México: Fondo De Cultura Económica, 1991.

SÁNCHEZ, Cecilia. “El lenguaje como archivo: el trazado de Foucault desde la gramática clásica a la lingüística”. En *Foucault fuera de sí. Deseo, Historia, Subjetividad*. Edición María Emilia Tijoux, Iván Trujillo. Santiago de Chile: Colección Debates Críticos Universidad Arcis, 2006.

Autora convidada

# A ZONA DO NÃO-SER DO DIREITO INTERNACIONAL: OS POVOS NEGROS E A REVOLUÇÃO HAITIANA\*

## THE ZONE OF NON-BEING OF INTERNATIONAL LAW: BLACK PEOPLES AND THE HAITIAN REVOLUTION

Karine de Souza Silva<sup>1</sup>

Luiza Lazzaron Noronha Perotto<sup>11</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Programas de Pós-Graduação em Relações Internacionais e em Direito da UFSC, Florianópolis, SC, Brasil. (Doutora em Direito). E-mail: karine.silva@ufsc.br

<sup>11</sup> Pierre Mendes France Université Grenoble-Alpes (UGA), França. (Mestre em Direito). E-mail: luizalnoronha@gmail.com

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Ressignificando e visibilizando a Revolução Haitiana. 2 O Haiti entre a guerra e o ocaso. 3 O Haiti, as historiografias não contadas e as subjetividades omitidas pelo Direito Internacional Público. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O objetivo deste artigo é defender a necessidade de incluir o estudo da Revolução Haitiana na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esta pesquisa é original porque demonstra, por meio do método do estudo de caso e da utilização das epistemologias pós-coloniais e decoloniais, que os povos negros têm sido vítimas de um embargo político, historiográfico e epistêmico por parte do Direito Internacional Público (DIP), fato que favorece a continuidade do racismo epistemológico e praxeológico que exclui esses coletivos dos mecanismos de produção de conhecimento e os destitui de capacidade de agência nas estruturas de saber e poder. Em última instância, afirma-se que as subjetividades negras têm sido condenadas à zona do “não-ser” pelo *mainstream* do DIP, que se encontra totalmente acomodado aos arranjos imperialistas que invisibilizam e desqualificam as narrativas e subjetividades dos povos não-brancos e não-ocidentais.

**Palavras-chave:** Revolução haitiana. Povos negros. Racismo epistemológico. Direito Internacional Público.

**Abstract:** This article aims to defend the need of inclusion of the study of the Haitian Revolution in the sphere of International Human Rights Law. The originality of this research relies on its study case methodology, by using Post-colonial and Decolonial approaches to show the historical marginalization of black peoples as victims of a political, historical and epistemological denial played by the Public International Law. This favours the continuity of an epistemic and praxeological violence, excluding this group from knowledge production and undermining their agency on the world-system power structure. Lastly, it is argued that black subjectivity has been condemned to live in the zone of non-being by the Public International Law mainstream. The Public International Law will be shown as rearranged

\* Esta pesquisa foi financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

under imperialistic desires and aspirations, promoting an epistemic violence by disqualifying and making invisible the narratives and the subjectivity coming from non-Western and non-white peoples.

**Keywords:** Haitian Revolution. Black peoples. Epistemological racism. Public International Law.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Haiti, país que no presente lidera o ranking dos mais pobres do Ocidente, já foi a colônia mais próspera do mundo durante o período colonial. Até o início do século XIX, a denominada ilha de Saint Domingue era conhecida como “Pérola das Antilhas”, já que sozinha era responsável pelo fornecimento de cerca de 75% do açúcar e 60% do café consumidos na Europa.

Entretanto, a gloriosa reputação e o colossal nível de produtividade da colônia francesa foram estabelecidos à custa do sistema de escravidão mais perverso já visto. Mesmo para os padrões dos colonialismos sangrentos da época, as brutalidades cometidas pelos franceses contra os negros escravizados em Saint Domingue eram aterrorizantes.

Diante da barbárie generalizada produzida pelos paladinos do Iluminismo, a partir da década de 1790 os movimentos de resistência das populações subjugadas se intensificaram e expandiram as reivindicações por direitos de igualdade e liberdade. Assim, deu-se início à Revolução Haitiana, considerada a revolta de escravizados mais bem-sucedida do mundo, que derrotou o exército napoleônico – o maior e mais temido exército da época – conquistou a independência, instituiu a primeira república negra e o primeiro Estado moderno fundado e governado por negros.

Como resposta, a França, amparada pelas demais potências colonizadoras, iniciou um processo de asfixiamento da sua ex-colônia e impôs ao Haiti o pagamento de uma indenização leonina pelas “perdas” que os colonizadores tiveram com a Revolução e a independência, como condição *sine qua non* para o reconhecimento diplomático do novo Estado e para o restabelecimento das relações políticas e econômicas. O chamado “Débito da Independência” foi pago pelo Haiti durante mais de cem anos, quitado somente em 1947 – momento em que já se discutiam as reparações devidas às vítimas do Holocausto da Alemanha nazista. Diante dos fatos que comprovaram o enriquecimento ilícito da França, em 2003, o então presidente do Haiti, Jean Bertrand Aristide, reivindicou abertamente a restituição dos valores pagos a título de indenização aos franceses, estimando a quantia atualizada em mais de US\$ 21 bilhões.

Entretanto, tal episódio, embora revestido de notada importância para as populações da vasta maioria do globo, tem sido sistematicamente ocultado dos domínios de interesses e pesquisa das abordagens *mainstream* do Direito Internacional, que não só despreza a existência da Revolução, como também têm, assiduamente ao longo dos últimos cinco séculos, negado a historicidade, a subjetividade, a memória e a agência das populações não-brancas e não-ocidentais.

Este artigo objetiva ressaltar a necessidade de se incorporar a Revolução Haitiana como marco fundamental na trajetória de consolidação e evolução do campo de estudos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esta pesquisa é original porque demonstra, por meio do método do estudo de caso e da utilização das epistemias pós-coloniais e decoloniais, que os povos negros têm sido continuamente vítimas de um embargo político, historiográfico e epistêmico por parte do Direito Internacional Público, fato que favorece a continuidade do racismo epistemológico e praxeológico que exclui esses coletivos dos mecanismos de produção de conhecimento e os destitui de capacidade de agência nas estruturas de saber e poder do sistema-mundo. Em última instância, afirma-se que as subjetividades negras têm sido condenadas à zona do “não-ser”<sup>21</sup> pelo *mainstream* do DIP.

Para a realização do objetivo, a argumentação do artigo se desenvolve da seguinte forma: primeiramente, são expostos o contexto e os fatos que propiciaram a eclosão da Revolução Haitiana; o tópico seguinte apresenta o significado da Revolução e as estratégias utilizadas pelas potências colonizadoras para silenciar o episódio e para isolar o Haiti das relações internacionais; por fim, é evidenciado como o Direito Internacional Público se acomoda aos arranjos imperialistas de modo extremamente historicida, uma vez que invisibiliza e desqualifica as narrativas e as subjetividades dos povos não-brancos e não-ocidentais.

## 1 RESSIGNIFICANDO E VISIBILIZANDO A REVOLUÇÃO HAITIANA

O Haiti, atualmente considerado o país mais pobre do hemisfério ocidental e um dos mais pobres do mundo,<sup>2</sup> até o início do século XIX

---

<sup>1</sup> Categoria cunhada por Franz Fanon em 1952, que revela a negação da subjetividade e da humanidade dos povos negros.

<sup>2</sup> O Haiti é um dos líderes do ranking de países mais pobres do mundo, com o pior IDH do Ocidente e divide a 163ª posição geral com Ruanda e Uganda, de acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano Global (PNUD). Disponível em: <[http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-DesenvolvimentoHumanoGlobais.aspx?indiceAcordion= 2&li=li\\_RDHGlobais](http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-DesenvolvimentoHumanoGlobais.aspx?indiceAcordion= 2&li=li_RDHGlobais)>.

era conhecido como a “Pérola das Antilhas” já que se constituía a colônia mais rica e lucrativa do mundo.

Em 1697, após o extermínio da população nativa pelo império espanhol, a França adquiriu parte da chamada ilha de Hispaniola, nomeando-a Saint-Domingue (atual Haiti) e construiu ali uma poderosa economia baseada na agricultura de latifúndio voltada à exportação. Sua reputação como a Pérola das Antilhas era merecida: à época, Saint-Domingue ocupava um posto elevado entre as lideranças mundiais de culturas comerciais como açúcar, café e algodão, sendo a principal fornecedora dos franceses, chegando a ultrapassar as exportações feitas pelas Treze Colônias americanas para a Grã-Bretanha (FARMER, 2006; PHILLIPS, 2008). Em menos de cem anos de colonização francesa, em 1789, cerca de 75% (setenta e cinco por cento) do açúcar disponível no mercado mundial e 60% (sessenta por cento) do café importado pelas grandes potências da época, França e Grã-Bretanha, eram fornecidos unicamente por Saint-Domingue. Entretanto, a glória e a prosperidade foram inteiramente construídas à custa da exploração brutal dos povos negros submetidos ao regime da escravidão (PHILLIPS, 2008).

Entre 1697 e 1804, durante o período do domínio francês, mais de 800.000 (oitocentos mil) indivíduos provenientes da África Ocidental foram escravizados para servir nas plantações de Saint-Domingue, cifra que representava mais de um terço do tráfico transatlântico de africanos.<sup>3</sup> Por volta de 1790, a população total da colônia era estimada em 520.000 (quinhentos e vinte mil) habitantes, sendo composta de pelo menos 420.000 (quatrocentos e vinte mil) escravizados africanos (LIBRARY OF CONGRESS, 2006; MOCOMBE, 2010; PHILLIPS 2008). Entretanto, Mark Danner (2010, p. 1, tradução nossa) ressalta que “[a]té mesmo para os padrões da época, as condições nos campos de cana de Saint-Domingue eram aterrorizantes e brutais; os negros morriam jovens e aos montes; tinham poucos filhos”. Para compensar tamanha perda de mão de obra, a introdução de novos indivíduos trazidos da África crescia à medida que as exportações de açúcar e café ascendiam. As doenças, o excesso de trabalho, a quantidade inópia de alimentos providos aos trabalhadores e o sadismo dos superintendentes respondia pela maioria das mortes (KEE, 2015; PHILLIPS, 2008). Como resultado da carnificina perpetrada, a

---

<sup>3</sup> A estimativa de historiadores considerados realistas ou “moderados”, como Hugh Thomas (1997, p. 805-806) sobre a dimensão do tráfico transatlântico é de que no mínimo 13 (treze) milhões de africanos foram coercitivamente embarcados rumo às Américas, sendo que tal número exclui aqueles que sucumbiram nas lutas de resistência, nas capturas, nos períodos em que estiveram presos nas masmorras antes do embarque e durante a cruzada do Atlântico.

população de escravizados se renovava quase que completamente a cada vinte anos (LIBRARY OF CONGRESS, 2006).<sup>4</sup>

Vale ressaltar que os diversos povos trazidos forçadamente da África (dentre eles achantes, iorubas, zulus, congos, bacongos, etc.), “não eram outra coisa além de *negros*” para os colonizadores europeus. Significa dizer que esses seres humanos “foram despojados de suas próprias e singulares identidades históricas” e, nas Américas, foram inseridos em uma “nova identidade racial, colonial e negativa, [que] implicava a espoliação de seu lugar na história da produção cultural da humanidade. Daí em diante, não seriam nada mais que raças inferiores, capazes somente de produzir culturas inferiores”. Não bastasse, quando chegaram à América, foi-lhes apagado o passado, já não eram povos africanos, ao contrário, não passavam de “escravos”, ou seja, eram coisificados, inferiorizados sob a égide da matrix colonial de poder que introduziu diversas formas de violências baseadas na concepção de raça e que alcançavam os planos materiais e não materiais, os aspectos físicos e intelectuais. Assim, “o padrão de poder baseado na colonialidade implicava também um padrão cognitivo, uma nova perspectiva de conhecimento dentro da qual o não europeu era o passado e desse modo inferior, sempre primitivo” (QUIJANO, 2000, p. 127).

Sobre essa divisão ou estratificação social baseada na noção de raça, Aníbal Quijano (2000, p. 117), explica que

os colonizadores codificaram como cor os traços fenotípicos dos colonizados e a assumiram como a característica emblemática da categoria racial. Essa codificação foi inicialmente estabelecida, provavelmente, na área britânico-americana. Os negros eram ali não apenas os explorados mais importantes, já que a parte principal da economia dependia de seu trabalho. Eram, sobretudo, a raça colonizada mais importante [...]. Em consequência, os dominantes chamaram a si mesmos de brancos. Na América, a ideia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista. A posterior constituição da Europa como nova identidade depois da América e a expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo conduziram à elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração teórica da ideia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não-europeus.

Para Fanon, o colonialismo criou uma zona do não-ser, “uma região extraordinariamente estéril e árida”, habitada pelos povos negros. Essa hierarquização imperial nega a humanidade do sujeito e o condena à invisibilidade. Assim, para o pensamento colonizador, “o negro não é um homem” (FANON, 2008, p. 26); portanto, não é um ser humano. Nessa zona, é permitida toda e qualquer brutalidade contra esse ser.

<sup>4</sup> Significa dizer que, “quando os escravizados lançaram sua grande revolta em 1791, a maioria desse meio milhão de negros havia nascido na África, falava línguas africanas, adorava deuses africanos” (DANNER, 2010, p. 1, tradução nossa; RIBBE, 2010).

Conforme descrito na literatura, os negros eram castigados com requintes de barbárie na ilha de Saint-Domingue. Paul Farmer et al (2004, p. 311, tradução nossa) dão exemplos que ilustram os níveis de crueldade: eles eram afogados em sacos, crucificados em tábuas, enterrados vivos, esmagados em morteiros; eram forçados a comer excrementos humanos; eram jogados em caldeiras ferventes de açúcar; homens e mulheres eram colocados dentro de barris tachonados de espigas e derrubados pelas montanhas para dentro dos abismos; eram entregues a cães treinados a comerem carne humana.

Nora Wittmann (2012) assevera as diferenças gritantes entre as relações de servidão conhecidas pelas etnias africanas antes da chegada dos europeus e o regime de escravidão baseado na ideia de raça. No primeiro caso, os mestres não tinham direito sobre a vida dos servos ou escravizados, e respondiam por homicídio caso um de seus escravos morresse. Além disso, era garantido aos cativos o direito de propriedade, sob certas condições, além do casamento e outras liberdades individuais. Tais comportamentos contrastam fortemente com o regime racista de escravidão inventado pelos europeus:

por olhar um homem branco aos olhos, a pessoa escravizada poderia ter seus olhos cegados com ferros quentes. Por falar em defesa de uma esposa ou mulher, um homem poderia ter a mão direita cortada. A pessoa escravizada podia ser assada sobre fogo lentamente, deixada para morrer depois de ter as pernas e os braços quebrados, podia ser oleada e engraxada e depois incendiada pendurada numa árvore ou assassinada lentamente enquanto o 'dono' do escravo dilacerava o peito ou os órgãos genitais da pessoa escravizada (ASANTE, 2003, p. 7, tradução nossa).

Ou seja, os europeus racializaram a escravidão, já que historicamente nunca houve vinculação entre a cor da pele e escravização. Além disso, transformaram seres humanos em meros objetos comercializáveis para aferição de lucros em escalas magnânimas que alimentaram o mercantilismo (FRAGA, 2016). O processo de coisificação era acompanhado por práticas cruéis de submissão.

As reações às barbáries cometidas não tardaram a ocorrer. No último quarto do século XVIII, houve uma escalada de tensões na colônia de Saint-Domingue, que reivindicavam direitos e poder para as classes subalternizadas, que impulsionaram movimentos de resistência negra que se inspiraram nos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade propalados pela Revolução Francesa (GEGGUS, 2002).

Na década de 1790, a Revolução Francesa e a consequente dissolução da dinastia dos Bourbon abriram espaço para o ethos igualitário que se espalhou no além-mar. Em razão da recusa da elite branca de Saint-Domingue em cumprir as normas que surgiam da Assembleia Nacional de Paris (como o sufrágio aos negros livres e a todos que pagavam impostos),



a ordem civil foi extremamente abalada pelas numerosas revoltas de negros e mulatos e a ilha passou a sofrer também novas intervenções militares, inclusive espanhola e britânica, nas tentativas de sufocar as rebeliões e tomar o poder da colônia (LIBRARY OF CONGRESS, 2006).

Assim, no quadro das rebeliões que tomavam a colônia de Saint-Domingue, instaurou-se um movimento de negros e mulatos que se uniram para lutar pela independência. A chamada Revolução Haitiana iniciou-se nos primórdios da década de 1790 e em 1794 o movimento já havia conquistado a emancipação da colônia por meio de uma aliança com os colonos franceses republicanos. A derrota final do exército imperial francês se deu em 1804 – após quase uma década de massacres e conflitos sangrentos –, sendo considerada a data da conquista da independência (DUBOIS, 2004).

Durante o período de 1791 a 1800, sob a liderança de Toussaint L'Ouverture,<sup>5</sup> o movimento pela independência haitiana conseguiu vencer os franceses, os espanhóis e os ingleses. Em meados da década de 1790, Toussaint se tornou comandante-chefe de todas as forças rebeldes em Saint-Domingue e, a partir desta posição, desafiou a França ao tentar criar um Estado autônomo, livre da influência europeia – apesar de dizer-se um aliado francês desde 1794, quando foi anunciada a abolição da escravidão em todas as colônias francesas pelo Decreto de 4 de fevereiro. Em 1801, Toussaint comandava a ilha de Hispaniola, após ter conquistado o porto espanhol de Santo Domingo e proclamou-se governador de Saint-Domingue<sup>6</sup> (GEGGUS, 2002; MOCOMBE, 2010).

É necessário lembrar que durante esse e todo o período de batalhas travadas pela independência,

[o]s franceses arquitetaram uma estratégia tão simples quanto fria: o extermínio de toda a população masculina adulta do Haiti. Raciocinando que um escravo rebelde nunca poderia ser efetivamente

<sup>5</sup> Toussaint L'Ouverture era um antigo escravizado letrado, já livre em 1791 (momento em que a Revolução eclodiu), que começou a assumir a liderança ao enviar cartas aos escravos em todo o Haiti para se apresentarem à batalha (KEE, 2015). Em 1793, Toussaint emergiu como um líder forte e capaz de unir todos sob o mesmo objetivo de conquistar a independência e, consequentemente, direitos. Para Paul C. Mocombe (2010) e David Patrick Geggus (2002), havendo emergido como um comandante dentro do exército rebelde de escravos negros liderados por Georges Biassou e Jean-François, Toussaint L'Ouverture provou-se capaz de organizar massas de escravos e mulatos ao mesmo tempo em que mantinha boas relações com os brancos colonizadores. Ele havia sido criado dentro dos costumes brancos, havia sido libertado antes do começo da Revolução e podia, inclusive, ler em francês. Por outro lado, mostrou-se fiel à causa da independência e abolição, mesmo quando a França ofereceu anistia aos insurgentes na tentativa de suprimir a revolução e impossibilitar a independência.

<sup>6</sup> David Patrick Geggus (2002, p. 22) faz uma descrição no mínimo interessante de como esse líder se apresentava na época: “[u]m homem pequeno e nervoso, muito negro, com olhos móveis e penetrantes, que impressionava muito quem o conhecia, mesmo aqueles que o consideravam feio. Ele tinha perdido a parte superior dos dentes da frente em batalha e suas orelhas estavam deformadas usando pesados brinços de ouro, mas sua presença era imponente e sugeria um enorme controle de si mesmo”.

retornado à escravidão, o plano exigia o repovoamento da ilha com novos escravos africanos e retomando a produção e exportação agrícola. O resultado foi uma campanha genocida que viu os dois lados buscando a aniquilação total do outro através de massacres, táticas de terra queimada e atos de escalada de terror (PHILLIPS, 2008, p. 3, tradução nossa).

Anthony Phillips (2008, p. 3, tradução nossa) ilustra o triunfo das forças rebeldes:

a vitória decisiva do Haiti aconteceu em novembro de 1803. Uma força expedicionária francesa, liderada pelo cunhado de Napoleão, o general LeClerc, na maior frota naval que já partiu para as Américas, foi derrotada na batalha de Vertieres. Dos 33.000 soldados franceses sob o comando de LeClerc, 30.000 morreram de doença tropical ou ação inimiga. Perdas francesas no Haiti no período 1801-1803 ultrapassaram os 52.000. Durante o mesmo período, as forças haitianas também resistiram com sucesso às invasões de forças britânicas e espanholas que tentavam capitalizar a revolução.

Assim, após longos treze anos de luta contra o colonialismo e a escravidão, os rebeldes vitoriosos declararam a República do Haiti em 1º de janeiro de 1804. No mesmo dia, Jean-Jaques Dessalines renomeou a ilha com seu nome original taino – Haiti ou Ayiti (terra montanhosa) – em memória aos Tainos, povo nativo massacrado pelos espanhóis no início da colonização. Para Geggus (2002, p. 27, tradução nossa), “o novo nome do país significava, acima de tudo, uma ruptura simbólica com a Europa” e a partir dali, “todos os brancos foram doravante proibidos de possuir terras no Haiti”. Em números, “o custo humano da independência do Haiti chegou a 150.000 mortos, 40% da população. Somente 170.000 dos 425.000 [ex-]escravos permaneceram saudáveis o suficiente para trabalhar e contribuir para a reconstrução da economia do novo Estado” (PHILLIPS, 2008, p. 3, tradução nossa).

O Haiti entrou para a história ao se tornar a primeira república negra independente no mundo – o primeiro Estado moderno fundado e governado por negros –, o único Estado fundado e sustentado totalmente por indivíduos antes escravizados, que conquistaram sua liberdade pela luta armada, o primeiro país do mundo moderno a abolir a escravidão<sup>7</sup> e a segunda república independente das Américas (BUCK-MORSS, 2009; DANNER, 2010; MOCOMBE 2010). Outro reconhecimento importante, considerado por Marc Ferro (2005, p. 253, tradução nossa) é de que desde a independência do Haiti, conduzida por Toussaint L’Ouverture, “as ilhas do Caribe forneceram os principais líderes afro-americanos do movimento pan-africano, como Marcus Garvey, George Padmore, o

7 Desde a abolição de 1794, realizada pela Assembleia Nacional de Paris, no Haiti – então Saint-Domingue – considerou-se extinto qualquer resquício da escravatura. Em 1804, com a proclamação da independência, tal sentença foi confirmada mesmo com o restabelecimento da escravidão por Napoleão nos domínios franceses em 1802 (FARMER, 2006; PHILLIPS, 2008).

Padre Dubois; e do lado francês, Aimé Césaire, Frantz Fanon, e ainda outros engrandecedores da negritude”.

Os eventos até então relatados demonstram o protagonismo dos/as negros/as na trajetória de desenvolvimento e evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente por meio da Revolução Haitiana, episódio que tem sido silenciado na historiografia do Direito Internacional Público.

É digno de nota que não somente a Revolução se revestiu de relevância histórica, – por ter demonstrado capacidade de agência e de vitória de indivíduos ex-escravizados –, mas a Constituição aprovada em 1805, na sequência da independência, foi um instrumento de notado valor jurídico internacional uma vez que consagrou o princípio da autodeterminação dos povos, da soberania e independência nacional (art. 1º), sancionou a abolição da escravatura de forma pioneira (art. 2º), aclamou os direitos de igualdade perante a lei entre os haitianos (arts. 3º e 4º), de propriedade (art. 6º), liberdade religiosa (art. 50) e de culto (art. 51). Entretanto, a Carta Magna não tem sido objeto de estudo e de consideração pela academia.

A Revolução Haitiana precisa ser consagrada como um marco significativo com relação às exigências de igualdade e liberdade que ganharam força na última década do século XVIII. Neste contexto, Siba N. Grovogui (2006, p. 186, tradução nossa, grifo nosso) argumenta que:

os não-europeus também têm um papel histórico contingente na apelação por maiores ordens morais além dos imaginários sociopolíticos disponíveis como padrões para medir os atos sociais e as relações políticas. Esses apelos foram baseados em classes mais amplas de códigos morais e em formulações múltiplas de ética que procuravam enobrecer a existência humana através de padrões executórios semelhantes aos direitos humanos. Esses códigos morais e suas expressões éticas constituem enunciações alternativas dos que podem ser chamados de preceitos ou institutos de direitos humanos. Eles podem ser a base de uma teoria ou perspectiva pós-colonial sobre direitos humanos.

Grovogui advoga que “a Revolução no Haiti não só expandiu “o domínio reivindicado dos direitos humanos” para os escravizados, como também introduziu noções igualmente exigentes de direitos humanos”. Ainda segundo o autor, “esses domínios de direitos podem estar fora das preocupações e agendas políticas de muitos teóricos e ativistas de direitos humanos; mas são contemporâneos para as práticas e instituições ocidentais”.

Além disso, em sua obra clássica *The Black Jacobins*, o historiador e ativista caribenho C. L. R. James (1963), identifica a “potente fertilização cruzada” das Revoluções Haitiana e Francesa. Igualmente, Michel-Rolph Trouillot (1995) argumenta a impossibilidade de se tratar as duas

revoluções em separado. Seguindo o raciocínio de C.L.R James, Laurent Dubois (2004) explica que as Revoluções se iniciaram concomitantemente, a partir de uma elite colonial que passou a desafiar a autoridade imperial francesa em Saint-Domingue, mas com a proeminente resistência negra que se levantava, logo se tornou uma batalha contra a desigualdade racial e, em seguida, sobre a própria existência da escravidão.

Os negros que se rebelaram em Saint-Domingue, já em 1791 organizaram uma força militar e política assustadora. Dois anos depois, os republicanos franceses se aliaram aos insurgentes negros na luta pela independência da colônia. Esse movimento pré-Revolução permitiu que muitos escravizados fossem libertos e treinados pelos oficiais republicanos franceses que buscavam mais autonomia em relação à metrópole, já que os republicanos ofereciam aos escravizados

liberdade em troca de apoio militar, o que rapidamente levou à abolição da escravidão na colônia. A decisão feita em Saint Domingues foi ratificada em Paris em 1794: os escravos de todas as colônias francesas tornaram-se cidadãos da República Francesa.<sup>8</sup> Esses eventos representaram a transformação política mais radical da ‘Era das Revoluções’, que se estendeu entre os anos 1770 e 1830. Eles também foram a expressão mais concreta da ideia de que os direitos proclamados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França eram realmente universais (DUBOIS, 2004, p. 33, tradução nossa).

Siba Grovogui (2006) afirma que, com a Revolução Haitiana foi possível *desracializar* a agência política e desconsiderar a ontologia pós-Illuminista, a fim de reescrever sua própria história fora da opressão racial, substituindo uma das violências da Modernidade que é a supressão dos fatos históricos. Além disso, a Constituição Haitiana pós-revolução garantia igualdade social entre os indivíduos e igualdade no acesso à propriedade (DUBOIS; GAFFIELD; ACACIA, 2013). “Nestes e outros aspectos, a Revolução Haitiana era parte integrante dos debates políticos modernos sobre a qualidade moral da existência moderna e a necessidade de separar as esferas pública e privada de vida” e, além disso, os haitianos convencionaram “normas obrigatórias que protegessem as faculdades e as capacidades dos seres humanos. Ao assumirem-se serem humanos, (...) desafiaram as noções reinantes de humanidade, de Homem e Razão, ou seu acesso a faculdades e capacidades humanas” (GROVOGUI, 2006, p. 187, tradução nossa).

As obras dos intelectuais africanos e caribenhos, como Siba N. Grovogui, C. L. R James e Michel-Rolphin Trouillot, produzidas no século XX, trouxeram esta nova percepção da era das Revoluções, que coloca a

---

<sup>8</sup> Ressalta-se, contudo, que a escravidão foi restabelecida na França e seus territórios coloniais por Napoleão Bonaparte em 1802, quando já havia derrubado a República e restaurado o Império Napoleônico.

resistência negra no cerne das transformações que marcaram a virada do século XIX. Ainda assim, a historiografia oficial do Direito Internacional Público tem suprimido ou subestimado as contribuições cruciais dos/as negros/as na luta por igualdade e liberdade.

Nesse sentido, o próximo tópico expõe a trajetória das ações das potências europeias de asfixiar o Haiti política e economicamente no seu pós-independência e, por conseguinte, de apagar a memória e as narrativas revolucionárias como forma de penalizar o país por ter se insurgido contra os imperialismos.

## 2 O HAITI ENTRE A GLÓRIA E O OCASO

O triunfo do povo haitiano não foi aceito pelas elites dominadoras da época e os efeitos da Revolução no mundo foram imediatos e drásticos uma vez que as estruturas de poder existentes foram fortemente desafiadas. A notícia da vitória dos ex-escravizados se espalhou rapidamente pelo Caribe e posteriormente pelas Américas, deixando os colonizadores alarmados e temerosos de que revoluções do mesmo cunho se repetissem nas demais colônias – “a perspectiva de rebelião de escravos aterrorizava cada elite escravocrata e agora seus próprios escravos inquietos tinham um exemplo sangrento para imitar” (PHILLIPS, 2008, p. 4, tradução nossa).

A preocupação das metrópoles decorria do fato de que o Haiti passara a ser reconhecido como um grande precursor e fomentador de ideais e rebeliões antiescravistas e anticoloniais.<sup>9</sup> Inspiradas pelos acontecimentos de Saint-Domingue, muitas insurreições foram iniciadas, sendo notáveis “as conspirações organizadas por negros livres na Venezuela (1795), Havana (1812) e Charleston (1822)”<sup>10</sup> (GUGGES, 2002, p. 28, tradução nossa). De acordo com Marc Ferro (2005, p. 111, tradução nossa), “[n]as Antilhas francesas, no norte do Brasil e em Porto Rico, o número de revoltas aumentou após a independência do Haiti”.

Desse modo, os franceses e britânicos começaram a planejar uma resposta à altura como meio de retaliar o novo país. Afinal, a economia escravista encontrava-se em pleno apogeu e a república recém-fundada era um símbolo da liberdade negra, uma ameaça que necessitava ser controlada pelos colonizadores.

<sup>9</sup> Desde a revolta haitiana de 1791, os negros no Caribe já cantavam canções sobre o levante, e os colonizadores “nas Índias Ocidentais e na América do Norte começavam a se queixar de uma nova ‘insolência’ por parte de seus escravos” (GUGGES, 2002, p. 28, tradução nossa).

<sup>10</sup> O autor lembra também que “[n]o entanto, muitos fatores estavam em ação nas rebeliões escravas do período e supor que a mera inspiração do exterior era crítica para provocar resistência seria subestimar as dificuldades enfrentadas pelos dissidentes nesta era de fortes guarnições coloniais” (GUGGES, 2002, p. 28, tradução nossa).

Logo na sequência da independência, o Haiti começou a amargar um isolamento político severo e o boicote econômico orquestrado pelas potências da época. Entre as principais estratégias utilizadas para degolar a economia e a diplomacia de Porto Príncipe estavam a interdição de abertura de portos estrangeiros aos navios haitianos e as ameaças constantes na costa haitiana por marinhas hostis, principalmente francesas e britânicas; e por fim, atesta-se que nenhuma nação estrangeira concedeu reconhecimento à independência do Haiti por mais de duas décadas após a Revolução (HEIN et al, 2005).

A França somente reconheceu a independência do Haiti no ano de 1825, após a negociação que conduziu ao pagamento de indenização pela ex-colônia em decorrência das “perdas sofridas” com a independência.<sup>11</sup> (DANNER, 2010; PHILLIPS, 2008). Não bastasse a hostilidade das nações vizinhas – ou melhor, dos colonizadores que as governavam –, internamente, o Haiti se encontrava arrasado social e economicamente. Os longos anos de revolta renderam enormes perdas populacionais, especialmente de homens,<sup>12</sup> bem como a devastação da economia, visto que as cidades estavam em ruínas e as plantações foram queimadas e destruídas. Ademais, a nação estava sob constante ameaça francesa de novas invasões para recuperar a colônia perdida (GEGGUS, 2002).

Até a década de 1820 o projeto pareceu se sustentar e a população – majoritariamente jovem e feminina – cresceu rapidamente. Por outro lado, é importante lembrar que no plano político, a luta pelo poder se acirrava entre as diferentes frentes que tentavam ascender ao governo, e dificilmente seria diferente, uma vez que a formação do Estado do Haiti foi marcada pela herança de violência infligida pelos colonizadores por séculos e, assim, as barbáries da colonização deixaram feridas graves que se reproduziram nessas lutas pelo poder político nos séculos XIX e XX (GROVOGUI, 2006; TROUILLOTT, 1982; MOCOMBE, 2010).

O presidente Jean-Pierre Boyer defendeu vigorosamente a soberania haitiana durante as décadas que governou o país, combinando reforço militar e negociação com as potências europeias na tentativa de obter reconhecimento e reavivar a economia, prejudicada pelos embargos impostos pelos demais Estados e a queda do preço do açúcar (FARMER 2006; DANNER, 2010; GEGGUS, 2002). Entretanto, a situação do país se agravava e a economia nacional não podia mais sustentar tamanha austeridade política, econômica e diplomática das nações vizinhas e grandes potências. Nesse contexto, em 17 de abril de 1825, Boyer, apoiado

<sup>11</sup> Os Estados Unidos apenas reconheceram a independência haitiana em 1862, sob o governo de Abraham Lincoln (DANNER, 2010; PHILLIPS, 2008).

<sup>12</sup> Dos (em média) 450.000 rebeldes que lutaram pela independência, apenas cerca de 170.000 remanesceram em condições para trabalhar e reconstruir a economia nacional (FARMER, 2006).

pela elite, buscou a reaproximação com o rei Charles X da França na esperança de tirar o país da crise (VIEIRA; ASSUNÇÃO, 2007).

A França, que por sua vez não abandonou suas reivindicações à sua antiga colônia até 1825, somente passou a dialogar com o Haiti quando o governo local concordou em discutir os termos de um acordo para indenizar os colonos expulsos de seu território. Esse acordo impôs ao país caribenho uma dívida absurda e indevida, tornando-se um dos principais fatores que retardaram seu crescimento nas décadas (e séculos) seguintes – juntamente com as concessões então conferidas aos comerciantes franceses, que acabaram por transferir ainda mais poder econômico para mãos estrangeiras. Nesse cenário, a Grã-Bretanha e os Estados Unidos iniciaram relações comerciais com o novo Estado, mas somente reconheceram a república independente após abolirem a escravidão, pois então o Haiti deixara de ser uma ameaça (GEGGUS, 2002).

O chamado “Débito da Independência” causou ao Haiti sérios danos econômicos e também foi fundamental para que a França mantivesse uma relação de poder de cunho neocolonial com sua ex-colônia. A França exigiu uma indenização monetária aos colonos expulsos em troca de reconhecimento diplomático e restabelecimento das relações econômicas. A subscrição do acordo é vista como uma tentativa desesperada do governo haitiano de sair do isolamento e reaquecer a economia e, mais do que isso, alega-se que o Tratado é legalmente viciado em decorrência da coação. Isso porque a pressão pela assinatura do pacto ia além da necessidade de sair do isolamento diplomático: uma flotilha de navios de guerra francesa foi enviada à costa haitiana, com ordens para invadir e bloquear o país caso as negociações fracassassem (PHILLIPS, 2008).

Assim que foi noticiada a imposição do Débito, uma equipe de contadores e atuários franceses desembarcou no Haiti a fim de calcular o valor dos bens a serem indenizados, a saber: (i) todas as terras cultiváveis ou não; (ii) todos os bens físicos (ferramentas para plantação e colheita, materiais domésticos, armas, charretes, sacos, etc.); (iii) os mais de 400.000 (quatrocentos mil) indivíduos, anteriormente escravizados (incluindo mulatos); (iv) animais; e (v) todas as outras propriedades e serviços comerciais (MOCOMBE, 2010). Além da obrigação de conceder um desconto de 50% (cinquenta por cento) no valor dos produtos haitianos vendidos para a França, a indenização supostamente devida ficou estabelecida em 150.000.000 (cento e cinquenta milhões) de francos, a ser liquidada em cinco parcelas anuais.<sup>13</sup> Destaca-se que, nos termos do acordo, os escravizados foram reduzidos a bens móveis ou semoventes como produtos passíveis de serem valorados (WITTMANN, 2012).

---

<sup>13</sup> Muito embora tal montante excedesse as estimativas de suas “perdas reais” em cinquenta milhões de francos (PHILLIPS, 2008).

Como era de se esperar que o Haiti não tivesse condições de arcar com o valor exorbitante, o acordo previa que, em caso de necessidade de contrair empréstimo para quitação, o Estado recorreria exclusivamente aos bancos franceses – o país então incorria num duplo débito (FORSDICK, 2013). Formalmente, a dívida da independência começou com o primeiro empréstimo do Haiti ao banco francês Ternaux Grandolpe et Cie, que incluía um principal de 30 (trinta) milhões de francos (primeira parcela), valor sobre o qual o banco automaticamente taxou 6 (seis) milhões de francos. Os 24 (vinte e quatro) milhões de francos que restaram após a taxação bancária, foram levados diretamente do banco para o Tesouro francês – sem sair de Paris (PHILLIPS, 2008; GAILLARD-POURCHET, 1990).

No Haiti, ano após ano, a situação se agravava e os pagamentos restavam atrasados. O governo impôs uma série de políticas fiscais na tentativa de aumentar a receita e liquidar o débito – inclusive um imposto direto para a dívida de independência e a nacionalização da dívida. Apesar dos esforços, um novo empréstimo foi contraído para pagar a segunda parcela, desta vez, financiado pelo banco francês Lafitte Rothschild Lapanonze – o que demonstra o planejamento cauteloso dos banqueiros em harmonizar seus interesses entre si (ARISTIDE, 2003). Na sequência, “o Haiti novamente tomou emprestados 30 milhões de francos, mas concordou em amortizar em trinta e cinco parcelas anuais de 6,5 milhões de francos – um reembolso total de 227 milhões de francos durante a vida do empréstimo” (PHILLIPS, 2008, p. 5, tradução nossa).

A partir daí, a recém-reconhecida república já não tinha condições de cumprir os pagamentos programados: a dívida da independência havia sugado todo tesouro haitiano e a economia do país – que ainda não se recuperara da guerra e sofria as consequências do tempo que passara isolada dos mercados de exportação – não gerava receita suficiente para suportar o déficit. As tentativas de fazê-lo por superprodução e tributação sobre a produção agrícola reforçaram uma agricultura não diversificada e incapaz de suprir ou financiar as necessidades básicas da população (PHILLIPS, 2008; GAILLARD, 1990; MADIOU, 1989).

A crise haitiana era tamanha que incitou a renegociação da dívida. Em 1834, o governo francês se preparava para as negociações e encomendou ao escritório de advocacia Dalloz, Delagrangue, Hennequin, Dupin, Jeune, e outros, a revisão do acordo original. Como resultado da consulta,<sup>14</sup> o escritório entendeu ilegal a transação original e responsabilizou a própria governança francesa pelas perdas dos colonos, bem como

---

<sup>14</sup> Consultation de MM. Dalloz, Delagrangue, Hennequin, Dupin jeune et autres jurisconsultes, pour les anciens colons de St-Domingue. Disponível em: <<https://archive.org/details/consultationdemm00dall>>. Acesso em: 29 mar. 2017.



a considerou culpada por entrar em um acordo que sabia que o Haiti não poderia cumprir. Não surpreende que o relatório fosse praticamente ignorado pelas autoridades e em 1838, os países assinaram o (ironicamente nomeado) *Traité d’Amitié* (Tratado da Amizade). O saldo remanescente foi calculado em 60 (sessenta) milhões de francos e, novamente, os empréstimos necessários deveriam ser contraídos com bancos franceses a taxas exorbitantes (HEINL et al, 2005; PHILLIPS, 2008).

O pagamento da última parcela da dívida principal se deu em 1883 (GAILLARD, 2003). Entretanto, “[p]ara financiar os pagamentos de indenização e os empréstimos antecipados, o Haiti tomou mais de 166 milhões de francos entre 1875 e 1910. Mais de metade desse dinheiro foi devolvido aos bancos credores sob a rubrica de comissões, taxas e juros” (PHILLIPS, 2008, p. 6, tradução nossa). A última remessa monetária realizada do Haiti para a França se deu apenas em 1947, quando o governo haitiano finalmente pagou todos os juros, taxas e pormenores que constavam nos acordos, afinal, os empréstimos feitos ao Haiti contavam com o dobro de juros do mercado à época (MOCOMBE, 2010).

Consoante exposto, somente na metade do século XX o Haiti pode finalmente ver-se livre do Débito da Independência. As consequências da instauração dessa dívida foram vivenciadas pelos haitianos não apenas nas questões econômicas, mas igualmente na política do país – que foi marcada pela ingerência externa nos séculos que seguiram a independência e que permanece até hoje.

Para Aníbal Quijano (2000, p. 134), a Revolução Haitiana “foi um caso excepcional onde se produziu, no mesmo movimento histórico, uma revolução nacional, social e racial. Quer dizer, uma descolonização real e global do poder”, que só foi desafiada ou, nos termos do autor, derrotada “pelas repetidas intervenções militares por parte dos Estados Unidos”.

Como pode ser constatado, o Débito da Independência do Haiti atravessou o século XIX, sendo remido apenas na metade do século XX, quando o país já lidava com a ocupação americana de seu território. Atualmente, após duzentos anos de independência haitiana, o legado deixado pelas sistemáticas violações da soberania do país foi uma economia subdesenvolvida, a população carente e desprovida de qualidade de vida e um cenário político perpetuamente instável.

É possível dizer que juntamente com a assinatura do acordo com a França, o Haiti assinou uma sentença de destruição econômico-social. Para Paul Mocombe (2010, p. 35, tradução nossa) o Débito da Independência haitiana marcou o início “[d]a destruição sistemática da República do Haiti. O governo francês sangrou a nação e transformou-a num Estado arruinado. Foi projetada uma exploração sem misericórdia, que garantiu o colapso da economia e da sociedade haitianas”. Isso porque durante o

todo o período que o Haiti pagou a dívida (entre 1826 e 1947), quase 70% (setenta por cento) das rendas provenientes do comércio exterior do país foram entregues aos franceses para liquidação do Débito (MOCOMBE, 2010).

O governo haitiano acreditara que o pacto possibilitaria a reinserção comercial e o reconhecimento internacional, entretanto, tudo o que conseguiu foi a perda de autonomia para construir a infraestrutura nacional com base nos seus próprios parâmetros. Os *status* do Haiti depois do acordo foi descrito como “uma província francesa contribuindo muito, custando nada” (JOACHIM, 1975, p. 369, tradução nossa). Os matizes neocoloniais do arranjo ficaram evidentes também pela insistência dos franceses em se referenciar ao Haiti apenas sob o nome de Saint-Domingue, mesmo após a firma do Tratado que prometia reconhecimento da independência (FORSDICK, 2013).

Apesar das contínuas intervenções externas que asseguravam estabilizar e desenvolver o país, a realidade do Haiti hoje é preocupante: a nação é a mais pobre das Américas e uma das mais pobres do mundo, dependente do auxílio externo para alimentar a própria população e sem muita perspectiva de melhora no que concerne ao desenvolvimento econômico e obtenção de real autonomia de governo. O resultado final das tentativas reiteradamente fracassadas de integração na economia global, que se iniciou no pós-revolução e permanecem até hoje como resquícios das políticas colonial e neocolonial implementadas, sobretudo, pela França e na sequência pelos Estados Unidos, é a miséria do Haiti.

No atual momento histórico, é incrível considerar que a primeira Revolução antiescravidão do mundo e que ocorreu em um tempo histórico paralelo às Revoluções francesa e americana não ocupa um lugar nuclear na historicidade do Direito Internacional e é totalmente excluída das análises e estudos sobre democracia e Direitos Humanos. Seguramente, tal ausência não é porque a Revolução Haitiana não era conhecida em seu tempo e, por isso, é necessário questionar as razões de tal absentismo.

No próximo tópico será exposto o não-lugar da Revolução Haitiana e das narrativas dos povos negros na historiografia do Direito Internacional.

### **3 O HAITI, AS HISTORIOGRAFIAS NÃO CONTADAS E AS SUBJETIVIDADES OMITIDAS PELO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO**

Anthony P. Maingot (2013, p. 115) reputa a Revolução Haitiana como “um dos momentos épicos da história do hemisfério ocidental”, já que não apenas promoveu a quebra da economia de *plantation* mais rica

da época, mas também dos próprios fundamentos do racismo – “aquela grotesca ideia econômico-filosófica que justificava a escravidão” –, que representa os negros como sujeitos inferiores, irracionais, destituídos de capacidade de razão e de agência. Entretanto, século após século as macronarrativas dos vencedores têm insistido em minimizar ou omitir completamente o peso, a relevância e o significado histórico do episódio.

Tal ausência é produto de uma “amnésia intencional” (KRISHNA, 2006, p. 89), que serve para isolar as atrocidades cometidas pelos poderes ocidentais e para mascarar estruturas racializadas do sistema. No campo do Direito Internacional, o continuado desprezo sobre questões de raça, escravidão e colonialismos omite as manifestações do imperialismo que propaga a ilusória noção de igualdade entre os povos, ao mesmo tempo em que perpetua as relações de dominação Norte/Sul e, sobretudo, blinda os ex-colonizadores de assumir responsabilidades de reparar as vítimas em decorrência da escravidão e do colonialismo. Ou seja, o “esquecimento” é uma estratégia para negar as capacidades de agência dos povos não-europeus e para “apagar a violência, o genocídio e o roubo que marcaram o encontro entre “o resto” e o Ocidente na era pós-colombiana” (KRISHNA, 2006, p. 89) e que se repetiram durante a expansão do denominado sistema internacional.

Siba Grovogui (1996, p. 43-44; 63) assinala que a arquitetura do moderno Direito Internacional foi desenhada por um número reduzido de Estados “não como a base ética de uma ordem universal, mas como um meio para a sua hegemonia” e para tal transformou este ramo do Direito num campo “composto de princípios e normas moralmente deficientes e não-relacionados”. Esta deformação permitiu a aplicação seletiva de disposições jurídicas para europeus e não-europeus, fazendo com que a Europa pudesse minar “a subjetividade e a soberania do Outro na ordem internacional”.

Nesse contexto, os teóricos *mainstream* ocidentais têm excluído as alteridades não-europeias e não-brancas da formulação e das práxis do DIP, o que reforça as hierarquias do sistema e impede a aplicação do princípio da igualdade no tocante à participação nas esferas de poder. Ainda de acordo com o autor:

a partir de meados do século XVI, a relação entre as potências europeias e os não-europeus foi construída segundo os princípios gêmeos de negar ou suprimir a subjetividade deste último. Esses princípios se manifestaram em dois desenvolvimentos relacionados: a diminuição da capacidade jurídica do outro, condição necessária para a hegemonia ocidental; e a instituição da extraterritorialidade, ou seja, a aplicação de leis ocidentais fora da Europa... embora o Ocidente tenha proclamado a universalidade dos princípios do Direito Internacional (por exemplo, liberdade, livre-comércio e direitos de propriedade), a práxis ocidental excluiu o outro da participação igual na ordem internacional. Essa práxis também gerou jurisprudência, isto é

doutrinas legais e linguagens jurídicas. A formulação dessas doutrinas e a distração dessas linguagens refletiram as sensibilidades históricas e o ethos de seus tempos. A jurisprudência ocidental moderna endossou ou tolerou, mas, em ambos os casos, perpetuou a exclusão violenta do outro (GROVOGUI, 1996, p. 43-44).

De fato, a exclusão e a hierarquização são a base constitutiva do Imperialismo. O DIP, por seu turno, tem minimizado e/ou apagado as tonalidades imperiais da arquitetura da sociedade internacional. Assim, é necessário entender o Imperialismo como elemento “fundamental para as origens, formas, as bases normativas das Organizações Internacionais e do Direito Internacional, para a prevalência das desigualdades nas relações de poder entre os Estados [...] ex-colonizados e as antigas metrópoles” (JONES, 2006, p. 04). Nesse sentido, afirma Jones que “esta naturalização serve para despolitizar e des-historicizar as desigualdades atuais, deste modo, negando a realidade e os efeitos do imperialismo na era neocolonial” (JONES, 2006, p. 9-10).

Por tudo isso, urge ultrapassar os limites da Modernidade eurocêntrica racial e hierarquizada que atua fortemente no DIP. Para tal é necessário, primeiramente, reconhecer a herança colonial, hierárquica e desigual do sistema-mundo e, sobretudo, que o “legado europeu para a maior parte do mundo tem sido o de autoritarismo, pilhagem, racismo e, em significantes casos, massacre e genocídio” (JONES, 2006, p. 4). Nesse sentido, as teorias do *mainstream* pecam ao passo que fantasiaram uma origem mitológica das relações internacionais que “envolve a dupla manobra de silenciar ou negar a historicidade de povos não-ocidentais e idealizar a distorcida história do Ocidente – mais especificamente, da Europa”.

Do mesmo modo, é fundamental refutar os discursos que transformaram a expansão colonial brutal como parte de um projeto civilizatório e iluminista Ocidental. Segundo Sandra Halperin, (2006, p. 58), “a noção de modernidade europeia foi produzida como parte de um projeto hegemônico”. Assim, consentir com essa versão que transforma o outro, não-europeu, a vítima em bárbaro que necessita ser domesticado, significa dar aquiescência “à continuação daquele projeto (hegemônico)” (HALPERIN, 2006, p. 58).

A materialização do projeto hegemônico de poder também se verifica na agenda do DIP que reflete as demandas, os interesses de poder do Ocidente, e transforma os acontecimentos nas sociedades coloniais como derivativos do que ocorre na Europa (CAPAN, 2017). Ao centrar o ponto de partida desse ramo do Direito no sistema de Estados europeus que nasceu da Paz de Westfália, impõe-se ao restante do globo um Direito “Internacional” extremamente limitado em seu alcance geográfico, afinal, para esta maioria a principal forma delineadora das Relações

Internacionais não foi a paz na Europa, mas a brutalidade da colonização. Sem dúvidas, o Imperialismo, em sua longa extensão histórica e todas as suas dimensões – econômicas, políticas, institucionais, culturais e legais – é muito mais significativo para o atual sistema internacional do que os desenvolvimentos políticos internos da Europa. Mesmo assim, a forma eurocêntrica de pensar o Direito Internacional consolidou-se como um padrão segundo o qual o “resto do mundo” é medido e comparado, ao mesmo tempo em que esse pensamento clássico europeu exclui de suas análises o próprio contexto histórico colonial no qual está inserido e foi desenvolvido.

O conceito de soberania derivado de Westfália permitiu que as nações europeias se reconhecessem mutuamente como soberanas e, a partir daí, dividissem o “resto do mundo” entre si, para a grande empreitada da missão civilizadora. Significa dizer que os períodos de desenvolvimento do Direito Internacional coincidem com aqueles em que as engrenagens imperialistas e racistas europeus estavam a pleno vapor, com a era das grandes navegações, da escravidão, da colonização. Parece no mínimo irônico que “uma disciplina que afirma ser internacional, de relevância para todos os povos e Estados, trace suas origens modernas, sem constrangimento, em um lugar e momento no coração e no auge do imperialismo”, afinal, o imperialismo, em última análise, é “a antítese do reconhecimento internacional universal” (JONES, 2006, p. 2, tradução nossa).

A retórica da “missão civilizadora” europeia sustentou esse projeto através da “negação sistemática da humanidade do outro” (FANON, 1968) e da imposição de uma diferença cultural imaginada entre os europeus e os não-europeus, os civilizados e os não civilizados e, atualmente, os desenvolvidos e os não desenvolvidos. A “dinâmica da diferença” (ANGHIE, 2004) moldou o conceito de soberania e, mais amplamente, do Direito Internacional e das Instituições. Esse processo de exclusão, que B. S. Chimni (2007) chamou de “alienação do Direito Internacional dos povos do terceiro mundo”, fez das entidades do Sul Global objetos – e não sujeitos – do Direito Internacional, em que pese estarem submetidas a ele graças à teoria jusnaturalista (igualmente europeia).

As teses jusnaturalistas e, posteriormente, do positivismo jurídico, que se desenvolveram na Europa paralelamente à era colonial serviram de sustento para o imperialismo europeu. As primeiras transferiram os indivíduos para uma única ordem jurídica natural, vinculando-os obrigatoriamente – ou naturalmente – ao Direito Internacional, enquanto que as segundas permitiram determinar as condições e definir os critérios

para que indivíduos, grupos ou nação pudessem tornar-se sujeitos soberanos de Direito Internacional.<sup>15</sup>

Importante ressaltar a incoerência das potências europeias na interpretação do Direito Internacional que elas mesmas conceberam. Se, por um lado, a descolonização libertou do jugo colonial os povos explorados, tornando-os soberanos, por outro os inseriu direta e obrigatoriamente nesse sistema de ordem internacional concebido pela Europa, o qual exclui e desempodera completamente o colonizado. Mesmo que, para a doutrina europeia, um Estado só esteja vinculado a cumprir com as obrigações que expressamente tenha concordado (essência da doutrina da soberania), os Estados formados a partir de ex-colônias não tiveram a escolha em participar nesse “contrato” que fez nascer o Direito Internacional, no entanto estão vinculados a ele. Diferentemente, quando o Sul Global se une para instaurar, por exemplo, a Nova Ordem Econômica Internacional, as potências coloniais negam sua aplicação e ativam o princípio da soberania westfaliana pelo qual o Estado só é obrigado em matéria de Direito Internacional naquilo em que consentir, e afirmam, portanto, que as resoluções do Sul Global, ainda que adotadas dentro do âmbito da Organização das Nações Unidas, não podem atingir as potências imperialistas uma vez que essas não deram expresso consentimento à formulação de uma Nova Ordem Econômica. Assim, os povos do Sul são obrigados a lidar com a tradição colonial do Direito Internacional que “desempodera continuamente o mundo não-europeu” (ANGHIE, 2004, p. 312).

A concepção de soberania, fundada a partir do pensamento dos avatares da perspectiva eurocentrista imperial (Hobbes, Bodin, Grotius, etc.), não considerou as diferenças culturais, antes, foi construída por uma Europa que se identificava como soberana, ao passo que via as diferentes formas de ordem como não soberanas, não legais e, portanto, colonizáveis. Assim, “[a] soberania é formulada de forma a excluir o não-europeu e, conseqüentemente, a soberania pode ser implantada para identificar, localizar, sancionar e transformar os incivilizados”. Essas manobras conceituais que excluía sistemas de ordem não-europeus, foram impostas durante a colonização nos locais onde “a soberania era completamente livre, dirigida e controlada apenas pela ingenuidade de

---

<sup>15</sup> Assim, quando interessava às potências colonizadoras, dizia-se que as terras estrangeiras eram colonizáveis porque não havia nelas uma ordem ou governo soberano capaz de satisfazer o imaginário europeu. Por outro lado, quando confrontados por sua própria doutrina, as mesmas potências diziam que os chefes nativos não-europeus entraram em acordo com os Estados europeus, concedendo-os autoridade para governá-los. São tratados dessa forma muitos acordos sobre a independência das colônias em que estas – até então consideradas desprovidas de soberania, por isso colônias – acordavam com a metrópole os termos em que se desenrolaria o processo de liberação política. Essa retórica sustenta igualmente a impossibilidade do pedido de reparação por colonização e escravidão de Estados africanos e da diáspora.

incivilizados”. Assim, a própria criação do Direito Internacional “em seu impulso necessariamente infinito para a universalidade baseia-se na invocação convincente deste ‘outro’” (ANGHIE, 2004, p. 311-12, tradução nossa).

Chimni (2007), Grovogui (2006) e Park (1987) destacam que o papel dos não-europeus na construção dos Direitos Humanos e da ordem econômica, apesar de cruciais, são simplesmente apagados. Esses autores sustentam a necessidade de se reconhecer a cooperação feita ao Direito Internacional por povos e culturas subalternizadas que não intentaram forçar sua própria visão ao resto do mundo. Uma delas, identificada por Grovogui (2006), encontra-se na concepção de Direitos Humanos construída na Revolução Haitiana, que via direitos sociais e de autodeterminação econômica como equivalentes aos direitos individuais e políticos. Nesse sentido, o autor defende o protagonismo dos negros, especialmente no contexto da Revolução Haitiana, no desenvolvimento dos Direitos Humanos e nas exigências de igualdade e liberdade que ganhavam força na última década do século XVIII na França – que neste último caso, limitava-se como sujeito desse direito apenas o masculino branco europeu.

No campo da História, as correntes dominantes optaram por “ignorar completamente a Revolução [Haitiana] ou minimizar seu significado e, ao mesmo tempo, supervalorizar os aspectos que se encaixam na ontologia ocidental”, tais como forçando a ideia de que a Revolução Francesa fora um feito único, heróico, sem precedentes e sem inspirações externas, realizada pelo senso humanista inerente e exclusivo do povo francês (REINHARDT, 2005; TROUILLOT, 1995).

Assim, a corrente predominante da historiografia ocidental tem tentado apagar a conquista haitiana de quatro maneiras proeminentes: i) simplesmente por meio da omissão, não se referindo à Revolução nas obras históricas; ii) esvaziando-a de seu caráter revolucionário, afirmando que não era em si uma revolução, mas uma revolta ou um levante contra o tratamento desumano (e não contra o próprio sistema escravagista) e, por conseguinte, iii) isolando pessoas (por exemplo, as biografias de Toussaint L’Ouverture que o tornam incomparável, uma pessoa extraordinária, esquecendo-se dos demais líderes que perseguiram os mesmos objetivos após o exílio de L’Ouverture, que se deu antes da conquista da independência) e colocando acontecimentos como excepcionais, alegando que as tropas europeias foram derrotadas porque sofreram demasiadamente com as doenças tropicais já que não possuíam anticorpos, e não porque foram vencidas por um exército superior (aliás, os negros que batalharam pela independência do Haiti também eram recém-chegados da África e, portanto, não seriam imunes às condições

do Caribe, a não ser que se alegue a genética negra como superior ou mais forte – e assim, ironicamente, os “fundamentos raciais” do regime escravagista seriam desafiados); e por fim, iv) sustentando que a Revolução Haitiana não foi um sucesso, mas um fracasso, tendo em vista a situação atualmente crítica do país – um argumento típico de maus perdedores, que fizeram o possível para impedir o desenvolvimento haitiano desde o princípio e ainda buscam desesperadamente alguma explicação que lhes convém (REINHARDT, 2005).

Para Trouillot, ainda em 1995 os historiadores reproduziam as narrativas dos contemporâneos à Revolução Haitiana e,

[a]ssim como nos séculos XVIII e XIX, as análises modernas fragmentam e despolitizam a resistência escrava, quando não a ignoram. Como seus antecessores, estudiosos modernos tendem a estar mais preocupados em buscar causas externas ou agentes [individuais] para creditá-los pelo levante. Tal problemática diminui ou trivializa a Revolução Haitiana ao mesmo tempo em que desconsidera a ideia de que escravos poderiam ser agentes conscientes, responsáveis por suas próprias lutas pela libertação (TOMICH, 2009, p. 403, tradução nossa).

Siba N. Grovogui (2006, p. 182, tradução nossa) afirma que o papel da Revolução Haitiana não é de importância exclusivamente histórica, ao contrário, “em muitos aspectos, é parte integrante de uma genealogia da modernidade. Este fato simples foi ignorado por teóricos e historiadores do pensamento”.

Desde sempre, afirma Trouillot (1995), a historiografia francesa tem tratado a Revolução Haitiana como derivativa, negligenciando-a totalmente em razão do seu silêncio em relação ao tema. O resultado disso foi “o isolamento e a deterioração do Haiti desde sua independência, transformando a Revolução Haitiana em um ‘não-evento’ e conduzindo à falta generalizada de ênfase em raça, escravidão e colonialismo na escrita da história do Ocidente”.

O menosprezo tornou-se a maneira francesa de lidar com o legado da escravidão até pelo menos o final do século XX. Em se negando a necessidade de perdão, consentimento e principalmente reparação como condição prévia ao “esquecimento coletivo” esperado, o Estado francês “efetou uma política oficial de esquecimento por meio da substituição da memória do crime da escravidão pelo seu oposto: a magnanimidade da abolição e a missão civilizadora da França” – ou seja, como uma ironia, engradeceram o ato da abolição como se os próprios colonizadores fossem agora heróis que conceberam a liberdade e a “concederam” aos escravizados em um ato coberto de benevolência e generosidade (GARRAWAY, 2008, p. 367, tradução nossa).

Por isso, é necessário enfatizar que os teóricos e os instrumentos do Direito Internacional Público devem estar a serviço de várias formas



de reparação das quais o Haiti é merecedor: a recuperação da memória e reconhecimento da agência dos povos haitianos; a garantia do direito de restituição do Débito da Independência, ou seja, o ressarcimento devido pela França ao Haiti dos valores que recebeu indevida e injustamente a partir do “acordo” que instituiu o Débito; a reparação por escravização, cujo devedor é igualmente a França. Nesse sentido, Clude Ribbe (2010, tradução nossa) afirma que “a restituição concerne exclusivamente ao Haiti, enquanto a reparação concerne ao Haiti, bem como aos países africanos e aos domínios franceses do ultramar”.

Pelo cometimento do crime de escravidão e pela extorsão dos valores do Débito da Independência face ao Haiti, a França incidiu no chamado enriquecimento ilícito. De maneira sucinta, o enriquecimento ilícito se caracteriza pelo “acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico” – ou pelo aumento do patrimônio de um à custa de *in rem verso*, que garanta restituição ao beneficiário (FRANÇA, 1987, p. 87; ACQUAVIVA, 1998).

Assim, a partir dos fatos analisados, defendeu-se a necessidade de revisão teórica das doutrinas coloniais, viabilizando um empoderamento substancial dos Estados e das vítimas que sofreram com a perpetração desses crimes contra a humanidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A zona do não-ser é aquela onde a subjetividade é negada; é o campo livre da violência física e/ou simbólica. Destituir os povos de suas memórias, invisibilizar as suas ações e subtrair-lhe as possibilidades de agência é uma forma de perpetuar as violações imperiais.

A Revolução Haitiana é uma parte da história não contada e não validada pelo *mainstream* do Direito Internacional. Os atores da independência foram relegados a uma posição de ostracismo e suas narrativas são objeto de um verdadeiro historicídio pela doutrina dominante do DIP. Ou seja, o DIP tem se mostrado classista e racista, à medida que tenta promover uma higienização das contribuições dos povos negros.

A disciplina que prega ser internacional, que pretende ser o “Direito dos Povos” e de relevância para todos Estados e todas as comunidades, tem o Imperialismo na sua origem enquanto *locus* geográfico e marcador temporal. A matrix colonial de poder que reina nas esferas formuladoras e aplicadoras do *Jus Gentium* é responsável pela hierarquização e pelo embargo à participação das etnias não-ocidentais nos círculos decisórios mundiais.

Portanto, é necessário caminhar para uma nova era, que seja, realmente, pós-colonial. Para tal, faz-se mister ampliar e aprofundar a crítica que compreenda a disciplina como um todo. É fundamental, nesse propósito, incitar a formulação de pensamentos e análises que se comprometam não apenas a criticar, mas a elaborar de maneira mais adequada as explicações do DIP contemporâneo de modo que incluam todas as vozes que compõem o sistema internacional.

O primeiro passo nesta jornada é o autorreconhecimento de suas próprias origens e da reprodução da colonialidade do saber e do poder em sua arquitetura. Em segundo lugar, é relevante denunciar e rejeitar a relação íntima entre ciência e colonialismo. Ao se confrontar a herança colonial do DIP, impõe-se rejeitar teorias que reproduzam os imperialismos.

Ou seja, a descolonização do Direito Internacional requer, obrigatoriamente, o enfrentamento das distorções substantivas, metodológicas e políticas das abordagens clássicas da disciplina. Significa afirmar que a própria imaginação imperialista que omite eventos, processos e correntes de pensamento fora do mundo ocidental deve ser desmantelada. Atualmente, a omissão parece tomar lugar quanto à questão da exploração econômica dos países em desenvolvimento pelas mesmas grandes potências, que são tratadas pela academia com a mesma indiferença que foram tratados os temas da escravidão, abolição, colonização e descolonização. Passam-se os anos e as eras e o vocabulário do Direito apenas se altera para perpetuar relações desiguais no plano legal.

Para mudar os ventos que conduzem o caminhar do Direito Internacional, faz-se necessário, igualmente, revisar e reconstruir a disciplina a partir da inclusão e do empoderamento daqueles que foram excluídos ou marginalizados durante os processos historiográficos dominantes. A revisão servirá para dar luz aos muitos exercícios de resistência ao Direito Internacional colonial e neocolonial e incorporá-los na trajetória do Direito Internacional, por meio da assimilação de práticas, memórias, sujeitos e conceitos não-ocidentais.

Nesse sentido, faz-se mister afirmar que proposta descolonizadora não cai na vala comum das vertentes que negam o Ocidente, sob pena de incidir no fundamentalismo antieuropeu. O objetivo é abrir o campo de visão para, ao mesmo tempo em que se reconheça a contribuição do acervo que os países do Norte aportam para o DIP, que, também, sejam incluídas e valorizadas outras experiências e outras epistemes.

Incorporar o pensamento e as experiências do Sul Global, como a Revolução Haitiana é também uma forma de recuperar o lugar de fala, como contraponto ao silenciamento das vozes negras, e reconhecê-las como protagonistas das próprias histórias e das suas lutas. Rasgar as imagens

esquecidas implica reconhecer o papel dos negros na construção do conhecimento. Compreender o lugar de fala do subalternizado pressupõe uma postura ética das teorias e autores/autoras de DIP de legitimar outros espaços de enunciação para se repensar as hierarquias, as desigualdades, os racismos na academia e nas estruturas de poder internacional.

Em resumo, o Direito Internacional aguarda uma reformulação imaginativa, capaz de refutar a suposição de que o Ocidente detém o monopólio da virtude em relação a noções de democracia, direitos humanos ou qualquer outra categoria de discurso normativo. A omissão no Direito Internacional das contribuições feitas pela Revolução Haitiana, pelo Movimento dos Não-Alinhados e tantas outras provenientes da África, Ásia e América Latina, além de empobrecer a disciplina, a torna historicamente incorreta. Englobar no DIP as histórias não-ocidentais, significa enobrecer a existência humana em sua totalidade, de forma imparcial, justa e igualitária.

Por fim, descolonizar o Direito Internacional a partir do lugar de enunciação dos “condenados da terra” (FANON, 1968), onde estão maioria das populações do mundo é, também, uma forma de devolver a humanidade ao colonizado.

## REFERÊNCIAS

ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty and the making of international law*. Cambridge University Press, 2004.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 9. ed., ver., atual. e ampliada. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

ARISTIDE, Mildred. *Enfant en domesticité em Haïti: produit d'un fosse historique*. Port-au-Prince: Imprimerie Henri Deschamps, 2003.

ASANTE, Molefi Kete. “The African American Warrant for Reparations”. In: WINBUSH, R.A. (Ed.). *Should America Pay? Slavery and the Raging Debate on Reparations*. New York: Amistad, 2003, p. 3-13.

BUCK-MORSS, Susan. *Hegel, Haiti, and universal history*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2009.

CAPAN, Zeynep Gulsah. Decolonising International Relations? *Third World Quarterly*, 38:1, 2017, p. 1-15.

CHIMNI, B. S. The past, present and future of international law: a critical third world approach. *Melbourne Journal of International Law*, v. 1. 8, n. 2, p. 499-515, 2007.

DANNER, Mark. To heal Haiti, look to history, not nature. *New York Times*, v. 21, 2010. Disponível em: <<http://filestore.wdfiles.com/local-files/adoption/Op-Ed%20Contributor%20-%20To%20Heal%20Haiti,%20Look%20to%20History,%20Not%20Nature%20-%20NYTimes.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

DUBOIS, Laurent; GAFFIELD, Julia; ACACIA, Michel (Eds.). *Constitutional Documents of Haiti 1790–1860*. Boston: Walter de Gruyter, 2013.

DUBOIS, Laurent. Thinking Haiti's Nineteenth Century. *Small Axe*, v. 18, n. 2 44, p. 72-79, 2014.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FANON, Frantz. *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EdUFBA, 2008.

FARMER, Paul et al. An anthropology of structural violence 1. *Current anthropology*, v. 45, n. 3, p. 305-325, 2004. Disponível em: <<https://www.journals.uchicago.edu/doi/full/10.1086/382250>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

FARMER Paul. “Who removed Aristide”. *London Review of Books*, v. 26, n. 8, p. 28-31, maio 2004. Disponível em: <<http://www.lrb.co.uk/v26/n08/paul-farmer/who-removed-aristide>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *The uses of Haiti*. 3. ed. Monroe: Common Courage Press, 2006.

FERRO, Marc. *O Livro Negro do Colonialismo*. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 2004.

FERRO, Marc et al. *Colonization: A global history*. London: Routledge, 2005.

FRAGA, Gerson W. Da aldeia à plantation: a África e a construção da escravidão. In: MORTARI, Cláudia; SOUZA, Fábio F. (Orgs.) *Histórias africanas e afro-brasileiras: ensino, questões e perspectivas*. Erechim: UFFS, 2016. p. 153-181.

GAILLARD-POURCHET, Gusti-Klara. *L'expérience haïtienne de la dette extérieure ou une production caféière pillée: 1875-1915*. Port-au-Prince: Henri Deschamps, 1990.

GEGGUS, David Patrick. *Haitian revolutionary studies*. Blacks in the Diaspora. Indiana University Press, 2002.

FORSDICK, Charles. Haiti and France: Settling the Debts of the Past. In: QUINN, Kate; SUTTON, Paul (Eds.). *Politics and power in Haiti*. Springer, 2013.

FRANÇA, R. Limongi. Enriquecimento sem Causa. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1987.

GARRAWAY, Doris L. Memory as reparation? The politics of remembering slavery in France from abolition to the Loi Taubira (2001). *International Journal of Francophone Studies*, v. 11, n. 3, p. 365-386, 2008.

GROVOGUI, Siba N. Mind, body, and gut! Elements of a postcolonial human rights discourse. In: JONES, Branwen Gruffydd (Ed.). *Decolonizing international relations*. Plymouth: Rowman and Littlefield Publishers, 2006. p. 179-96.

GROVOGUI, Siba N. *Sovereigns, Quasi Sovereigns and Africans: Race and Self Determination in International Law*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1996.

HEINL, Robert Debs; HEINL, Nancy Gordon; HEINL, Michael. *Written in blood: the story of the Haitian people, 1492-1995*. University Press of Amer, 2005.

JAMES, Cyril Lionel Robert. *The black jacobins*. Toussaint l'Ouverture and the San Domingo Revolution. New York: Vintage Books, 1963.

JOACHIM, Benoit. La reconnaissance d'Haïti par la France (1825): naissance d'un nouveau type de rapports internationaux. *Revue D'histoire Moderne et Contemporaine*, Paris, v. 22, n. 3, p. 369-396, 1975.

JONES, Branwen Gruffydd. Introduction: International Relations, Eurocentrism, and Imperialism. In: JONES, Branwen Gruffydd (Ed.). *Decolonizing International Relations*. Plymouth: Rowman and Littlefield Publishers, 2006. p. 01-16.

KEE, Marlie. *Haitian Revolution and the success of the slave uprising*. Washington State University, Section 2: History 105. December 16, 2015.

KRISHNA, S. Race, amnesia and the education of international relations. In: JONES, Branwen Gruffydd (Ed.). *Decolonizing International Relations*. Plymouth: Rowman and Littlefield Publishers 2006. p. 89.

LIBRARY OF CONGRESS (US CONGRESS), Federal Research Division. *Country profile: Haiti*, May 2006, 2006. Disponível em <<https://www.loc.gov/rr/frd/cs/profiles/Haiti.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

MADIOU, Thomas. *Histoire d'Haïti*. Tomo VI; 1910-1826. 1847. Port-au-Prince: Henri Deschamps, 1989.

MAINGOT, Anthony P. Haitian Exceptionalism: The Caribbean's Great Morality Play. In: *Politics and Power in Haiti*. Palgrave Macmillan US, 2013. p. 115-139.

MOCOMBE, Paul C. *Why Haiti is maligned in the Western World: The contemporary significance of Bois Caiman and the Haitian Revolution*. 2010. Disponível em <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4049785.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

PARK, No-hyoung. *The Third World as an International Legal System*. Boston College Third World Law Journal, vol. 7, 1987.

QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, E. (Org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: Clacso, 2000. p. 122-146. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. *El derecho Internacional desde abajo: el desarrollo de los movimientos sociales y la resistência del tercer mundo*. Bogotá: ILSA, 2005.

RIBBE, Claude. *Nicolas Sarkozy, avant de fouler le sol d'Haïti, doit avoir rendu justice au général Alexandre Dumas!*. Le Monde, v. 16, 2010. Disponível em: <[https://www.lemonde.fr/idees/article/2010/02/16/nicolas-sarkozy-avant-de-fouler-le-sol-d-haiti-doit-avoir-rendu-justice-au-general-alexandre-dumas-par-claude-ribbe\\_1306552\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2010/02/16/nicolas-sarkozy-avant-de-fouler-le-sol-d-haiti-doit-avoir-rendu-justice-au-general-alexandre-dumas-par-claude-ribbe_1306552_3232.html)>. Acesso em: 23 maio 2017.

PHILLIPS, Anthony. *Haiti, France and the Independence Debt of 1825*. Canada Haiti Action Network, 2008. Disponível em: <<https://canada-haiti.ca/content/haiti-france-and-independence-debt-1825-0>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

REINHARDT, Thomas. 200 Years of Forgetting Hushing up the Haitian Revolution. *Journal of Black Studies*, v. 35, n. 4, p. 246-261, 2005.

SAURIN, J. International Relations as the Imperial Illusion; or, the need to decolonize IR. In: JONES, Branwen Gruffydd (Ed.). *Decolonizing International Relations*. Plymouth: Rowman and Littlefield Publishers 2006. p. 23-38.

TROUILLOT, Michel-Rolph. "An unthinkable history". In: *Silencing the past. Power and the production of history*. Beacon Press: Boston. p. 70-107, 1995.

VIEIRA, Jofre Teófilo; ASSUNÇÃO, Victor Fialho de. A crise no Haiti pós-independência, de 1804–1915. *Ameríndia-História, cultura e outros combates*, v. 2, n. 1, p. 09, 2007.

WITTMAN, Nora. International legal responsibility and reparations for transatlantic slavery. In: BRENNAN, Fernne; PACKER, John (Ed.). *Colonialism, Slavery, Reparations and Trade: Remediating the 'Past'?*. London: Routledge, 2012.

Recebido em 15.10.2018

Aceito em 07.11.2018





# RESTITUIÇÃO DO PRODUTO DO ILÍCITO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DE FALÊNCIA

## RETURN OF THE PRODUCT OF ILLICIT IN THE JUDICIAL RECOVERY AND BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Débora Costa Ferreira<sup>I</sup>

Marlon Tomazette<sup>II</sup>

Nivaldo Dias Filho<sup>III</sup>

<sup>I</sup> Instituto Brasiliense de  
Direito Público (IDP),  
Brasília, DF, Brasil. (Mestre  
em Direito). E-mail:  
debora.costaferreira91@  
gmail.com

<sup>II</sup> Instituto Brasiliense de  
Direito Público (IDP),  
Brasília, DF, Brasil.  
(Doutor em Direito).  
E-mail: marlon@  
direitocomercial.com

<sup>III</sup> Universidade Federal do  
Paraná (UFPR), Curitiba,  
PR, Brasil. E-mail:  
nivaldodf@tcu.gov.br

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Aspectos do confisco ou perdimento do produto do ilícito. 1.1 Contornos jurídicos e efeitos do confisco do produto do ilícito. 1.2 Confisco do produto dos ilícitos relacionados à corrupção. 2 Consequências do confisco do produto do ilícito no processo de recuperação judicial ou de falência. 2.1 Confisco do produto do ilícito, direito de propriedade e função social da empresa. 2.2 Distinção entre direito de propriedade e direito de crédito. 2.3 Dinheiro não tem carimbo. 2.4 Efeitos sobre a recuperação judicial. 2.5 Efeitos sobre a falência. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** No contexto em que empresas envolvidas em esquemas de corrupção estão tendo seus pedidos de recuperação judicial deferidos, com consideráveis chances de haver convolação em falência, o presente artigo se propõe a analisar como deve se dar a restituição do produto do ilícito no âmbito dos processos de recuperação judicial e de falência, a partir do esclarecimento dos principais aspectos e efeitos do confisco sobre o direito falimentar, adequando-se os institutos da Lei nº 11.101/2005, sem afetar a coerência interna de sua sistemática. A partir dessa análise, conclui-se que o perdimento do produto do ilícito, que decorra imediatamente de sentença ou de ato negocial que transacione essa sanção, por representar verdadeira transferência de propriedade em favor do Estado, repercuta na exclusão desses valores do âmbito de gerenciamento do juízo universal, devendo ser prontamente restituídos, seja por meio do procedimento análogo àquele disposto nos artigos 85 a 93 da Lei nº 11.101/2005.

**Palavras-chave:** Direito Penal Econômico. Recuperação judicial. Falência. Produto do ilícito. Confisco. Direito de Propriedade.

**Abstract:** In the context in which companies involved in corruption schemes are having their requests for judicial recovery granted, with considerable chances of bankruptcy, this article proposes to analyze how restitution of the product of illicit should be recovered in the judicial recovery and bankruptcy proceedings, from the clarification of the

main aspects and effects of confiscation on bankruptcy law, adjusting the institutes of Law n. 11.101/2005, without affecting the internal coherence of its system. Based on this analysis, it is concluded that the loss of product of illicit, resulting immediately from a judgment or negotiating act that transcends this sanction, because it represents a true transfer of ownership in favor of the State, has repercussions on the exclusion of these values from the scope of management of the universal judgment, and must be promptly returned, either by means of a procedure analogous to that established in articles 85 to 93 of Law 11.101/2005.

**Keywords:** Criminal Law. Judicial recovery. Bankruptcy. Product of illicit. Confiscation. Property right.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Voltada originalmente à tutela do crédito e à preservação da atividade da empresa (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 43), a Lei nº 11.101/2005 não antecipou a hipótese de que parte dos bens e valores inicialmente detidos por empresas em processos de recuperação judicial ou de falência constituam produto de atos ilícitos praticados pelos seus agentes no exercício de suas atividades empresariais, razão porque o diploma legislativo não apresentou de forma clara o modo pelo qual devem ser restituídos esses valores no âmbito desses processos.

Tal lacuna legal se revela especialmente problemática no contexto em que empresas envolvidas em esquemas de corrupção estão tendo seus pedidos de recuperação judicial deferidos,<sup>1</sup> com consideráveis chances de haver convalidação em falência.<sup>2</sup> O principal ponto é o de que a efetividade da restituição dos valores obtidos ilícitamente, voltada a desestimular essas práticas corruptivas, esbarraria, em uma leitura literal, nas regras e procedimentos do juízo universal.

Assim, questiona-se: nessas situações e em todas as demais hipóteses em que a empresa tiver exercido inequivocamente atividades ilícitas, os valores referentes ao produto do ilícito devem se submeter às regras gerais de gerenciamento patrimonial estabelecidas legalmente para a recuperação judicial e para a falência? Ou o ordenamento jurídico impõe tratamento diferenciado desse montante com relação aos créditos tratados

<sup>1</sup> É o caso da UTC <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/justica-sao-paulo-de-fere-pedido-recuperacao-judicial-utc>>; da OAS <<http://www.oas.com.br/oas-com/recuperacao-judicial/>>; da Mendes Júnior <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235688,31047-Justica+de+MG+aceita+pedido+de+recuperacao+judicial+da+empreiteira>>; da Galvão Engenharia <<https://oglobo.globo.com/economia/juiz-aceita-pedido-de-recuperacao-judicial-da-galvao-engenharia-15727660>>.

<sup>2</sup> Nesse sentido, confira-se a notícia disponível em: <<https://jota.info/justica/lava-jato-causa-efeito-domino-em-recuperacao-judicial-03112016>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

pela Lei nº 11.101/2005? Qual construção jurídica, sob o ponto de vista sistêmico, proporciona melhor solução para colmatar a referida lacuna?

Diante de tais questões, o presente estudo se propõe a analisar detidamente os efeitos do confisco ou perdimento dos bens e valores que constituam produtos de ilícitos nos processos de recuperação judicial e de falência, buscando verificar e promover a sua adequação com os institutos da Lei nº 11.101/2005, sem afetar a coerência interna de sua sistemática. Para facilitar a compreensão do problema jurídico, adota-se como pano de fundo a hipótese específica de empresas em que (i) foi determinado o confisco das vantagens indevidas obtidas por meio de esquemas de corrupção e que (ii) se encontram no curso de processo de recuperação judicial ou de falência.

A partir de ampla investigação das categorias jurídicas envolvidas, conclui-se que o perdimento do produto do ilícito que decorra imediatamente de sentença ou de ato negocial que transacione essa sanção, por representar verdadeira transferência de propriedade em favor do Estado, repercute na exclusão desses valores do âmbito de gerenciamento do juízo universal, devendo ser prontamente restituídos, seja por meio do procedimento análogo àquele disposto nos artigos 85 a 93 da Lei nº 11.101/2005, seja pela via dos embargos de terceiros, previsto no Código de Processo Civil.

Com vistas a alcançar o objetivo proposto, o estudo analisa, no capítulo seguinte, a natureza e os contornos jurídicos do instituto do confisco ou perdimento, assim como suas consequências jurídicas imediatas para as demais esferas do direito. Em seguida, investigam-se as repercussões do confisco no âmbito do direito falimentar e do juízo universal.

## **1 ASPECTOS DO CONFISCO OU PERDIMENTO DO PRODUTO DO ILÍCITO**

Apesar de constituir instituto jurídico amplamente utilizado para realizar as funções preventivas e punitivas do Estado, pouco se reflete acerca dos contornos jurídicos do instituto do confisco ou perdimento do produto do ilícito na sua interconexão com as outras esferas do direito, motivo pelo qual o presente capítulo se propõe a esclarecer tais contornos, delineando ainda especificidades das hipóteses de confisco previstas para o combate à corrupção.

## 1.1 Contornos jurídicos e efeitos do confisco do produto do ilícito

Em uma sociedade de riscos (BECK, 1998), o vasto potencial lesivo dos delitos econômicos e patrimoniais<sup>3</sup> imprime urgência no delineamento de política criminal eficaz no seu combate. Por essa razão, o Direito Penal viu-se forçado a reformular seu tradicional modelo de penas privativas de liberdade para atacar a verdadeira motivação desses crimes: o lucro ilícito. Nesse quadro, o confisco ou o perdimento<sup>4</sup> do produto do ilícito<sup>5</sup> se apresentou como o instrumento mais adequado e eficiente, no sentido do que prescreve a teoria econômica do crime (BECKER, 1992), para a dissuasão dessas práticas ilícitas, ao capturar justamente a vantagem indevida obtida por essa via.<sup>6,7</sup>

<sup>3</sup> Conceituam-se delitos econômicos como aqueles que visam ao lucro ilícito – seja lucro em termos econômicos, sejam vantagens em termos comerciais e de competitividade em um mercado. Thiago Bottino do Amaral sintetiza que “O crime econômico provoca danos não individualizáveis, irreparáveis, incontroláveis e cuja percepção social é diferenciada. O objetivo é o lucro econômico, uma vantagem comercial ou a dominação de um mercado. As possibilidades e facilidades oferecidas pelo avanço tecnológico ensejam o aparecimento de condutas praticadas em grande escala por organizações complexas e de grande potencialidade lesiva. As condutas praticadas são de difícil identificação. Em alguns casos, o lucro ilícito é disfarçado e regularizado (“lavado”) no sistema financeiro e demais instâncias formais, adquirindo aparência de legalidade, o que dificulta a apuração e punição dos delitos” (AMARAL, 2015, p. 8).

<sup>4</sup> “O que a metáfora permite ao legislador em optar pelos termos “perda ou perdimento de bens” nada mais é do que o antigo “confisco” que remonta à Roma Antiga e foi mantido em algumas constituições brasileiras e proibido em outras” (PEREIRA, 2017, p. 227).

<sup>5</sup> “Quanto ao produto do delito, trata-se daquilo que foi diretamente conquistado com a prática delituosa, tal como o dinheiro subtraído do banco ou a coleção de armas retirada de um colecionador. Além do produto, é possível que o delincente converta em outros bens ou valores o que auferiu por conta do crime, dando margem ao confisco. Nesse caso, fala-se no proveito do crime. Ex.: o apartamento adquirido com o dinheiro roubado do estabelecimento bancário. Em ambas as situações, a perda é automática, decorrente de mera sentença condenatória em face de quem possuía o produto ou proveito, independentemente de ter o julgador se manifestado a respeito (art. 91, II, b, CP)” (NUCCI, 2017, p. 1028).

<sup>6</sup> “O combate eficaz a essa criminalidade organizada e globalizada exige a inutilização do lucro ilícito, mormente quando este lucro se apresenta com aparência de legalidade, pois este lucro alimenta e estimula as organizações criminosas, possibilita o surgimento de novos delinquentes atraídos pelo enriquecimento fácil e também pode gerar corrupção na estrutura do Estado. Entretanto, conforme ressaltado anteriormente, o direito penal clássico revelasse insuficiente para responder de forma eficaz a este tipo de criminalidade, mormente no que diz respeito ao sistema de penas tradicionalmente utilizado, ou seja, fundamentado exclusivamente na privação da liberdade na imposição de multa. Nesta sociedade de risco, a pena de confisco de bens apresenta-se como medida penal adequada e útil, além de muito eficaz no combate ao lucro ilícito derivado de atividades criminosas” (CORREIA JUNIOR, 2006, p. 24).

<sup>7</sup> Tal percepção resta clara no trecho do voto de relatoria do Ministro Luiz Fux, no Recurso Extraordinário nº 638491, em que dispôs sobre o confisco no âmbito de crimes relacionados ao tráfico de drogas: “O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que “o crime não deve compensar”, perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas” (RE 638491, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO

Isso vale especialmente no caso de organizações criminosas que se utilizam de pessoas jurídicas para desempenhar e organizar suas atividades,<sup>8</sup> visto que a consolidação de situações patrimoniais ilícitas, a despeito da imposição de prisões às pessoas físicas envolvidas, mantém o estímulo à continuidade dessas práticas, assim como envia sinalização aos demais indivíduos da sociedade de que é vantajoso se engajar nesses tipos de delito, se comparado com a conduta lícita, considerando-se, ainda, a blindagem patrimonial proporcionada pela constituição da empresa.<sup>9</sup> Além disso, tal situação permite que esse lucro ilícito circule, estimulando outros crimes e práticas desincentivadas pelo Estado.

É nesse contexto em que as hipóteses de confisco e perdimento do produto do ilícito multiplicaram-se no ordenamento jurídico brasileiro, tanto como efeito da condenação quanto como sanção, extravasando seu alcance para além do Direito Penal.<sup>10</sup>

Quanto à sua definição, o confisco constitui ato jurídico por meio do qual se procede à expropriação forçada, sem direito a qualquer indenização, de bens e valores incorporados ilicitamente ao patrimônio do infrator (NUCCI, 2017, p. 1027), consoante conceituações doutrinárias e legais, como as a seguir expostas:

A pena do confisco, portanto, possui natureza jurídica de sanção penal pecuniária na medida em que incide sobre o direito de propriedade do condenado, impondo-lhe uma diminuição patrimonial por meio da

---

REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017).

<sup>8</sup> Sobre o tema, especificamente no caso da corrupção, Fábio Ulhoa ressalta que “quem fornece os recursos para a corrupção e que mais se beneficia com os resultados dela é a pessoa jurídica, em geral uma sociedade empresária” (COELHO, 2015, p. 292).

<sup>9</sup> “A pena de perda de bens e valores, prevista na Constituição Federal (CF/1988) e regulamentada pela Lei 9.714/1998, surge nesse cenário como alternativa penal adequada a algumas hipóteses de crimes econômicos e patrimoniais, além daqueles praticados por pessoas jurídicas, entre outros, tendo em vista que impõe uma consequência jurídica que pode ser individualizada, proporcional e de natureza semelhante à do bem jurídico lesado. Além disso, a aplicação da pena mencionada também incentiva o cumprimento das regras sociais na medida em que anula o benefício auferido com a conduta ilícita e, ainda, impõe uma perda patrimonial correspondente à vantagem pretendida” (CORREIA JUNIOR, 2006, p. 33).

<sup>10</sup> O artigo 91 do Código Penal previu o perdimento do produto do crime como efeitos genéricos extrapenais da condenação: “Art. 91 - São efeitos da condenação: II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [...] b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”. Com base nesse dispositivo, o confisco produz efeitos imediata e automaticamente após a prolação da sentença condenatória que reconheça a autoria e materialidade de todo e qualquer crime previsto no ordenamento jurídico brasileiro, ou a partir do perfazimento de qualquer ato negocial do Estado que antecipe legalmente os efeitos da sentença, independentemente de serem declarados explicitamente. Tais efeitos se mantêm mesmo com a extinção da punibilidade pela *abolitio criminis*, incidindo inclusive sobre os valores equivalentes ao que inicialmente constituía o produto do ilícito. Ressalta-se que a discussão acerca da possibilidade de ou não da execução da pena em segunda instância limita-se às penas privativas de liberdade, não se aplicando aos efeitos da condenação.

perda parcial ou total de seus bens, gerando obrigação de entregá-los ao Estado (CORRÊA JÚNIOR, 2006, p. 38).

Por “confisco” se entenderá a privação em caráter definitivo de bens por ordem de um tribunal ou outra autoridade competente (Artigo 2º, b), da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção).

Assim, a principal conclusão que se extrai desses delineamentos é a de que, no exato momento da condenação ou do ato ou acordo que antecipe seus efeitos, ocorre a transferência da propriedade dos bens e valores especificados para o Poder Público. Tanto é que a doutrina civilista prevê o confisco como caso especial de perda da propriedade, submetido ao regime jurídico de direito público (PEREIRA, 2017, p. 223). Em outros termos, os valores relativos ao produto do ilícito<sup>11</sup> sobre os quais recaiu o confisco deixam de ser considerados patrimônio do infrator a partir dos momentos especificados, passando para o patrimônio do Estado.

Trata-se, pois, de direito de propriedade do Estado, que não se confunde com direito de crédito decorrente de atos negociais. Por isso, como prerrogativa do seu direito de propriedade constitucionalmente resguardado, ao Estado compete propor medidas assecuratórias cabíveis visando a garantir a indisponibilidade e a devida restituição desses valores,<sup>12</sup> ainda que eles tenham sido convertidos em outros bens e valores lícitos<sup>13</sup> ou afetem sucessores.<sup>14</sup>

Todas essas especificidades aplicam-se indistintamente às hipóteses de confisco do produto de ilícitos relativos à corrupção, sobre os quais, a título ilustrativo, o estudo passa a analisar mais detidamente a seguir.

---

<sup>11</sup> O Código Penal prevê a possibilidade de que o confisco recaia não somente sobre bens, mas também sobre valores pecuniários, até porque o Código passou a permitir, a partir da Lei nº 12.694, de 2012, a decretação da perda dos “valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior”, nos termos do seu artigo 91, § 1º.

<sup>12</sup> O Código Penal: “Art. 91 [...] § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda” (Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012).

<sup>13</sup> Importa a fonte ilícita dos recursos a serem confiscados. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção prevê: “Artigo 31 [...] 4. Quando esse produto de delito se tiver transformado ou convertido parcialmente ou totalmente em outros bens, estes serão objeto das medidas aplicáveis a tal produto de acordo com o presente Artigo. 5. Quando esse produto de delito se houver mesclado com bens adquiridos de fontes lícitas, esses bens serão objeto de confisco até o valor estimado do produto mesclado, sem menosprezo de qualquer outra faculdade de embargo preventivo ou apreensão”.

<sup>14</sup> Constituição Federal: “Art. 5º [...] XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

## 1.2 Confisco do produto dos ilícitos relacionados à corrupção

No âmbito dos delitos relativos à corrupção, o confisco do produto do ilícito está previsto tanto no ordenamento jurídico internacional quanto no direito interno brasileiro.

Por considerar os atos de corrupção como práticas amplamente desincentivadas pela comunidade internacional, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>15</sup> previu o confisco do produto do ilícito como pena imprescindível a ser adotada pela legislação interna dos países signatários, assim como exigiu a adoção de todas as medidas necessárias para viabilizar esse confisco, como o embargo preventivo, a apreensão dos respectivos bens e quaisquer outros meios que assegurem a sua livre disposição por parte dos legítimos proprietários:

Artigo 31 – Embargo preventivo, apreensão e confisco

1. Cada Estado Parte adotará, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco:

a) Do produto de delito qualificado de acordo com a presente Convenção ou de bens cujo valor corresponda ao de tal produto;

2. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias para permitir a identificação, localização, embargo preventivo ou a apreensão de qualquer bem a que se tenha referência no parágrafo 1 do presente Artigo com vistas ao seu eventual confisco.

3. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com sua legislação interna, as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para regular a administração, por parte das autoridades competentes, dos bens embargados, incautados ou confiscados compreendidos nos parágrafos 1 e 2 do presente Artigo. [...]

Artigo 53 – Medidas para a recuperação direta de bens

Cada Estado Parte, em conformidade com sua legislação interna:

c) Adotará as medidas que sejam necessárias a fim de permitir a seus tribunais ou suas autoridades competentes, quando devam adotar decisões no que diz respeito ao confisco, que reconheça o legítimo direito de propriedade de outro Estado Parte sobre os bens adquiridos mediante a prática de um dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

Artigo 57 – Restituição e disposição de ativos

1. Cada Estado Parte disporá dos bens que tenham sido confiscados conforme o disposto nos Artigos 31 ou 55 da presente convenção, **incluída a restituição a seus legítimos proprietários anteriores**, de acordo com o parágrafo 3 do presente Artigo, em conformidade

<sup>15</sup> Também conhecida como Convenção de Mérida, essa Convenção foi internalizada no Brasil por intermédio do Decreto 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Nesse sentido, confirmam-se os considerandos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm)>.

com as disposições da presente Convenção e com sua legislação interna.

2. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de seu direito interno, as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para permitir que suas autoridades competentes procedam à restituição dos bens confiscados, ao dar curso a uma solicitação apresentada por outro Estado Parte, em conformidade com a presente Convenção, tendo em conta os direitos de terceiros de boa-fé.

Como a doutrina acerca do controle de convencionalidade das leis (MAZZUOLI; MARINONI, 2013; FERREIRA, 2015; CONCI, 2014) estabelece o entendimento, adotado pelo Supremo Tribunal Federal a partir do RE 466.343, de que a legislação interna do Estado signatário de tratados e convenções internacionais deve ser conformada às disposições e aos objetivos constantes desses tratados e convenções, o ordenamento jurídico brasileiro não pode prescindir de adotar suas determinações. Essa adequação envolve não somente as já previstas hipóteses de confisco do produto dos ilícitos relacionados à corrupção (na Lei Anticorrupção de 2013<sup>16</sup> e na Lei de Improbidade Administrativa<sup>17</sup>) (DI PIETRO, 2017. p. 248),<sup>18</sup> mas também a harmonização das leis anteriores à internalização com as diretrizes internacionais, como é o caso da Lei da Recuperação Judicial de 2005.

Com efeito, proferida sentença contra empresas envolvidas em esquemas de corrupção em que se reconheça a perda do produto do ilícito, ou consubstanciado ato ou acordo que antecipe seus efeitos, a elas não pertence mais o montante que auferiram em virtude das práticas corruptivas, tal como os valores referentes ao sobrepreço e ao lucro de

---

<sup>16</sup> Lei nº 12.486/2013: Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé”.

<sup>17</sup> Lei 8.429, de 2 de junho de 1992: Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

<sup>18</sup> Além dessas hipóteses, cita-se o Decreto-Lei nº 3.240, de 8/5/1941, que sujeitava a sequestro os bens de pessoas indicadas por crimes que resultem prejuízo para a Fazenda Pública, podendo atingir bens em poder de terceiro desde que estes os tivessem adquirido ilicitamente.



contrato administrativo que não teria sido obtido sem conluio, no âmbito dos atos de corrupção que envolvam danos ao erário.

Além disso, a transferência de propriedade como efeito do confisco produz consequências jurídicas imediatas para todas as demais esferas jurídicas e instâncias judiciais, inclusive para o juízo universal no qual tramita o processo de recuperação judicial ou de falência da empresa condenada,<sup>19</sup> sob pena de se desprestigiar o caráter sistêmico do ordenamento jurídico, além de produzir incoerências e até ineficácia das medidas voltadas ao desincentivo de atos considerados antijurídicos, tal como a corrupção. Nesse passo, analisam-se, no capítulo seguinte, as consequências sobre o juízo da recuperação judicial e de falência.

## **2 CONSEQUÊNCIAS DO CONFISCO DO PRODUTO DO ILÍCITO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU DE FALÊNCIA**

Para investigar os efeitos do confisco sobre as disposições da Lei nº 11.101/2005, procede-se, em primeiro lugar, a uma breve reflexão acerca (i) da inter-relação entre os limites constitucionais de fruição do direito de propriedade e a função social da empresa, (ii) da distinção do direito de propriedade e do direito de crédito e (iii) da alegação de que “dinheiro não tem carimbo”. Em seguida, adentra-se nas repercussões do confisco nos processos de recuperação judicial e de falência.

### **2.1 Confisco do produto do ilícito, direito de propriedade e função social da empresa**

A transferência da propriedade do produto do ilícito que se opera pelo confisco nas hipóteses ora apresentadas vai ao encontro do processo de publicização do direito de propriedade (PEREIRA, 2017. p. 90), no sentido de que a livre disposição da propriedade privada deve ceder a certos limites, a partir dos quais se impingem consideráveis danos à sociedade ou deixa-se de produzir benefícios sociais desejáveis, buscando convergir o seu uso à função social<sup>20</sup> que da propriedade se espera.

Assim, não há fundamentos constitucionais para se salvaguardar o direito de propriedade quando esse é utilizado como subterfúgio para a prática de crimes ou atos ilícitos,<sup>21</sup> uma vez que essas práticas não atendem

---

<sup>19</sup> Também se podem prever situações em que os sócios tenham sido condenados, desde que haja confusão patrimonial ou interferência das atividades ilícitas dos sócios nas atividades da empresa.

<sup>20</sup> Desde a Constituição de 1946 até a atual ordem constitucional há previsão dessa relativização do direito de propriedade (art. 5º, XXIII, 170, 182, § 2º e art. 186).

<sup>21</sup> “Não se pode olvidar, ainda, que a liberdade é direito fundamental do ser humano e,

à função social a que se destina a propriedade, motivo pelo qual contra tudo o que é adquirido por meios antijurídicos não são oponíveis exceções ao ato confiscatório estatal.<sup>22</sup>

Quando se trata de propriedade empresarial, a questão jurídica ganha novos e mais complexos contornos,<sup>23</sup> uma vez que, ao se imputar responsabilidade penal ou cível a uma empresa pela prática de atos ilícitos, não são os patrimônios dos sócios e eventuais acionistas que respondem pelo confisco, mas sim o patrimônio da pessoa jurídica, a qual concentra, por ficção jurídica, a propriedade dos bens e direitos inscritos em seus registros contábeis, sendo que as prerrogativas dominiais desses sócios e acionistas são só indiretamente afetadas.<sup>24</sup>

Dessarte, o confisco sobre o patrimônio de empresas tem como fim limitar tanto o direito à propriedade empresarial quanto o exercício de atividades econômicas que não atendam sua função social relativas ao desempenho de atividades ilícitas. Por esse fundamento, sobre o produto do ilícito não existe direito ao uso, gozo, disposição e reivindicação pela

---

no entanto, sempre foi alvo de intervenção penal, inexistindo motivos para justificar a inviolabilidade do direito à propriedade em caso de infração penal. Parece razoável afirmar que a propriedade, não obstante deva ser objeto de proteção e garantia jurídica, não pode ter garantia maior ou mais rigorosa que a liberdade ou a vida. Entretanto, conforme já mencionado, a liberdade continua sendo alvo de intervenção penal do Estado por meio da pena privativa de liberdade [...]” (CORREA JUNIOR, 2006. p. 195).

<sup>22</sup> “Obviamente o direito de propriedade, especialmente quando reveste a forma empresarial, deve suportar restrições peculiares com que se conformará, de acordo com as exigências do bem comum, e sujeitar-se a obrigações que a limitem, de molde a reprimir a sua utilização abusiva (Código Civil, art. 1.228, § 1º)” (PEREIRA, 2017. p. 108).

<sup>23</sup> Sobre o tema, Caio Mário descreve tendência à fragmentação do direito real de propriedade: “Confrontando o direito de propriedade na sua feição romana com as concepções dia a dia ocorrentes, verificase que se esboça com toda nitidez uma tendência que se concretiza em doutrina atual, distanciando as noções hodiernas dos conceitos clássicos e salientando notória linha de evolução para um regime dominial invencivelmente diverso do que foi no passado. Em meio a tais tendências, o direito moderno conhece um novo tipo dominial, o da propriedade empresarial. Com a concentração do poder econômico, tornou-se necessário imprimir ao domínio maior flexibilidade, que lhe permita adaptar-se a condições de mais fácil mobilização dos capitais, diminuição de encargos tributários etc. Por outro lado, certos empreendimentos requerem disponibilidades enormes. Em consequência de tudo isto, instituiu-se a empresa como organização econômica, dentro da qual se fragmentam os direitos de cada um, e, em vez de o investidor apresentar-se como titular do domínio sobre bens de valor imenso, desloca-se para a empresa o *ius domini*, dispersando-se por um sem-número de sócios, ou mais comumente acionistas, os direitos expressos em títulos representativos de uma espécie de propriedade usufrutuária. Desta sorte, a propriedade não deixa de ser um direito subjetivo e, sem perder as suas características individuais, fragmentase a seu turno. A empresa, administrada por um grupo controlador, é proprietária do acervo de bens, às vezes de valor imensurável, enquanto os indivíduos que concorreram para a formação dos recursos financeiros têm os seus direitos restritos ao gozo de vantagens, ou reduzidos à percepção de certa rentabilidade (espécie de usufruto). A propriedade se multiplica valorativamente, enquanto se concentra na empresa; e ao mesmo tempo se difunde na aptidão de fruição” (PEREIRA, 2017, p. 91-92).

<sup>24</sup> A hipótese de acesso direto ao patrimônio dos sócios depende de haver desconsideração da personalidade jurídica.

empresa, a partir da condenação que reconhece a ilicitude de parcela ou da integralidade de suas atividades, ou do ato que antecipe seus efeitos.

Essas constatações possuem repercussão direta sobre o direito falimentar, porquanto implicam restrição clara ao poder da empresa, do juízo universal, do administrador judicial e da assembleia de credores para dispor sobre os bens e valores referentes ao produto do ilícito, ainda que a Lei nº 11.101/2005 tenha lhes conferido a competência para fazê-lo com o patrimônio da empresa. Com efeito, a partir do momento em que o produto do ilícito deixa de compor o patrimônio da empresa em crise, não há que se falar na sua submissão aos procedimentos próprios do processo de recuperação judicial e de falência.

Isso até porque a prerrogativa da empresa para pedir a recuperação judicial com vistas a superar crises e a dos credores de pedir a declaração de falência para recebimento de créditos somente se revela possível no âmbito das atividades lícitas da empresa, em consonância com a sua função social. No que concerne às atividades ilícitas, a empresa é socialmente inviável, razão porque o risco da atividade não pode ser transferido ao Ente Público diretamente lesado por essas atividades, a pretexto de se superar crises, assim como a inviabilidade econômica não permite a transferência do risco aos credores.

Analisar a importância social da empresa significa verificar a importância que aquela atividade possui na economia local, regional ou nacional. A ideia é que, quanto mais relevante for a empresa, mais importante será buscar a superação da crise e a manutenção da atividade. O maior número de interesses circundando a empresa justifica maiores esforços na busca da recuperação, pois o encerramento de uma empresa socialmente importante gera representativos prejuízos sociais. Se pratica atividades ilícitas, sua importância social é contrabalanceada pelos danos sociais que ela gera, razão porque essa parcela não deve ser alvo de recuperação judicial. Apenas as empresas viáveis são capazes de justificar os sacrifícios que terão que ser realizados pelos credores na recuperação judicial, uma vez que os credores só realizarão tais sacrifícios para proteger interesses mais relevantes. Destarte, a recuperação judicial só deve ser usada para empresas viáveis.

Assim, do mesmo modo que um carro roubado deve ser devolvido com total preferência ao real proprietário após seu confisco, com relação a todos os demais credores do infrator que se encontre em processo de liquidação de bens por insolvência civil, o Estado não poderia ser preterido pelas demais classes de credores da empresa recuperanda ou falida. Em outros termos, não seria legítimo o pagamento de empregados e de fornecedores com “ativos” derivados de atividades ilícitas que não atendem à função social da empresa, bloqueando a pronta restituição

desse montante, o que infringiria a prerrogativa do Ente Público lesado de reavê-la de quem quer que disponha dos valores de sua propriedade injustamente ou os detenha sem título.

## 2.2 Distinção entre direito de propriedade e direito de crédito

Sob outro aspecto, o direito de propriedade da União em nada se confunde com os direitos dos demais credores da empresa recuperanda ou da massa falida. Diferentemente do produto do ilícito, os referidos créditos decorrem geralmente de atividades negociais e se inserem normalmente no quadro de credores. Esses credores negociais tiveram a oportunidade não somente de avaliar o risco de crise financeira que leve a empresa, contra a qual se constituiu crédito, a se submeter a processo de recuperação judicial ou falência, mas também de precificar esse risco, por meio, por exemplo, de juros negociados e das garantias exigidas. Essa compreensão já foi esclarecida por Caio Mário ao dispor sobre o confisco:

[...] a cessação da relação jurídica dominial para o *dominus*, e integração da *res* no acervo estatal. Não constitui, pois, negócio jurídico, nem é compra e venda (posto que forçada), mas um ato de direito público gerando o efeito da transferência do domínio (PEREIRA, 2017, p. 223).

A distinção fundamental é a de que trabalhadores, bancos, fornecedores e outros credores da empresa jamais descartaram a hipótese de má gestão ou crises financeiras que levem à submissão ao processo de recuperação judicial ou de falência. Já no caso do Poder Público, não poderia antecipar nem a prática dos ilícitos, como os de corrupção, nem a possibilidade de não obter restituição pelo produto desses ilícitos em razão do deferimento de pedido de recuperação judicial ou da decretação de falência de empresa cujos dirigentes foram condenados pelos referidos delitos.

Diante dessas especificidades, não ocorre de fato desrespeito ao princípio da universalidade do juízo falimentar, que significa que todos os credores do falido, fossem eles quais fossem, deveriam concorrer ao juízo falimentar, pois a restituição do produto dos ilícitos não seria um crédito propriamente dito. Também não há desvirtuamento da ordem legal de preferências entre os credores, ao privilegiar os mais ágeis, visto que o direito de restituição do Poder Público decorre do seu direito de propriedade e não de direito de crédito.

## 2.3 Dinheiro não tem carimbo

Qualquer proveito direta ou indiretamente obtido com as práticas corruptivas é passível de ser mensurado e restituído ao Poder Público. Na Ação Penal nº 508335189.2014.4.04.7000 reproduz-se trecho da sentença

que desconstrói o argumento de que haveria empecilhos à restituição em dinheiro dos valores referentes ao produto do ilícito:

396. Não há falar que a lavagem não se configurou porque os recursos eram lícitos. Se a empresa obteve o contrato com a Petrobrás mediante crimes de cartel e de ajuste fraudulento de licitações, os valores pagos em decorrência do contrato constituem produto desses mesmos crimes. Crimes não geram frutos lícitos. [...]

400. O que se tem presente, porém, é que a propina destinada à corrupção da Diretoria de Abastecimento foi **paga com** dinheiro sujo, procedente de outros crimes antecedentes, aqui identificados como crimes de cartel (art. 4º, I, da Lei no 8.137/1990) e de frustração, por ajuste, de licitações (art. 90 da Lei no 8.666/1993).<sup>25</sup>

Acerca de asserções no sentido da impossibilidade de restituição do produto do ilícito em virtude de sua natureza pecuniária, sob o jargão de que “dinheiro não tem carimbo”, esclarece-se que a própria Lei 11.101/2005 prevê hipóteses em que essa restituição se dá pela via monetária e não pela devolução de um bem determinado, entre as quais se pode citar o direito à restituição de bens que não mais existam ao tempo do pedido (artigo 86, inciso I, da Lei 11.101/2005) e das quantias pagas para administradoras de consórcio e dos valores decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio para exportação (artigo 86, inciso II, da Lei 11.101/2005).

Por derradeiro, deve-se mencionar o pedido de restituição nos casos de dinheiro em poder do falido sobre o qual ele não tenha disponibilidade. Em certos casos, por força da lei ou mesmo por força de um contrato, o falido tem em suas mãos dinheiro, mas não tem a disponibilidade sobre ele e, por isso, será cabível a restituição. Tal hipótese muito se assemelha ao pedido de restituição geral, mas envolve a propriedade do dinheiro depositado.

## 2.4 Efeitos sobre a recuperação judicial

No âmbito do processo de recuperação judicial, o principal efeito da alteração da titularidade dos valores relativos ao produto do ilícito é o reconhecimento de que eles não podem fazer parte do plano de recuperação judicial, porquanto não constituem patrimônio da empresa recuperanda.

Nesse sentido, tais valores sequer poderiam constar do pedido de recuperação judicial como crédito, nos termos do artigo 51, inciso III, da Lei 11.101/2005, visto que os incisos I e II desse mesmo artigo exigem que se exponha, por meio das demonstrações contábeis, a real situação patrimonial do devedor, não se incluindo aí bens e valores de propriedade da União:

<sup>25</sup> Tribunal Regional Federal da 4ª Região – 13ª Vara Federal da Seção Judiciária de Curitiba. Ação Penal Nº 5000553-66.2017.4.04.7000, Sentença, p. 113.

Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

I – a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira;

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

- a) balanço patrimonial;
- b) demonstração de resultados acumulados;
- c) demonstração do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção;

III – a relação nominal completa dos credores, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço de cada um, a natureza, a classificação e o valor atualizado do crédito, discriminando sua origem, o regime dos respectivos vencimentos e a indicação dos registros contábeis de cada transação pendente;

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: [...]

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Nessa circunstância, não poderia o processo de recuperação judicial gerenciar bens e valores de titularidade da União, distribuindo-os com primazia a outros credores, para viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da sua fonte produtora, dos créditos trabalhistas e dos interesses dos credores, por meio do produto do ilícito.

Isso porque, consoante já delineado, a preservação da empresa, da sua função social e o estímulo à atividade econômica devem ser promovidos por meio das fontes financeiras e margens de lucro derivadas de atividades lícitas da empresa e não daqueles valores fruto de atividades ilícitas, amplamente desincentivadas e combatidas pela comunidade internacional e pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sob a mesma lógica de respeitar o direito de propriedade de terceiros, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também tem decidido que não cabe ao juízo da recuperação judicial decidir sobre a busca e apreensão de produtos agropecuários de terceiros, depositados em armazém de empresa submetida aos efeitos da recuperação, devendo-se, pois, haver restituição desses produtos nos termos determinados pela vara cível competente para processar e julgar a ação de depósito:

PROCESSIONAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AÇÃO DE DEPÓSITO. CABIMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ARMAZÉM GERAL. DEPÓSITO CLÁSSICO DE BENS FUNGÍVEIS. CONTRATO TÍPICO. DIFERENCIAÇÃO DO DEPÓSITO ATÍPICO. GRÃOS DE SOJA. RESTITUIÇÃO. NÃO SUBMISSÃO AO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO FORO DE ELEIÇÃO CONTRATUAL. DECRETO 1.102/1903. LEI 9.300/2000. DECRETO 3.855/2001. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 627 E SEQUINTE. LEI 11.101/2005. SÚMULA 480/STJ. (...) 7. Constituindo, por conseguinte, bem de terceiro cuja propriedade não se transferiu para a empresa em recuperação judicial, não se submete ao regime previsto na Lei 11.101/2005. Incidência do enunciado 480 da Súmula do STJ. 8. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 5ª Vara Cível de São Paulo. O presente caso é análogo, devendo-se estabelecer a mesma solução jurídica acerca da fixação do juízo competente para o julgamento da presente demanda. Ante o exposto, conheço do presente conflito para declarar competente o JUÍZO DE DIREITO DA 8ª VARA CÍVEL DE UBERLÂNDIA - MG para processar e julgar a ação de depósito n.º 0788488-56.2015.8.13.0702 movida por ABC INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A ABC INCO e, via de consequência, determinar quaisquer medidas relacionadas aos bens ali discutidos. Comuniquem-se as autoridades judiciárias em conflito. Intimem-se. Brasília (DF), 23 de maio de 2017. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO Relator.<sup>26</sup>

A jurisprudência dos Tribunais de Justiça estaduais também tem respeitado o direito de terceiros na esfera da recuperação judicial e da falência, tais como no caso em que a 26ª Câmara Cível do TJ/RJ manteve decisão que determinou à empresa a devolução de quantia debitada indevidamente de cliente, cuja fundamentação é de oportuna descrição:

É cediço que estando a empresa em recuperação judicial, qualquer pagamento devido aos credores há de observar o que definido pela vontade do devedor e credores em um ambiente de amplo debate. Do contrário, estar-se-á conferindo tratamento diferenciado a um determinado credor em detrimento dos demais que a ele se equiparam, sendo certo que o meio legal para tanto gravita em torno da habilitação, seja tempestiva ou não, cuja previsão encontra amparo no art. 7º da Lei n.º. 11.101/05.

Contudo, o caso em comento revela uma situação excepcional que, como tal, merece igualmente um tratamento diferenciado, porque está reconhecido e confessado pela recuperanda que o valor de R\$ 16.721,85 (dezesesse mil e setecentos e vinte e um reais e oitenta e cinco centavos) foi indevidamente subtraído da esfera jurídica do agravado. O erro “sistêmico” confessado pela empresa submetida à reorganização empresarial, justifica a manutenção da decisão, sob pena de um mal maior que poderá comprometer a saúde financeira do credor que não contribuiu para a situação revelada pelos autos.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> STJ - CC: 147377 RS 2016/0172052-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 25/05/2017.

<sup>27</sup> Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - Processo: 0046584-33.2017.8.19.0000. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201700257237##LS>>.

Analogamente, o perfazimento dos efeitos do confisco decorre de subtração indevida de valores da esfera jurídica do Poder Público lesado, reconhecido pela sentença que determinou o confisco ou pelo ato negocial que antecipou tais efeitos.

Outra situação em que se determina a pronta restituição dos valores, sem que esses sejam integrados à massa falida, é o do patrimônio de afetação. Consoante o art. 31-F da Lei n.º 4.591/1964, com a nova redação do art. 53 da Lei n.º 10.931/2004, “os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação”. Essa consequência se deve à previsão de que os bens e direitos submetidos ao regime de afetação “manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”.

Em situação análoga, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito de restituição das parcelas pagas a promitentes compradores de unidade imobiliária cuja responsável pela construção foi declarada falida:

RECURSO ESPECIAL - ARTS. 1.062 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E 1º DO DECRETO-LEI 86.649/81 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO E DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA TAL DESIDERATO - INCIDÊNCIA, NO PONTO, DOS ENUNCIADOS NS. 282 E 356 DA SÚMULA/STF - AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA EM CONSTRUÇÃO FIRMADA COM A FALIDA ENCOL, COM PARTICIPAÇÃO DA SUCESSORA CARVALHO HOSKEN - RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO POR INICIATIVA DA CARVALHO HOSKEN E ALIENAÇÃO DE IMÓVEL A TERCEIRO - DEVOLUÇÃO INTEGRAL DAS PARCELAS PAGAS PELO PROMITENTE COMPRADOR E RESTITUIÇÃO DO STATUS QUO ANTE - NECESSIDADE - PRECEDENTES DO STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - As matérias relativas aos arts. 1.062 do Código Civil de 1916 e 1º do Decreto-lei n. 86.649/81 não foram objeto de debate pelo v. acórdão recorrido, e tampouco foram opostos embargos de declaração objetivando a manifestação da Corte estadual sobre tais temas, estando, assim, ausente o necessário prequestionamento, incidindo, no ponto, o teor dos Enunciados ns. 282 e 356 da Súmula/STF; II - A devolução integral dos valores pagos em decorrência de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária em construção firmada com a falida ENCOL, com participação da ora recorrente CARVALHO HOSKEN, somente não é admitida na hipótese de desistência ou inadimplência do adquirente do imóvel restituído à construtora que, como ressarcimento das despesas administrativas efetuadas, faz jus à apropriação de determinado percentual do valor pago; III - Na espécie, entretanto, o autor/recorrente efetuou o pagamento integral do imóvel antes mesmo do prazo estabelecido



para a sua entrega e a inadimplência foi da ora recorrente CARVALHO HOSKEN, que resiliu unilateralmente a promessa de compra e venda do imóvel e alienou o bem a terceiro, sem que nada tenha recebido o autor/recorrido; IV - Desse modo, é um contra-senso que a recorrente, que assumiu expressamente as obrigações da incorporadora ENCOL, passando a ser tanto incorporadora quanto construtora, retenha parte das parcelas pagas, porquanto foi ela quem deu causa à rescisão. Precedentes. V - Recurso especial improvido.<sup>28</sup>

À luz dos princípios e dos objetivos da recuperação judicial, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo a competência do juízo da recuperação judicial apenas para qualquer medida que possa afetar o patrimônio das empresas recuperandas, dada sua universalidade e indivisibilidade. Registre-se, que tal força atrativa só se dá a partir da decisão de processamento da recuperação<sup>29</sup> e perdura até o encerramento do processo.

Sobre o tema, o Ministro Castro Meira assim se pronunciou:

No caso, o destino do patrimônio da empresa-ré em processo de recuperação judicial não pode ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso daquele da Recuperação, sob pena de prejudicar o funcionamento do estabelecimento, comprometendo o sucesso de seu plano de recuperação, ainda que ultrapassado o prazo legal de suspensão constante do § 4º do art. 6º, da Lei n. 11.101/05, sob pena de violar o princípio da continuidade da empresa.<sup>30</sup>

No mesmo sentido, o Ministro Luis Felipe Salomão afirmou que:

[...] se encontra sedimentada no âmbito da Segunda Seção desta Corte, que reconhece ser o Juízo onde se processa a recuperação judicial o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens da empresa recuperanda, inclusive para o prosseguimento dos atos de execução, ainda que o crédito seja anterior ao deferimento da recuperação judicial, devendo, portanto, se submeter ao plano, sob pena de inviabilizar a recuperação.<sup>31</sup>

O próprio STF asseverou:

Destarte, instala-se no processo de falência o denominado juízo universal, que atrai todas as ações que possam afetar o patrimônio da empresa em processo de quebra ou de recuperação judicial. Cuidase, em suma, do juízo competente para conhecer e julgar todas as demandas que exijam uma decisão uniforme e vinculação *erga omnes*.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> STJ - REsp: 1087447 RJ 2008/0191494-0, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 18/03/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/04/2010.

<sup>29</sup> STJ - AgRg no CC 117.216/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12-6-2013, DJe 17-6-2013.

<sup>30</sup> STJ - CC 79.170/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10-9-2008, DJe 19-9-2008.

<sup>31</sup> STJ - CC 106.768/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23-9-2009, DJe 2-10-2009. No mesmo sentido, STJ - AgRg nos EDcl no CC 99.548/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23-2-2011, DJe 10-3-2011.

<sup>32</sup> STF - RE 583.955, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 28-5-2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-162 DIVULG. 27-

Essa força atrativa, porém, não é a mesma da falência. Ela deve ser interpretada de forma mais restrita, isto é, o juízo recuperacional será competente para decidir sobre os temas que possam afetar o patrimônio do devedor em recuperação, vale dizer, apenas os bens que pertençam ao próprio devedor em recuperação. É também por esse fundamento que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 480, cujo enunciado dispõe que “o juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa”, no sentido de que patrimônios distintos daqueles das sociedades recuperandas não devem ser geridos pelo juízo universal. Assim, produtos de atos ilícitos que não pertencem ao devedor em recuperação não se submeterão ao processo de recuperação, nem ao juízo da recuperação judicial.

Em casos de ações de despejo (bem pertencente ao locador e não ao devedor em recuperação judicial), o STJ vem reconhecendo reiteradas vezes a ausência de competência do juízo da recuperação, afirmando que “a ação de despejo movida pelo proprietário locador em face de sociedade empresária em recuperação judicial não se submete à competência do Juízo recuperacional”.<sup>33</sup> A mesma lógica se aplica ao produto dos atos ilícitos praticados pelo devedor, pois tal produto não lhe pertence. Trata-se de bem de propriedade da União, em razão do confisco reconhecido por sentença ou pelo ato negocial que antecipou tais efeitos.

Não fazendo parte da recuperação judicial, a restituição dos valores que constituam produto do ilícito poderia se dar tanto pelo procedimento previsto nos artigos 85 a 93 da Lei 11.101/2005 quanto por meio do instituto processual dos embargos de terceiros, regulados pelo Código de Processo Civil de 2015, nos seus artigos 674 ou 681: “Art. 93. Nos casos em que não couber pedido de restituição, fica resguardado o direito dos credores de propor embargos de terceiros, observada a legislação processual civil”.

Tal como na recuperação judicial, a restituição do produto do ilícito é cabível no processo de falência consoante se explicitará na seção seguinte.

## 2.5 Efeitos sobre a falência

O caráter coletivo da falência significa que ela abrange todos os credores do falido e também que ela deve abranger todos os seus bens. Para satisfazer coletivamente os credores, os bens do devedor devem ser

---

8-2009 PUBLIC. 28-8-2009 EMENT. VOL-02371-09 PP-01.716 RTJ VOL-00212- PP-00570.

<sup>33</sup> STJ - CC 148.803/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 02/05/2017.

reunidos e se submeter ao processo de falência. Todos os bens atuais do falido, ou que venham a ser adquiridos no curso da falência, ficam sujeitos ao procedimento falimentar.

Como o patrimônio do devedor responde por suas obrigações (CPC/2015 – art. 789) e na falência deverá se tentar pagar todas as obrigações do falido, a consequência natural é que todo o seu patrimônio deverá ser submetido ao processo de falência. Contudo, a referida regra admite que a lei estabeleça restrições, isto é, determinados bens podem ser excluídos do alcance dos credores. Nesse sentido, o art. 832 do CPC/2015 estabelece que “Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”.

Diante disso, o efeito da submissão de todos os bens do falido ao processo de falência também admitirá exceções, isto é, não se submetem ao processo os bens absolutamente impenhoráveis, nem os patrimônios de afetação. Logo, não sofrerão os efeitos da falência, os bens que não pertençam ao falido, mesmo que estejam no seu poder.

Em situação similar, no caso da decretação da falência, o legislador resguardou o direito do proprietário de bens e valores que tenham sido arrecadados no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência ao prever a hipótese do pedido de restituição, regulado nos artigos 85 a 93 da Lei 11.101/2005: “Art. 85. O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição”.

Extrai-se da sua leitura que o único requisito desse artigo é a existência de direito de propriedade dos valores arrecadados indevidamente ou que estejam em poder do falido no momento da decretação de falência. Trata-se de prerrogativa jurídica do titular do direito de propriedade para defendê-lo no âmbito do processo de falência, ao qual faz jus o ente público lesado pelos atos de corrupção, relativamente ao produto do ilícito, por meio de ajustes da massa falida.

O principal objetivo a ser buscado no processo falimentar é a satisfação do maior número possível de credores dentro de uma ordem legal de preferências. Nessa busca, estão inseridas as medidas de arrecadação, as ações de responsabilidade e mesmo as declarações de ineficácia, com os ajustes impostos pelos pedidos de restituição e pelos embargos de terceiros.

O pedido de restituição deve ser analisado não como um fato isolado, decorrente de uma situação eventual, mas como *um fato que torna anômala a consistência patrimonial do ativo do devedor, podendo mesmo levá-lo à inconsistência*. Vale dizer que a verdade jurídica sobre a titulação dos bens do ativo do devedor não pode ser decorrente, tão-somente, da sua mera presunção pela simples detenção, por parte do devedor, no instante da decretação da quebra. *Por isso mesmo há que se depurar, ou permitir depurado o seja, o patrimônio do devedor, de valores que não lhe pertencem*

*e que possam estar à mostra como se dele fossem, no ato arrecadatório ou em seu processamento, e que se alienados acarretarão valor à massa, falaciosamente realizado.* (ALMEIDA, 2007, p. 379) (grifos acrescidos).

Concentra-se, em ambos os casos, a discussão relativa à *retirada, da massa falida, de tudo aquilo que não é de titulação do devedor*, de modo a evitar sua realização a *non domino* (ALMEIDA, 2007, p. 380) (grifos acrescidos).

Nesse sentido, foi editada a Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe que “pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade”. Se a partir da condenação, o condenado não tem a disponibilidade desses valores, conforme já esclarecido, eles não se submetem ao processo de falência.

Ademais, não se pode opor ao direito de restituição o fato de o produto do ilícito se constituir de valores e não de bens individualmente identificados, conforme ponderações já esclarecidas acima.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante exposto, o eficaz combate a delitos econômicos e patrimoniais, como a corrupção, exigiram do ordenamento jurídico a previsão de hipóteses de confisco do produto do ilícito, procedendo-se, a partir da condenação ou do ato que antecipe seus efeitos, à transferência de propriedade ao Poder Público lesado pelas condutas antijurídicas. A partir daí, cessam os poderes de disposição do infrator sobre os bens e valores confiscados, passando para o novo proprietário a prerrogativa de reavê-los de quem o detenha indevidamente.

Conclui-se, portanto, que empresas cuja parcela do patrimônio tenha sido confiscada pela prática de atos ilícitos não podem incluir esses valores no plano de recuperação judicial ou na massa falida, visto que não são mais de sua propriedade. Caso isso ocorra por equívoco, o Poder Público possui a prerrogativa de ser restituído, com total primazia com relação aos demais credores da empresa infratora, porquanto tal prerrogativa decorre do seu direito de propriedade e não de direito de crédito.

O pressuposto central da Lei nº 11.101/2005 é o de que as entidades empresariais que se submetem a esses processos atendem à sua função social no desempenho de atividades econômicas lícitas, razão porque seria desejável para a sociedade a sua preservação. Nesse sentido, não parecem ser os institutos da Lei nº 11.101/2005 subterfúgios para elidir ou dilargar no tempo ou impedir a restituição do produto de atividades ilícitas desenvolvidas pelas empresas.

Sob o ponto de vista prático, caso a recuperação judicial e a falência passem a ser meios pelos quais são descumpridas as medidas voltadas ao combate de ilícitos relacionados à corrupção, produzir-se-á incoerências no sistema jurídico assim como incentivos distorcidos à continuidade das práticas corruptivas. Nessa situação, vislumbra-se como um dos benefícios indiretos da posição ora alcançada o incentivo para que os agentes que se relacionem ou transacionem com empresas exijam a adoção de regras e mecanismos de *compliance* suficientes para mitigar o risco de que as empresas estejam envolvidas em esquemas de corrupção.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito Penal Econômico*, 2015. Disponível em: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito\\_penal\\_economico\\_2015-1.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direito_penal_economico_2015-1.pdf)>. Acesso em: 9 out. 2018.
- BECK, Ulrich. Sociedade global, sociedade de riscos. Tradução Peter Naumann. *Caderno da Escola Legislativa*, n. 4. p. 51-81, jan./jun. 1998.
- BECKER, Gary Stanley. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, 1992.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Acordo de leniência e a recuperação judicial da corruptora. In: MAFFOILETTI, Emanuelle Urbano; CEREZETTI, Sheila C. Neder. Dez anos da Lei nº 11.101/2005: Estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Almedina, 2015.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte do constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. *Revista de Processo*, v. 29, n. 232, p. 363-390, 2014.
- CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Confisco penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago. *Lei Anticorrupção comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. *O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa*. Direitos Políticos e Inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- MAZZUOLI, Valério; MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de convencionalidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Vol. IV.

SALOMÃO FILHO, Calixto Recuperação de empresas e interesse social. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de A. de Moraes (Coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOUZA JUNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência Lei 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.


Recebido em: 05.09.2018

Aceito em: 09.11.2018

# A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O LEGISLADOR CONSTITUINTE: ANÁLISE CRÍTICA DOS POSTULADOS EUGÊNICOS PRESENTES NA HISTÓRIA REPUBLICANA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

*THE DISABLED PERSON AND THE CONSTITUENT LEGISLATOR:  
A CRITICAL ANALYSIS OF THE EUGENIC POSTULATES  
PRESENT IN THE REPUBLICAN HISTORY OF THE BRAZILIAN  
CONSTITUTIONS*

Sérgio Coutinho dos Santos<sup>I</sup>

Francisco de Assis de França Júnior<sup>II</sup>

José Barros Correia Júnior<sup>III</sup>

<sup>I</sup> Centro Universitário  
Cesmac (CESMAC),  
Maceió, AL, Brasil.  
(Mestre em Direito).  
E-mail: sergio@  
mundoemmovimentos.com

<sup>II</sup> Centro Universitário  
Cesmac (CESMAC),  
Maceió, AL, Brasil. (Mestre  
em Direito). E-mail:  
francajunior direito@gmail.  
com

<sup>III</sup> Centro Universitário  
CESMAC e da  
Universidade Federal de  
Alagoas (UFAL), Maceió,  
Al, Brasil. (Doutor  
em Direito). E-mail:  
jbarrosctr@jbarros.com.br

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Notas sobre um pressuposto epistemológico. 2 As constituições republicanas e seus postulados eugênicos. 2.1 A Constituição de 1891. 2.2 A Constituição de 1934. 2.3 A Constituição de 1937. 2.4 A Constituição de 1946. 2.5 A Constituição de 1967. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo principal a análise crítica dos postulados eugênicos implícita ou explicitamente presentes nos dispositivos normativos constitucionais do período republicano da história do Brasil. Nossa opção metodológica para a análise foi por recortar como objeto de interesse as cinco constituições republicanas que antecederam aquela atualmente vigente. Articulando-se os textos produzidos pelo legislador constituinte com as reflexões produzidas na literatura sociojurídico-constitucional a respeito procuramos expor as contradições, as discriminações e os preconceitos que permeavam as relações sociais junto às pessoas com deficiência naquele período. No curso da investigação, qualquer olhar mais atento ao problema haverá de constatar um processo de produção legislativa que segue seu curso oscilando entre a indiferença, a marginalização, a necessidade de controle ou a ideia de mera compensação financeira pelos serviços prestados ao Estado. Concluindo-se com isso que, apesar dos recentes avanços, um ambiente social inclusivo e de empoderamento das pessoas com deficiência, ainda há de demandar algum tempo.

**Palavras-chave:** Pessoa com deficiência. Legislador constituinte. Eugenia.

**Abstract:** The main objective of this article is to make a critical analysis of the eugenic postulates implicitly or explicitly present in the constitutional normative devices

of the republican period of Brazilian history. Our methodological option for the analysis was to cut as an object of interest the five republican constitutions that preceded the one currently in effect. By articulating the texts produced by the constituent legislator with the reflections produced in the socio-juridical-constitutional literature, we seek to expose the contradictions, discriminations and prejudices that permeated social relations involving people with disabilities in that period. In the course of the investigation, any closer look at the problem will have to verify a process of legislative production that follows its course oscillating between indifference, marginalization, the need for control or the idea of mere financial compensation for the services rendered to the State. In conclusion, despite the recent advances, an inclusive social environment and the empowerment of people with disabilities will still require some time.

**Keywords:** People with disabilities. Constituent legislator. Eugenic.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na história da estruturação da sociedade brasileira, sobretudo com o advento dos ideais republicanos – formalmente instituídos a partir de 1889 –, as discussões sobre *igualdade* quase sempre se estabeleceram dentro de um espectro de contradição. É forçoso reconhecermos que, no início, dificilmente esses debates ocorriam sem a utilização de *fórmulas* discriminatórias e, o que é pior, marcadamente preconceituosas. Aliás, as tentativas de se estabelecerem tais parâmetros, prestavam-se a evidenciar que, apesar de sermos teoricamente todos iguais, deveriam existir, na esteira da célebre sátira orwelliana (ORWELL, 2007), *uns são mais iguais que outros*.

Dadas as circunstâncias históricas – em que, por um lado, tínhamos a entusiasmada recepção dos ideais liberais provenientes do velho continente e, por outro, o receio da classe dominante de que os espaços de privilégios viessem a diminuir –, numa análise ainda que superficial desse passado não tão distante da formação sociopolítica brasileira, é de se perceber um ambiente fértil à recepção de teses do tipo *engênicas*, inclusive no âmbito das ciências jurídicas. O fato de terem sido gestadas em áreas do conhecimento marcadas pela *cientificidade* dava aos seus defensores a aparente convicção de que detinham a *verdade*, o que, além de dificultar a contraposição, acabava facilitando sua absorção pelo sistema jurídico-constitucional.

É certo que não abarcaremos todas as questões relacionadas aos postulados eugênicos, que, dentre outras questões, tanto poderiam se referir à possibilidade de seleção genética, biológica, racial, física ou estética



das pessoas. Aqui, como logo se perceberá, vai nos interessar, sobretudo o critério físico, ou seja, o uso disso numa tentativa do legislador constituinte de promover, implícita ou explicitamente, uma espécie de *melhoramento* do povo brasileiro. Desse modo, o objetivo principal da presente investigação é o de avaliar criticamente, a partir do advento da República, as constituições brasileiras no que tange às pessoas com deficiência.

A perspectiva que escolhemos se sustenta por duas razões: *primeiro* porque são as constituições os instrumentos normativos mais significativos, aqueles que figuram como marcos referenciais irradiadores da mentalidade do povo (especialmente de sua classe dominante) que lhes serve para legitimação; *segundo* porque mesmo nas constituições (ditas) republicanas, lastreadas, portanto, num discurso de alegada *igualdade*, é possível identificarmos *rastros* de discriminação e até de preconceito ainda hoje em voga no imaginário da população.

Nesse sentido, nossa análise seguirá uma ordem cronológica, sem, no entanto, considerarmos a Constituição (dita cidadã) ora vigente, de 1988, vez que, o que nos interessa é a compreensão do cenário jurídico-constitucional que se instalara num período que nos antecedia, ou seja, interessava-nos explorar melhor a *mentalidade* dos legisladores constitucionais vigente num período que não vivenciamos tão diretamente como o que acontece com o atual, que nos é contemporâneo. Ademais, além da necessária e pontual revisão bibliográfica que empreendemos, esse processo crítico-analítico se deu norteado pela consulta a textos integrais de cada uma das constituições, tais como se encontram disponíveis no sítio eletrônico da Presidência da República.<sup>1</sup>

## 1 NOTAS SOBRE UM PRESSUPOSTO EPISTEMOLÓGICO

Na perspectiva de Rabinovich-Berkman (2007, p. 19), a escassez de referências documentais pode ser vista como um dado com significado próprio. O vazio de informações é uma informação que deve ser estudada. Desde logo, “podrá plantear las diferentes hipótesis que se le ocurren a partir del material que sí posee, las comparaciones analógicas”, mas com o cuidado de que há mudanças na linguagem empregada em distintos períodos. Por isso, passam a haver elucubrações, hipóteses de investigação, mas não mais uma análise segundo a própria época investigada. Por isso, de acordo com o mesmo autor, não se torna possível que resultem em conclusões, mas apenas que tragam novas questões a partir do passado,

<sup>1</sup> PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil – subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituições*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

pois “si planteasen como conclusión, el carácter científico de la obra se vería seriamente comprometido”.

Como se pôde constatar, a expressão “pessoa com deficiência” foi empregada por nós, exigindo-se, portanto, que se defina explicitamente seu conteúdo. A expressão tornou-se constante na esfera jurídica internacional com a aprovação, em 2006, da resolução que estabeleceu a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,<sup>2</sup> cujo conceito presente em seu artigo inaugural assevera: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

No Brasil, por intermédio do Decreto Legislativo n. 186, de 2008, e do Decreto n. 6.949, de 2009, as disposições convencionadas pela comunidade internacional sobre as pessoas com deficiência em 2006 acabaram ingressando no ordenamento jurídico já com *status* constitucional. Como se sabe, uma vez atendidas as exigências do art. 5º, § 3º, da atual Constituição da República, tratados e convenções devem ser aceitos como instrumentos equivalentes às emendas constitucionais. Nesse passo, essa *emenda* supriu uma lacuna importante nos debates sobre o tema. Antes disso, a imprecisão terminológica incomodava, disseminando-se, mesmo nos textos legais, expressões como “inválidos”, “incapazes fisicamente”, “portadores de deficiência”, dentre outras.

Aqui não serão especificadas essas variadas expressões outrora utilizadas pelos legisladores constituintes, vez que, em outros tempos, por regra, não havia qualquer preocupação conceitual para com a utilização das palavras que hoje seriam encaradas como essencialmente preconceituosas. Não havia um cuidado em sistematizar essas normas em particular, definindo-as melhor para que seu campo de abrangência fosse suficientemente claro e respeitoso da dignidade humana. Assim, a análise crítica que nos preocupamos em desenvolver adiante acaba tendo que considerar dispositivos constitucionais que, como antevisto, utilizavam-se de expressões que nos remetem ao que contemporaneamente se convencionou denominar de *pessoa com deficiência*.

Não é, portanto, um processo crítico-reflexivo dos mais fáceis o que nos propusemos a desenvolver. Muito pelo contrário. Revisitar o passado em busca de circunstâncias que poderiam se prestar a explicar problemas atuais será sempre uma providência com um grau *lato* de

<sup>2</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017. Para uma análise detalhada da Convenção, é possível estudar seus artigos por uma edição comentada, disponível em edição eletrônica: <<http://www.inclusive.org.br/?p=12209>>.

complexidade (OLIVEIRA, 2004). Avalie-se então quando se articulam História e Direito. Daí porque, reconheça-se desde já, nossas sucintas incursões não pretendem esgotar o assunto, nem tampouco oferecer *verdades*, mas despertar o leitor para uma temática ainda pouco explorada nos domínios da academia.

## 2 AS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS E SEUS POSTULADOS EUGÊNICOS

### 2.1 A Constituição de 1891

A primeira Constituição Republicana do Brasil foi promulgada em 1891. Com o anúncio da abolição da escravatura (1888) e, logo na sequência, com a deposição de D. Pedro II, levando-nos à adoção de um sistema republicano de governo (1889), a sociedade brasileira passava a conviver mais intensamente com os ideais liberais vigentes à época. Nesse passo, sobre pessoas com deficiência, uma das referências mais antigas com a qual nos deparamos está justamente nesse diploma normativo: “Art. 71 – Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem ou perdem nos casos aqui particularizados. § 1º – Suspendem-se: a) por incapacidade física ou moral; b) por condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos”.

Apesar de uma apregoada igualdade, em seu art. 72, § 2º, a incapacidade física ou moral continuava gozando de um *status* constitucional com viés negativo, vez que era utilizada como critério para a suspensão de direitos básicos. O mesmo já havia sido estabelecido na Constituição de 1824 (Art. 8, inciso 1). A propósito, a tal incapacidade física ou moral, pelo teor da alínea *b*, era comparável a uma condenação criminal, como se uma deficiência se constituísse numa espécie de *infração*. A onda liberal que acabou banhando o território brasileiro estimulava limitações severas ao exercício da cidadania por aqueles que não fossem considerados *aptos* ao trabalho.

O individualismo liberal, pautado na livre iniciativa econômica, não cedia espaço para a inserção daqueles que não conseguiam trabalhar nos termos impostos pelo mercado. Não era uma questão puramente estética, de pessoas fora da padronização social ou estatisticamente convencionada, mas de utilidade ao processo lucrativo almejado. O Estado de Direito, por sua vez, acoplado às necessidades econômicas, estaria ideologicamente moldado segundo o valor de mercado das pessoas, e não de acordo com uma busca por direitos de cidadania iguais para todos e todas. A participação do Estado na vida das pessoas era, assim, defendida como

residual. Não à toa, com 91 artigos, foi uma das constituições brasileiras mais concisas da história (BALEEIRO, 2012, p. 28).

O fato é que, tomadas especialmente por uma suposta falta de capacidade de produção mercadológica, as pessoas com deficiência, por não serem encaradas como *bem nascidas*, viram-se prejudicadas no texto constitucional que inaugurava a República. O critério de matiz eugênico infiltrava-se quase que despercebidamente no ordenamento jurídico brasileiro a partir de seu diploma mais significativo. Além disso, recém-liberto do regime escravocrata, esse foi um período em que discursos de segregação se disseminavam com alguma facilidade, sobretudo pelo fato de serem impulsionados pelas ideias de autores como Francis Galton (1822-1911) e Cesare Lombroso (1835-1909).

Sob a vigência da Constituição de 1891 pode-se observar o posicionamento de um dos mais destacados juristas brasileiros. Ainda naquele período, a perspectiva de Pontes de Miranda (1924, p. 266), por exemplo, é reveladora do que estava prestes a ser agasalhado pela Constituição seguinte. O autor alagoano defendia que “a consciente hygiene da raça, o zeloso programma da comunidade geral, são medidas eficazes, que elevam o nível de todos; de modo que a seleção se faz entre *melhores* do que seriam todos, se não nas houvesse”. As normas constitucionais que vieram na sequência trouxeram novos problemas, mantendo-se os fundamentos discriminatórios e marcadamente preconceituosos no cenário jurídico-constitucional.

## 2.2 A Constituição de 1934

Na Constituição de 1934, apesar dos avanços que promoveu rumo à proteção das pessoas, sobretudo no ambiente de trabalho (art. 121), agravara-se essencialmente o trato junto às pessoas com deficiência. Em seu art. 110, mantinha-se a suspensão de direitos políticos por conta da incapacidade, mas, naquela oportunidade, deixa o legislador de se referir ao critério *físico*, o que poderia ser encarado como um sinal de distanciamento dos postulados eugênicos, senão vejamos: “Art 110 – Suspendem-se os direitos políticos: a) por incapacidade civil absoluta; b) pela condenação criminal, enquanto durarem os seus efeitos”. Ocorre que, em seu art. 145, volta a se amparar no critério físico como condição para se acessar determinados direitos. O dispositivo estabeleceu, portanto, que a “lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do País”, o que demonstrava, segundo Poletti (2012, p. 35), uma espécie de preocupação higiênica e étnica.

No entanto, quando nos deparamos com o título denominado de “Da Ordem Econômica e Social”, inaugurado a partir do art. 115, a

pessoa com deficiência parece-nos lembrada, ainda que implicitamente, como destinatária merecedora da tutela estatal. No art. 138, alínea *a*, elas se podiam ver abarcadas no âmbito do termo “desvalidos”. Esse, aliás, era mais um daqueles termos genéricos que poderiam corresponder a *deficiências*, mas também a idosos ou a pessoas com doenças graves, entre outras circunstâncias para exclusão social por características físicas. Desse modo, o dispositivo incumbia os entes da federação, com a criação de serviços especializados e animando os serviços sociais, ao amparo de tais pessoas.

Se ainda pudessem restar dúvidas de que a situação se agravava, é justamente nessa Constituição que, de maneira única na história das constituições brasileiras, faz-se referência explícita a uma “educação eugênica”, buscando-se a sistematização de uma *consciência eugênica* no país: “Art. 138 – Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] b) estimular a educação eugênica;”. Tal previsão nada mais era do que uma consequência clara da *mentalidade* de seu tempo, da disseminação de teses (ditas) científicas defendidas nos mais diversos círculos sociais do Brasil. A intenção do legislador era a de procurar evitar a reprodução entre pessoas que estivessem fora do padrão estético convencionalmente socialmente (ROCHA, 2014, p. 6).

### 2.3 A Constituição de 1937

Tendo-se por superada aquela espécie de comparação entre *incapazes* fisicamente e *infratores*, a Constituição de 1937, felizmente, acabou não repetindo a mesma defesa explícita da eugenia, tal como presente em sua antecessora. Ocorre que, uma vez mais, se observavam problemas de conteúdo essencialmente discriminatório e preconceituoso.

No capítulo da “organização nacional” estabelecia-se a competência privativa da União para “fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude” (art. 15, inciso IX). Já no capítulo atinente à educação e à cultura, reforçando-se o ideal de *utilidade*, colocava-se como requisito indispensável para autorização ou reconhecimento da escola a previsão de “educação física” e de “trabalhos manuais” (art. 131). E mais: intencionando-se preparar as pessoas ao cumprimento dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação, incentivava-se o “adestramento físico” (art. 132). Essas, aliás, eram algumas das consequências da rápida transformação econômica do país. Em poucas décadas, a nação brasileira já não era mais de maioria rural, mas urbana, devido a um acelerado processo de industrialização (BONAVIDES; ANDRADE, 1988, p. 346).

Interessante perceber que, segundo Hughes (2005, p. 80-83), as pessoas com deficiência têm sido vistas juridicamente como *dóceis* ou *adestráveis*. Pautando-se em Michel Foucault, Hughes afirma que historicamente a Medicina e a Educação construíram as identidades dessas pessoas não efetivamente como cidadãos, mas controlando seus corpos e seus comportamentos para que fossem obedientes àqueles coletivamente vistos como “normais”. O adestramento físico, assim, foi parte de um sistema mais amplo de controle social para que se vissem como pessoas sem autonomia nem capacidade de decisão sobre suas próprias vidas.

A educação do *Estado Novo* voltava-se dedicadamente ao trabalho, à preocupação com o corpo útil, com as demandas do mercado, além do que, a “invalidez”, parcial ou permanente, não resultava, como se debateria hoje em dia, em ações afirmativas. Por outro lado, pensava-se em vantagens financeiras, tais como a aposentadoria ou a reforma (art. 156, alíneas *e e f*), que poderiam compensar a incapacidade para o trabalho. Pela primeira vez, surgiu uma previsão constitucional da assistência social por meio de associações de trabalhadores e sindicatos (especialmente nos arts. 57 e 61). Com as novas regras há um aumento da participação do sindicalismo na vida social nacional.

Nesse contexto, as pessoas com deficiência acabavam vistas não como força de trabalho, mas como seres sem *utilidade*, *improdutivas*, ou *fardos* que apareciam no cotidiano nacional, segundo se abstrai da própria normatividade, apenas como destinatárias de *ajuda* ou de assistência social. E não era assim por algum tipo de maldade, mas pela visão social de mundo que pautava as políticas públicas e a formação cultural do povo brasileiro naquele dado momento histórico.

Entre os anos de 1930-50, de acordo com Lorentz (2006, p. 89), houve uma busca pela homogeneização da ideia de “povo”, geralmente confundida com a de “nação”. Aqueles que não correspondessem à visão hegemônica, como as pessoas com deficiência, seriam isoladas do convívio social. Essa tese, ainda segundo a autora, pode ainda ser ressaltada pela presença, em diversos códigos civis promulgados durante a primeira metade do século XX, tanto em países americanos quanto nos europeus, da exigência da “forma humana”, do ingrediente estético, como condição para que o nascituro fosse encarado como detentor de personalidade jurídica.

## 2.4 A Constituição de 1946

Nessa sucessão de normas jurídicas praticamente indiferentes ao estabelecimento de mecanismos efetivos de proteção dos direitos das pessoas com deficiência, o surgimento da Constituição de 1946 – que nos seja permitida certa dose de ironia – não *decepciona*. Apesar de surgir

imediatamente após a Segunda Grande Guerra, tendo conhecimento dos traumas provocados pela instrumentalização das teses de matiz eugênicas, ela dá continuidade à dificuldade do país em enxergar e dar guarida a grupos historicamente vulnerabilizados.

Em seu art. 129, inciso IV, por exemplo, para que portugueses pudessem ser naturalizados, uma das condições impostas era a prova da “sanidade física”. No mesmo ano, havia se estabelecido ainda a Lei Orgânica do Ensino Normal (Decreto-Lei n. 8.530 de 1946), que em seu art. 18, alínea *b*, previa que para a admissão ao curso de quaisquer dos ciclos de ensino normal, seriam exigidas do candidato, dentre outros requisitos, a “sanidade física e mental”. Em 1949 a Lei n. 818, em seu art. 8º, alínea VII, reforçou a exigência da “sanidade física” como condição para naturalização, exceto se o estrangeiro residisse no país há mais de um ano. Esses últimos diplomas normativos, importa-nos frisar, ainda em vigência.

Ademais, a Constituição previa que não seria apenas em caso de aposentadoria que haveria assistência social, mas a saúde também seria objeto de tutela estatal quando diante de vítimas de doenças e para quem sofresse por invalidez (art. 157, inciso VXI), desde que, é claro, essas pessoas já tivessem se mostrado úteis ao mercado, ou seja, tivessem estado na condição de *trabalhador*. As construções dos dispositivos manifestam o paternalismo que predominou durante décadas diante das pessoas com deficiência. As categorias jurídicas pertinentes a deficiências, apenas nos últimos dez anos, deixaram de vir sob a categoria “invalidez”, que simboliza o indivíduo como um *inútil*, e não apenas alguém com limitações para atividades do cotidiano.

Valendo-se dessa Constituição, o Estado brasileiro deveria realizar todos os esforços possíveis no sentido de “elevar material, física, moral e intelectualmente o homem” (BALEEIRO; LIMA SOBRINHO, 2012, p. 13). A ideia de hierarquização, de escalonamento, de superioridade por critérios físicos, sobretudo, continuava implicitamente presente na normatização constitucional e, de certa forma, explicitamente prescrita na legislação infraconstitucional. Convivia-se flagrantemente com a disseminação da perspectiva eugênica nos programas de diversas escolas do país (ROCHA, 2010). Embora o legislador constitucional não tenha previsto a questão eugênica tão explicitamente como em 1934, não seria nenhum absurdo dizermos que o ápice desse movimento sociopolítico-jurídico tenha se dado, sem alardes, justamente no período de vigência da Constituição de 1946.

## 2.5 A Constituição de 1967

Sua entrada em vigência se deu justamente durante o curso de um dos mais acentuados governos autoritários da história do país, o que, obviamente, não nos animou na tentativa de encontrar grandes mudanças na perspectiva eugênica até então adotada. No ano seguinte era editado, pelo então presidente, general Artur da Costa e Silva, o Ato Institucional n. 5, sustentando uma série de direitos e garantias fundamentais. Como sabemos, a defesa da força física é característica típica desse tipo de regime, que não aceitaria de bom grado ideais de igualdade plena para todos.

Nesse passo, a Constituição de 1967, emendada severamente em 1969, manteve de sua antecessora, por exemplo, o critério eugênico da “sanidade física” para a naturalização de estrangeiros (art. 140, inciso II, alínea *b*, item 3). Manteve-se ainda a preocupação com a aposentadoria por invalidez (especialmente no art. 101, inciso I, alínea *b*), o que não seria de todo ruim, não fosse seu único interesse o de *compensar* aos que já haviam se mostrado úteis aos propósitos mercadológicos estatais.

Esse, aliás, é um período *sui generis* de nossa história constitucional. É, de certo modo, até compreensível que os governos militares que se revezavam no poder, mesmo no trato com as questões sociais, primassem pelo empoderamento do indivíduo *perfeito*, daquele com condições de combate, de servir à causa militarista, de produzir dois ingredientes considerados indispensáveis à respeitabilidade do país: segurança e crescimento econômico. Ou seja, as pessoas com deficiência, pela *mentalidade* então em voga, de que não poderiam oferecer nem uma coisa nem outra, seriam naturalmente relegadas à própria sorte. E, no geral, foi o que, ao longo da história constitucional republicana que nos antecede, acabou acontecendo.

É possível, portanto, no âmbito do que nos propusemos investigar, encontrar uma linha histórica comum entre as constituições brasileiras republicanas e o histórico isolamento social das pessoas com deficiência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afirmamos no início, nossa sucinta investigação não esteve comprometida com o esgotamento do assunto, tampouco com o oferecimento de *verdades* ou fórmulas irrefutáveis. É sempre conveniente destacar que transitamos pelo arenoso terreno das interpretações, um ambiente passível, portanto, de significativas variações a depender das perspectivas adotadas. Também não nos interessou, importa-nos frisar, apontar responsáveis ou *culpados* pela adoção dos postulados eugênicos em nossa legislação. A produção dos legisladores constituintes é fruto da



*mentalidade* com a qual eles dialogam no período em que vivem. Portanto, não são fruto do mero acaso ou de uma vontade isolada.

A construção histórica dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil é um processo que, para ser bem conhecido e compreendido, precisa passar por múltiplas perspectivas sociais e jurídicas. Escavando as reminiscências de nosso país, apesar de constatarmos que o governo se contrapôs ao regime nazista na Segunda Grande Guerra, havia interessantes convergências na tentativa de implementação de determinadas políticas públicas. Como vimos, parte considerável dos postulados eugênicos defendidos com furor por Adolf Hitler chegaram, depois de adaptados a nossa realidade, a ecoar com algum entusiasmo em *terrae brasilis*.

O fato é que, no início, quando não era a completa indiferença o que prevalecia, não se produziam mais do que normas de *controle* ou de certa *compensação* para as pessoas com deficiência que já haviam sido úteis aos interesses estatais. Isso mudou paulatinamente para políticas de integração, mas não propriamente com participação social. Tais pessoas eram cidadãos e cidadãs sem direitos plenamente reconhecidos e, portanto, conviviam com uma espécie de aparente cidadania. Embora reconhecidos jurídico-constitucionalmente, ainda hoje esbarram em dificuldades de acesso à educação formal e ao mercado de trabalho.

Pessoas com deficiências, sejam físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, enfrentam até hoje as consequências de um histórico processo constitucional de discriminação e de preconceito, que praticamente as *invisibilizou* diante dos mecanismos estatais de acesso pleno a direitos e garantias fundamentais, que eram disponibilizados sem pudor aos *bem nascidos*. É disso, portanto, que nos propusemos a discorrer, uma vez que, ao menos no ambiente jurídico-acadêmico, a produção a respeito é ainda muito tímida. É como se a defesa da eugenia, por conta dos nomes proeminentes que a envolveu, fosse uma daquelas feridas destinadas à cura sem que delas precisássemos nos ocupar.

## REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras* – Vol. II – 1891. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras* – Vol. V – 1946. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1988.

GALTON, Francis. *Herencia y eugenesia*. Trad. R. A. Peález. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

HUGHES, Bill. What can a foucauldian analysis contribute to disability theory?. In: TREMAIN, Shelley (Org.). *Foucault and the government of disability*. Chicago: University of Michigan Press, 2005.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. Trad. Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

POLETTI, Reinaldo. *Constituições brasileiras – Vol. III – 1934*. Brasília: Senado Federal, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à política científica ou os fundamentos da ciência positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1924.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil – subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituições*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/principal.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Un viaje por la historia del derecho*. Buenos Aires: Quorum, 2007.

ROCHA, Celia A. *A re-significação da eugenia na educação entre 1946 e 1970: um estudo sobre a construção do discurso eugênico na formação docente*. Tese de Doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal de Minas Gerais, 2010.

ROCHA, Simone. Educação eugênica na constituição brasileira de 1934. *Revista ANPED SUL*, Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, out. 2014.

Recebido em: 24.07.2017

Aceito em: 10.11.2018

# ANOS DE VIDA PENALMENTE PERDIDOS E O CUSTO ECONÔMICO-SOCIAL EFETIVO DOS PRESOS NO SUDOESTE DO ESTADO DO PARANÁ

## YEARS OF PRISON LIFE LOST AND THE EFFECTIVE ECONOMIC-SOCIAL COST OF PRISONERS IN PARANA STATE

Elmer da Silva Marques<sup>1</sup>

Wilkinson Fabiano de Oliveira Arruda<sup>II</sup>

Lirane Elize Defante Ferreto de Almeida<sup>III</sup>

<sup>1</sup> Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Francisco Beltrão, PR, Brasil. (Doutor em Direito). E-mail: emaildoelmer@yahoo.com.br

<sup>II</sup> Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Gestão e Desenvolvimento Regional pela UNIOESTE, Francisco Beltrão, PR, Brasil. E-mail: fabiano.oarruda@gmail.com

<sup>III</sup> Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), Programa de Pós-Graduação em Gestão e Desenvolvimento Regional e do Programa Pós-Graduação em Ciências Aplicadas a Saúde da UNIOESTE, Francisco Beltrão, PR, Brasil. (Doutora em Saúde Coletiva). E-mail: liraneferreto@uol.com.br

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Revisão de Literatura. 2 Metodologia. 3 Apresentação e análise dos resultados. 3.1 Anos de vida penalmente perdidos. 3.2 Custo de manutenção dos presos do Sudoeste do Paraná. 3.3 Custo econômico-social efetivo dos presos do Sudoeste Paranaense. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo calcular os Anos de Vida Penalmente Perdidos e o Custo Econômico-social Efetivo de presos do sistema penitenciário paranaense. Para tanto, o Custo Econômico-social Efetivo foi considerado como a soma do custo de manutenção (econômico-financeiro) e do custo dos Anos de Vida Penalmente Perdidos (econômico-social), cujo valor foi obtido a partir de uma adaptação do estudo americano dos Anos de Vida Potencialmente Perdidos. Os dados foram obtidos junto ao Departamento Penitenciário do Estado do Paraná e, para permitir o cálculo, foi necessário acessar o prontuário individual de cada um dos 1.161 presos do Sistema Penitenciário do Sudoeste paranaense. O estudo, portanto, é quantitativo e permitiu chegar ao resultado do Custo Econômico-social Efetivo de R\$ 304.467.003,25 (trezentos e quatro milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil e três reais e vinte e cinco centavos), quando considerado como base de cálculo o salário-mínimo regional, e de R\$ 252.139.504,81 (duzentos e cinquenta e dois milhões, cento e trinta e nove mil, quinhentos e quatro reais e oitenta e um centavos), quando considerado como base de cálculo a renda média per capita paranaense.

**Palavras-chave:** Anos de Vida Penalmente Perdidos. Custo Econômico-social Efetivo. Sistema Penitenciário do Paraná.

**Abstract:** The objective of this study is to calculate the Years of Prison Life Lost and the Effective Economic-Social Cost of prisoners of the Paraná penitentiary system. Therefore, the Effective Economic-Social Cost was considered as the sum of the cost of maintenance (economic-financial) and the cost of Years of Prison Life Lost (economic-social), whose value was obtained from an adaptation of the American study of Years of Potential Life

Lost (YPLL). The data were obtained from the Penitentiary Department of the Paraná State and, in order to allow the calculation, it was necessary to access the individual files of each one of the 1,161 inmates of the Paraná State Southwest Penitentiary System. The study, therefore, is quantitative and allowed to reach the result of the Effective Economic-Social Cost of R\$ 304,467,003.25 (three hundred and four million, four hundred and sixty seven thousand and three Brazilian Reais and twenty five cents), when considered as the basis for calculation the regional minimum wage, and two hundred and fifty-two million, one hundred and thirty-nine thousand, five hundred and four Brazilian Reais and eighty-one cents (R\$ 252,139,504.81), when considered as the basis for calculation the average per capita income in Paraná State.

**Keywords:** Years of Prison Life Lost. Effective Economic-social Cost. Penitentiary System of Paraná State.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Estudos têm sido desenvolvidos no sentido de identificar os custos da política de encarceramento do Brasil, pois segundo o Conselho Nacional de Justiça (2017), o Brasil tem 654.372 presos em todo o sistema carcerário, gerando superlotação.

Nessa senda, há diversos estudos sobre o custo econômico elevado de manutenção de presos no sistema penitenciário, sobre as dificuldades na ressocialização dos detentos, sobre a presença do crime organizado dentro dos presídios, entre outros fatores (REAGAN, 2017; BITTENCOURT; BATAIOLI, 2014; BOITEUX; PADUA, 2012; SÁ, 2017).

Entretantes, o objeto do presente estudo é unir a perspectiva dos anos perdidos com a do encarceramento, buscando estabelecer uma correlação entre o cálculo dos anos potenciais de vida perdidos e o tempo de prisão dos detentos em idade economicamente ativa, de modo a identificar o quanto esses presos, em regime fechado, deixam de produzir para a economia de um país por estarem cumprindo uma pena em regime fechado.

A informação torna-se importante para que se possa mensurar como os anos passados no sistema penitenciário por uma pessoa impactam a economia, tanto pelo custo de manutenção do preso no sistema penitenciário, como pelo que o apenado deixa de produzir para a economia local por estar impossibilitado de trabalhar.

Não se busca, a título de esclarecimento, o custo social dos crimes praticados pelos apenados, pois esse enfoque seria totalmente distinto do que se busca no presente estudo, embora se reconheça que essa abordagem também seja importante.

Inobstante, faz-se imprescindível quantificar o custo econômico-social da subtração dos anos de vida produtiva dos presos a fim de perceber se os investimentos em políticas públicas de fomento à prevenção de crimes, à inclusão social e à prevenção, dentre outras, têm sido efetivamente proporcionais aos custos econômico-sociais decorrentes da política de encarceramento brasileira.

Este estudo busca encontrar o que se convencionou chamar de custo econômico-social efetivo dos presos, que foi elaborado a partir do cálculo dos anos potenciais de vida perdidos em razão da mortalidade precoce decorrente de doenças ou acidentes invalidantes, os quais têm um efeito desastroso no custo do sistema previdenciário, índice já consolidado na literatura.

Cabe destacar que, quando se abordam os anos não produtivos dos presos em idade economicamente ativa, não estão sendo analisados apenas anos “potenciais”, mas anos efetivamente perdidos, pois se em casos de mortalidade precoce se faz necessário levar em consideração uma probabilidade de expectativa de vida, no caso dos encarcerados não se trata de uma mera possibilidade, mas sim de uma realidade.

Dessa forma, para que se possam unir os dois tipos de estudo, relativamente à política de encarceramento do Brasil e as consequências na retirada de potenciais trabalhadores do mercado de trabalho e, por conseguinte, da economia, faz-se necessário adaptar o cálculo dos anos potenciais de vida perdidos para os Anos de Vida Penalmente Perdidos, buscando aferir o impacto econômico-social dos anos em que pessoas em idade economicamente ativa deixam de produzir para a economia de um local, em razão da suspensão de suas atividades normais por algum fator inesperado, no caso específico do presente estudo, em razão de estar submetida a alguma medida de restrição total da liberdade, ou seja, prisão em regime fechado.

Afinal a relação entre a violência e o desenvolvimento é muito forte e criminalidade e violência são temas multidisciplinares, que há bastante tempo deixaram de ser fenômenos estudados unicamente no campo jurídico (AMIN, 2011; FRANÇA, 2012).

## 1 REVISÃO DE LITERATURA

Segundo Rolim e Martin (2016), o Brasil atingiu em 2014 o *status* de terceira maior população carcerária do mundo e isso se deve, possivelmente, em alta conta a uma política criminal de tolerância zero, alinhada com o padrão punitivo inspirado no modelo norte-americano, levando a um aumento de 400% no número de presos nos últimos 20 anos.

Porém, conforme alertam Western e Pettit (2010), os custos do encarceramento vão muito além das estruturas prisionais, há um efeito social danoso que precisa ser mensurado. O impacto vai para além dos condenados, atingindo suas famílias e toda a sociedade e gerando problemas econômicos que perduram por gerações e mais gerações.

Por essa razão, a análise da problemática não pode se resumir apenas ao custo de manutenção do apenado no sistema prisional, que seria o impacto apenas econômico-financeiro, mas abranger o custo econômico-social efetivo, ou seja, o somatório do custo econômico-financeiro com o impacto econômico-social.

A título de exemplo, mesmo em casos de aplicação de pena de morte, que aparentemente reduziria o impacto econômico-financeiro de manutenção do apenado no sistema prisional, o custo econômico é alto e os estudos revelam que não é possível mensurar com precisão a eficiência econômica da sua aplicação e que os seus custos estão subestimados (COLLINS et al, 2016; PETTUS-DAVIS et al, 2017).

No Brasil, a Constituição Federal veda tanto a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, a pena de prisão perpétua, pena de banimento, pena de trabalhos forçados e qualquer outra que seja considerada cruel (CF, art. 5º, XLVII). E, como corolário do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, em tese, os presos deveriam ter tratamento digno e a pena deveria possuir uma função ressocializadora, como fruto de uma política pública séria, com ações governamentais que busquem concretizar esse efeito.

Mas, de fato, considerando que a questão penitenciária também é uma política de segurança pública, nessa área a falta de investimentos em geral é notória e obstaculiza o desenvolvimento de um trabalho eficaz que produza bons reflexos sociais (WEIS, 2015; FRANÇA, 2012).

O encarceramento exacerbado, causado pelo recrudescimento das penas, não minimiza as crises e conflitos sociais, mesmo os penais, perdendo sua razão de ser, servindo como mero fator de isolamento social, vigilância e punição do apenado, inviabilizando a tão buscada ressocialização, notadamente nas delegacias, que são locais inapropriados a esse propósito (ROLIM; MARTIN, 2016).

Na prática, no Brasil como um todo, existe uma tendência de buscar solucionar conflitos sociais com o Direito Penal, naquilo que os estudiosos chamam de Direito Penal simbólico, um mecanismo que, longe de resolver os problemas sociais causais e consequenciais do crime, preocupa-se apenas em oferecer uma resposta simbólica à sociedade, que na maioria das vezes não terá nenhum efeito prático (ZAFFARONI, 2011; GIACOMOLLI; ANDRADE, 2017).

Assim, a política de aprisionamento exsurge como fórmula mágica de solução da violência, apesar de já existirem outras penas alternativas com custo inferior à prisão no regime fechado, notadamente para crimes sem violência.

Desta feita, na busca de identificar o impacto dessa política de encarceramento aos cofres públicos, que leve em conta o tempo que o indivíduo permanece preso e deixa de contribuir economicamente, buscou-se desenvolver um indicador que pudesse mensurar esse custo econômico.

Desde a década de 1980, estudo sobre os Anos Potenciais de Vida Perdidos, ou *Years of Potential Life Lost (YPLL)*, cujo conceito é estimar o tempo médio que uma pessoa teria vivido se não morresse prematuramente, apontando o liame entre as causas e as consequências sociais e econômicas em cada país na sua respectiva realidade, com fulcro a demonstrar a necessidade de ações e investimentos em prevenção (CDC, 1990; GARDNER; SANBORN, 1990).

Embora uma boa parte dos estudos se dirija à relação de doenças com a mortalidade precoce (NELSON et al, 2013; LESSA, 2002), há estudos que buscam outras causas, como acidentes, uso de drogas entre outros (BERNADA et al, 2013; DARKE et al, 2016; SMYTH et al, 2007), sempre com o intuito de definir o impacto econômico-social dos anos de vida potencialmente produtiva subtraídos em razão de algum evento que retira a expectativa normal de vida de um indivíduo e antecipa o que seria considerada uma morte normal ou esperada.

Nesse norte, pode-se identificar se o modelo de gestão penitenciária tem sido o mais adequado, em um primeiro momento, para o Sudoeste do Paraná e, ao depois, em um contexto mais abrangente, tendo por foco uma gestão pública mais eficiente, que atenda aos anseios populacionais (BULOS, 1998).

## 2 METODOLOGIA

A abordagem do presente estudo é a quantitativa, a qual se caracteriza pelo uso de técnicas estatísticas, mesmo que as mais simples, para o tratamento preciso dos dados. É ainda descritivo transversal, na medida em que se busca analisar um determinado fenômeno a partir da obtenção de dados registrados no Sistema Penitenciário do Estado do Paraná, em um determinado momento, e interpretá-los sem a interferência do pesquisador (RICHARDSON et al, 2007; BARROS; LEHFELD 2007).

Partiu-se inicialmente dos conceitos de anos potenciais de vida perdida abordados por Roemer e McWhinnie (1977) e adaptados por Lessa (2002). Depois, foi necessária uma nova adaptação, com fulcro a

aferir não os anos perdidos em razão da mortalidade precoce, mas os não produtivos em razão do aprisionamento de pessoas que cometeram algum crime, ou seja, os Anos de Vida Penalmente Perdidos.

Os conceitos populacionais utilizados para a definição da população adotada nesta pesquisa, seguem o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para o qual a população economicamente ativa é abrangida pela mão de obra em potencial para o setor produtivo, considerando atualmente os maiores de 15 anos (IBGE, 2016).

Entretantes, em razão do objetivo do presente trabalho, o corte inferior precisou ser ajustado a 18 anos, que é a idade mínima para a aplicação de sanções penais, de acordo com a Constituição Federal, e o corte superior foi estabelecido em 65 anos (BRASIL, 1988; IBGE, 2016).

O corte superior, porém, teve que ser efetivado com muito cuidado, pois mesmo que o preso esteja hoje com 70 anos, por exemplo, se estiver preso há 10 anos, permaneceu durante cinco anos dentro do corte temporal metodologicamente estabelecido. Dessarte, não se poderia desconsiderar todos os seus 10 anos de prisão, mas apenas o tempo de aprisionamento posterior à idade de corte superior.

Os dados secundários foram obtidos junto ao Departamento Penitenciário do Estado do Paraná (DEPEN). Desse modo, para delimitar o objeto da presente pesquisa, a população foi estabelecida de modo não estatístico, compondo-se do total de 1.161 presos do Sudoeste paranaense, os quais estavam aprisionados na Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão, em 29 de agosto de 2017, todos homens, uma vez que o referido complexo penal não possui celas femininas (PARANÁ, 2017).

As informações foram extraídas diretamente dos prontuários individuais dos detentos, sendo suprimidos, em razão da privacidade, seus nomes e considerados os seguintes dados: data de nascimento (idade), sexo, data de entrada (na penitenciária), local de cumprimento de pena e nacionalidade.

Do total de presos, 14 são maiores de 65 anos, mas apenas cinco deles não possuem Anos de Vida Penalmente Perdidos, ou seja, todo o tempo de pena foi iniciado após completarem 66 anos. Desse modo, os cinco não precisaram ser retirados do cálculo, mas o período penalmente perdido de cada um deles foi considerado equivalente a zero.

O mesmo procedimento foi adotado em relação aos quatro estrangeiros presos no Sudoeste paranaense, um argentino e três paraguaios, de modo que, embora não tenham sido retirados da população, pelas mesmas razões retrocitadas, o tempo de anos penalmente perdidos foi considerado igual a zero, em razão da grande possibilidade de, caso estivessem em liberdade, estarem contribuindo para a economia de seus próprios países.



Desse modo, foi possível contabilizar, tendo por termo inicial a data de entrada no sistema prisional e por termo final a data de extração dos dados, que foi o corte temporal, o número total dos anos em que o detento permaneceu afastado do mercado de trabalho em razão da aplicação da sanção penal de prisão em regime fechado, com as exceções relativamente a estrangeiros e idosos já mencionada.

O valor de base inicial para a conversão dos Anos de Vida Penalmente Perdidos em moeda corrente foi o menor valor do salário mínimo regional do estado do Paraná, que na data da realização deste estudo, era de R\$ 1.223,20. Desse modo, os anos de pena já cumpridos, com os cortes já postos, foram convertidos em meses e em seguida multiplicados pelo salário mínimo regional, chegando-se ao valor em reais do impacto econômico dos Anos de Vida Penalmente Perdidos.

A escolha do menor salário mínimo regional se deu em razão de ser um valor médio, o que compensa o descompasso entre aqueles que receberiam, na prática, valores inferiores, até mesmo em decorrência da informalidade e da crise econômica, e aqueles que receberiam valores superiores.

Inobstante, também se optou, no cálculo, para fins de conversão dos Anos de Vida Penalmente Perdidos em moeda corrente, na utilização do rendimento médio por domicílio paranaense, que é de R\$ 1.398,00, segundo o IBGE (2016). Porém, foi necessário estabelecer uma individualização da contribuição de apenas uma pessoa, sendo então efetuada a divisão do rendimento médio mensal por domicílio pelo número médio de moradores no domicílio, que, para o Paraná, pelo censo do IBGE (2010) é de 3,2. Nesse viés, o impacto médio mensal do aprisionamento de um membro da família seria de no mínimo R\$ 436,88.

Esse valor pode indicar, entretanto, uma subestimação no custo econômico-social efetivo, já que o peso das rendas de cada indivíduo no rendimento médio mensal familiar é muito variável e inconstante, dependendo de diversas variáveis. Ademais, em muitas vezes os moradores de um domicílio se compõem também de pessoas em idade não economicamente ativa, em regra filhos, que não contribuem para o rendimento médio domiciliar. Desse modo, quando se opta por dividir o valor do rendimento médio mensal pelo número médio de moradores do domicílio, o valor médio possui uma grande probabilidade de estar subdimensionado, porém apresenta um valor de impacto mínimo no rendimento das famílias.

Também se levantou que o valor médio de manutenção de cada preso no Estado do Paraná hoje, segundo o DEPEN (2017), é de R\$ 3.330,00. Outrossim, foi possível calcular o quanto o Estado gasta com as despesas de manutenção dos 1.161 presos da Penitenciária Estadual

de Francisco Beltrão, a totalidade do sistema prisional do Departamento Penitenciário do Estado do Paraná no Sudoeste paranaense.

Assim, para calcular o custo econômico-social efetivo, foi considerado o custo de manutenção (econômico-financeiro) e também o custo dos Anos de Vida Penalmente Perdidos (econômico-social), cujo período considerado foi delimitado ao tempo de pena em que os presos estiveram em idade economicamente ativa, ou seja, no momento em que o apenado completou 66 anos, os Anos Penalmente Perdidos não foram mais contabilizados, mas o tempo anterior de pena foi considerado, conforme a fórmula abaixo.

$$C_{PEA} = (R_p + C_e) \cdot t$$

Onde:

CPEA = Custo Econômico-social efetivo dos presos em idade economicamente ativa

R<sub>p</sub> = Rendimento mensal do preso (salário mínimo regional ou renda média per capita)

C<sub>e</sub> = Custo de manutenção de cada preso

t = tempo (em meses) de prisão em idade economicamente ativa

Por outro lado, para o tempo de cumprimento de pena após completar 66 anos, foram considerados apenas os custos de manutenção, considerando que o apenado nessa idade deixaria de contribuir significativamente com a economia, mas continua a gerar custos de manutenção para o Sistema Prisional. Nesse cálculo, também foram incluídos os estrangeiros. O cálculo foi elaborado conforme a fórmula a seguir.

$$C_{NEA} = C_E \cdot t$$

Onde:

CNEA = Custo Econômico-financeiro dos presos idade não economicamente ativa e dos estrangeiros

C<sub>e</sub> = Custo de manutenção de cada preso no sistema penitenciário

t = tempo (em meses) de prisão em idade não economicamente ativa

A limitação ao regime fechado se deu porque nos regimes aberto e semiaberto, que são os demais regimes prisionais adotados no Brasil, não há impedimento à realização de atividade laboral por parte do condenado (BRASIL, 1984) e, caso considerados esses regimes prisionais, o intento do presente trabalho não seria corretamente alcançado.

O corte temporal foi necessário em razão da dinâmica dos eventos processuais penais, pois a cada dia a realidade pode ser modificada, com a entrada e a saída de pessoas no sistema prisional, novas condenações ou absolvições, regressões e progressões de regime de cumprimento de pena, livramentos condicionais, entre outras. Nesse diapasão, o corte foi estabelecido em 29 de agosto de 2017, passando-se ao cálculo dos dados em seguida.

Para o cálculo dos Anos de Vida Penalmente Perdidos foi utilizada uma planilha eletrônica, onde foram inseridos os dados de todos os presos do Sudoeste paranaense, verificando inicialmente a idade, calculada de acordo com a data de nascimento e o corte temporal. Depois, foi verificada a data de entrada na penitenciária como termo inicial e o dia 29 de agosto de 2017, data da extração dos dados, como termo final, para calcular o tempo de aprisionamento de cada um dos apenados.

O tempo de aprisionamento foi convertido em meses para facilitar o somatório final, chegando-se ao total de tempo de Anos de Vida Penalmente Perdidos para cada um dos apenados em idade economicamente ativa, ao custo de manutenção deles e, por fim, ao Custo Econômico-social Efetivo de todos os presos. O cálculo foi elaborado conforme a fórmula abaixo.

$$CET = \sum_{i=1}^n C_{PEA} + \sum_{i=1}^z C_{NEA}$$

Onde:

CET = Custo Econômico-social Efetivo Total dos presos

n = Número de presos em idade economicamente ativa

CPEA = Custo Econômico-social Efetivo dos presos em idade economicamente ativa

z = Número de presos em idade não economicamente ativa

CNEA = Custo Econômico-financeiro dos presos em idade não economicamente ativa

Também foi produzida uma análise descritiva dos dados referente à caracterização da amostra pesquisada.

### 3 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

A Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão possuía, na data do corte temporal, 29 de agosto de 2017, 1.161 presos, todos homens, sendo 409 autodeclarados pardos, o que corresponde a 35,23% do total de

presos, 697 brancos, correspondendo a 60,03% dos apenados, 51 negros, que equivale a 4,39% e quatro, 0,34%, sem declaração de etnia.

Esses dados demonstram que o total de presos que se declaram negros e pardos no Sudoeste paranaense equivale a cerca de 40%, ao passo que a média nacional de negros e pardos no sistema prisional é de 67% (MJ-INFOPEN, 2014), havendo uma intensa divergência a se justificar pelo histórico de colonização do Sul do Brasil, formado majoritariamente por europeus.

Do mesmo total, observa-se que entre as faixas etárias há certo equilíbrio na distribuição dos presos do Sudoeste paranaense. A escolha da distribuição das faixas etárias se deu em conformidade com o relatório MJ-INFOPEN (2014), para permitir a comparação.

Tabela 1 – Distribuição por faixa etária dos presos da Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão, Paraná, Brasil, 2017.

<b>Faixa etária</b>	<b>Número de presos</b>	<b>Percentual de presos</b>
Até 24 anos	246	21,19%
De 25 a 29 anos	275	23,69%
De 30 a 34 anos	241	20,76%
De 35 a 45 anos	273	23,51%
De 46 a 60 anos	102	8,79%
A partir de 61 anos	24	2,07%
Total	1161	100%

Fonte: Dados da pesquisa, 2017.

A média de idade dos presos do Sudoeste paranaense é de aproximadamente 31 anos, com um desvio-padrão de 10,04, portanto uma média de idade muito jovem, o que clarifica ainda mais o grande impacto na redução da força de trabalho para a economia. Mas a sua distribuição é bem uniforme entre os 18 e os 45 anos, variando entre os percentuais de 20,76% a 23,69%, ao passo que no âmbito nacional (INFOPEN, 2014), essa variação é de 17% a 31%.

Essa divergência passa a ser mais bem compreendida quando analisamos as faixas etárias separadamente. Se a maior concentração de presos no Sudoeste paranaense se encontra entre os 25 e 29 anos (23,69%), no âmbito nacional o percentual de detentos nesse faixa etária é de 25%.

No âmbito nacional o maior percentual de presos se encontra na faixa etária dos 18 aos 24 anos (31%), ao passo que essa mesma faixa etária no Sudoeste do Paraná corresponde a 21,19%. Já na faixa dos 35 a 45 anos, se encontram 23,51% dos presos do Sudoeste do Paraná e no âmbito nacional o número é de apenas 17%.

Na faixa etária de 30 a 34 anos, o Sudoeste paranaense possui 20,76% dos seus presos, ao passo que no âmbito nacional esse percentual é de 19%. Já na faixa dos 46 a 60 anos, 8,79% para o Sudoeste do Paraná e 7% em âmbito nacional. Por último, na faixa etária dos maiores de 61 anos, o Sudoeste paranaense tem 2,07% e no âmbito nacional 1% (INFOPEN, 2014).

Na distribuição dos presos conforme a sua naturalidade, percebe-se que o maior percentual, como já se esperava, é de paranaenses, mas que há estados com uma quantidade importante de apenados que cumprem pena no Sudoeste paranaense. Nesse ponto, o estudo não permite concluir nada sobre as razões de pessoas de outra naturalidade estarem em uma prisão no Sudoeste paranaense, pois é possível que o preso já residisse no Sudoeste do Paraná, mesmo tendo nascido em outro município paranaense, ou até em outros estados ou mesmo no estrangeiro. Portanto, pelas razões indicadas todos os presos brasileiros foram incluídos na presente análise.

Vale dizer que o Paraná possui uma posição geograficamente estratégica, se constituindo em rota para os grandes centros como São Paulo e Rio de Janeiro. Além disso, possui uma fronteira internacional tríplice, que está entre as mais movimentadas do mundo, o que favorece o comércio clandestino de mercadorias lícitas e ilícitas.

Para detalhar melhor, vale dizer que o total de presos de origem paranaense é de 86,30%, ao passo que os naturais de outros estados totalizam 13,35% e estrangeiros 0,34%. Os dois estados que mais se destacam, após o Paraná, no que toca a possuírem naturais de seus territórios cumprindo pena da Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão são Santa Catarina, com 86 presos, correspondendo a 7,41%, e Rio Grande do Sul, com 31 presos, o que equivale a 2,67%.

Essa maior presença de cidadãos naturais dos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul no Sistema Penitenciário do Sudoeste paranaense decorre não apenas da posição geográfica dessa região do Paraná e de sua fronteira com o Estado de Santa Catarina, mas também da própria colonização do Sudoeste do Paraná que se deu predominantemente por gaúchos e catarinenses, os quais possuem intensos laços familiares com essa região do Paraná.

Outro destaque é para os 12 estados que não possuem nenhum de seus naturais cumprindo pena na Penitenciária de Francisco Beltrão, quais sejam Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Pará, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Roraima.

Para permitir o conhecimento dos dados relativamente aos estados de nascimento dos presos, a distribuição foi inserida na Tabela 2:

Tabela 2 – Distribuição dos presos da Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão, Paraná, Brasil, conforme a origem, 2017.

<b>Origem</b>	<b>Subtotal</b>	<b>Percentual (%)</b>
Paraná	1002	86,30%
Acre	01	0,09%
Alagoas	00	0%
Amapá	00	0%
Amazonas	00	0%
Bahia	00	0%
Ceará	01	0,09%
Distrito Federal	00	0%
Espírito Santo	00	0%
Goiás	01	0,09%
Maranhão	00	0%
Mato Grosso	08	0,69%
Mato Grosso do Sul	02	0,17%
Minas Gerais	02	0,17%
Pará	00	0%
Paraíba	01	0,09%
Pernambuco	00	0%
Piauí	00	0%
Rio de Janeiro	01	0,09%
Rio Grande do Norte	00	0%
Rio Grande do Sul	31	2,67%
Rondônia	04	0,34%
Roraima	00	0%
Santa Catarina	86	7,41
São Paulo	10	0,86
Sergipe	01	0,09
Tocantins	06	0,52
Estrangeiros	04	0,34%
Total	1161	100%

Fonte: Dados da pesquisa, 2017.

Apresentados os dados gerais, passemos à análise dos Anos de Vida Penalmente Perdidos.

### 3.1 Anos de vida penalmente perdidos

O cálculo dos Anos de Vida Penalmente Perdidos se baseou no estudo dos Anos de Vida Potencialmente Perdidos de Roemeder e McWhinnie (1977) e adaptados por Lessa (2002). Como os trabalhos citados objetivaram calcular os anos potencialmente perdidos de vida em razão de algumas doenças, acidentes, usuários de drogas etc., conforme diversos autores (CDC, 1990; GARDNER; SANBORN, 1990; NELSON et al, 2013; LESSA, 2002; BERNADA et al, 2013; DARKE et al, 2016; SMYTH et al, 2007), o estudo foi novamente adaptado para aferir os anos efetivamente perdidos dentro da prisão.

Os estudos de Anos de Vida Potencialmente Perdidos consideram, para o cálculo, a expectativa de vida das pessoas, ou seja, os anos que deixaram de ser vividos em razão da mortalidade precoce. Contudo, não se pode afirmar, com certeza, se esses anos seriam efetivamente vividos, por isso são meramente potenciais.

No presente estudo, dos Anos de Vida Penalmente Perdidos, os anos não são apenas potenciais, mas sim anos reais, pois se baseiam nos anos já cumpridos de pena, constituindo-se em um retrato com efeitos pretéritos, ou seja, se analisa a situação atual dos detentos, em conformidade com o tempo de pena por eles já cumpridos.

Não se pode, por evidente, fazer uma análise *pro futuro*, pois há diversas variáveis na execução penal que fogem do controle e da previsibilidade de qualquer pesquisador, tais como progressões de regime de pena, liberdade provisória, indultos, comutações e unificações de pena etc. Desse modo, não se pode afirmar que o detento que está preso hoje permanecerá preso amanhã, ou se alguém que não está preso hoje permanecerá livre amanhã. Portanto, para que se permita uma análise científica dos dados é necessário que se faça um retrato da situação atual e, com base nessas informações, se olhe para o histórico de cada preso.

Nesse diapasão, analisando o prontuário de cada um dos 1.161 presos, nos exatos termos expostos na metodologia, com a aplicação das fórmulas criadas, chegou-se ao total, aproximadamente, de 5.547 Anos de Vida Penalmente Perdidos, que convertidos em meses equivalem a 66.564 meses.

Passando-se ao cálculo, considerando-se o menor valor do Salário Mínimo do Estado do Paraná, que hoje é de R\$ 1.223,20 e multiplicando-se esse valor pelos meses perdidos dos presos brasileiros em idade economicamente ativa e na faixa etária dos 18 aos 66 anos incompletos, na Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão, desconsiderando-se

eventual décimo terceiro salário, obteve-se um valor em moeda corrente, equivalente aos Anos de Vida Penalmente Perdidos, de aproximadamente R\$ 81.408.093,67 (oitenta e um milhões, quatrocentos e oito mil e noventa e três reais e sessenta e sete centavos).

Na mesma senda, ainda para calcular em moeda os Anos de Vida Penalmente Perdidos, buscou-se uma opção diferente do salário-mínimo regional, que pudesse traduzir outra realidade do impacto médio do rendimento do paranaense na própria economia do Paraná. Nesse ponto, adotou-se então o rendimento médio domiciliar paranaense, que segundo o IBGE (2016) é de R\$ 1.398,00 dividido pelo número médio de moradores por domicílio, que no Paraná é de 3,2, ou seja, R\$ 436,88, que foi considerada a renda média per capita paranaense.

Nesse viés, multiplicando-se os meses perdidos pela renda média per capita do Paraná, desconsiderando-se eventual décimo terceiro salário, obteve-se um valor em moeda corrente, equivalente aos Anos de Vida Penalmente Perdidos, de aproximadamente R\$ 29.080.595,23 (vinte e nove milhões, oitenta mil, quinhentos e noventa e cinco reais e vinte e três centavos).

A média dos Anos de Vida Penalmente Perdidos dos presos do Sudoeste paranaense foi de 3,76 anos, com um desvio-padrão de 4,46 anos, considerados apenas os apenados de nacionalidade brasileira e também considerados, em relação aos idosos, apenas o tempo de cumprimento de pena transcorrido até que completassem 66 anos.

### 3.2 Custo de manutenção dos presos do sudoeste paranaense

Além do que deixou de ser produzido para a economia, importante também calcular o custo de manutenção (custo econômico-financeiro) dos 1.161 presos da única Penitenciária Estadual do Sudoeste paranaense. Para tanto, foi considerado o valor médio, informado pelo Departamento Penitenciário do Estado do Paraná, de custo de manutenção de cada detento, que é de aproximadamente R\$ 3.330,00 (três mil, trezentos e trinta reais) por mês (PARANÁ, 2017).

Nessa esteira, foram somados os custos individuais mensais de todos os presos, desta feita incluindo os idosos e estrangeiros, para alcançar o objetivo final do trabalho multiplicados pelos meses de aprisionamento, perfazendo um total de aproximadamente R\$ 225.548.788,80 (duzentos e vinte e cinco milhões, quinhentos e quarenta e oito mil, setecentos e oitenta e oito reais e oitenta centavos).



### 3.3 Custo econômico-social efetivo dos presos do sudoeste paranaense

Como objetivo final do estudo, foi necessário somar o custo de manutenção (econômico-financeiro) e os valores referentes aos Anos de Vida Penalmente Perdidos para se chegar ao Custo Econômico-social Efetivo dos presos do Sudoeste paranaense. Tomando-se por base o salário mínimo regional do Paraná, o Custo Econômico-social Efetivo foi de R\$ 304.467.003,25 (trezentos e quatro milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil e três reais e vinte e cinco centavos).

Doutra banda, tomando-se por base a renda média *per capita* paranaense, o Custo Econômico-social Efetivo dos presos do Sudoeste paranaense foi de R\$ 252.139.504,81 (duzentos e cinquenta e dois milhões, cento e trinta e nove mil, quinhentos e quatro reais e oitenta e um centavos).

Ou seja, a depender do modelo utilizado, pode-se afirmar que o total de apenados do Sudoeste paranaense, em 29 de agosto de 2017, já tinha impactado a economia paranaense em aproximadamente R\$ 304.467.003,25 (trezentos e quatro milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil e três reais e vinte e cinco centavos) ou R\$ 252.139.504,81 (duzentos e cinquenta e dois milhões, cento e trinta e nove mil, quinhentos e quatro reais e oitenta e um centavos).

A título de exemplo do impacto desses valores, os quais se referem exclusivamente à Penitenciária de Francisco Beltrão, todo o orçamento da Polícia Civil do Estado do Paraná no ano de 2017, previsto na Lei Orçamentária Anual foi de R\$ 667.967.791,00. Outrossim, o Custo Econômico-social Efetivo apenas dos presos do Sudoeste paranaense pode chegar a quase 50% de todo o orçamento previsto no ano de 2017 para a Polícia Civil em todo o Estado (PARANÁ, 2017).

Nesse norte, diante da conjuntura político-econômica brasileira, das crises que atingem setores fundamentais como saúde, educação e segurança, vê-se que a política de aprisionamento adotada no modelo penal brasileiro traz impactos econômicos desastrosos, exigindo a utilização de recursos que acabam sendo retirados de setores prioritários.

Convém ainda ressaltar, por oportuno, que 89,15% da população investigada se encontra na faixa etária de 24 a 45 anos, se constituindo essa como uma faixa extremamente importante para a atividade econômica, notadamente quando o Brasil se encontra em uma tendência de envelhecimento da população.

Como informação final, considerando-se o total dos Anos de Vida Penalmente Perdidos e os custos totais envolvidos, foi calculado que o custo médio econômico-social de um preso é de aproximadamente R\$ 54.888,37 (cinquenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e oito reais

e trinta e sete centavos) por ano, tendo por base de cálculo o salário mínimo regional, e R\$ 45.454,93 (quarenta e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e noventa e três centavos) por ano, tendo por base de cálculo a renda média per capita paranaense. Isso sem contabilizar os valores referentes ao benefício assistencial do auxílio-reclusão, pago aos presos inscritos como segurados na Previdência Social brasileira, que não foram considerados em razão da ausência de sua informação nos dados repassados pelo Departamento Penitenciário do Estado do Paraná.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o objetivo da presente pesquisa foi obter dados que refletissem o impacto econômico total da política de encarceramento brasileira no Sudoeste paranaense. Para tanto, foram pesquisados os 1.161 prontuários dos presos do Sudoeste paranaense, aprisionados na Penitenciária Estadual de Francisco Beltrão e feita uma análise essencialmente quantitativa dos dados e do seu reflexo socioeconômico.

Foi analisado o perfil carcerário conforme a faixa etária, etnia e origem, de modo que foi possível identificar que o padrão do apenado no Sudoeste paranaense é bem divergente do perfil nacional, em todos os aspectos analisados. Todavia, reconhece-se como limitação do presente estudo sua abrangência. Seria importante ampliar o estudo para todo o Estado do Paraná, para todo o Brasil e até mesmo para outros países.

O cálculo dos Anos de Vida Penalmente Perdidos é de fundamental importância para a análise da adequação dos investimentos em políticas públicas de prevenção ao crime, entendendo a sua complexidade e a sua multidisciplinariedade (AMIN, 2011; FRANÇA, 2012). Além disso, porque é necessário que se entenda que o custo social do encarceramento é muito mais elevado do que a simples consideração do custo de manutenção de um preso (WESTERN; PETTIT, 2010; KASTEN, 1996). Outrossim, o cálculo permite uma melhor compreensão do elevado impacto econômico-social do modelo de aprisionamento adotado em nosso país.

Outro fator a ser considerado é que o Estado do Paraná possui um sistema penal paralelo, que muitas vezes escapa aos olhos dos estudiosos, nas Delegacias de Polícia, com quase um terço dos apenados paranaenses, conforme já alertavam Rolim e Martin (2016). Desse modo, como sugestão de um estudo mais completo aponta-se a necessidade de se analisar os presos das Delegacias do Estado do Paraná.

## REFERÊNCIAS

AMIN, Mônica Concha. *Criminalidade, violência e desenvolvimento no Rio Grande do Sul*. 161 f. Dissertação (Tese), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2011. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/35431>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

BARROS, A. J. S.; LEHFELD, N. A. S. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Prentice Hall, 2007.

BERNADA, Mercedes et al. Lesiones graves y fatales en niños y adolescentes uruguayos secundarias a siniestros de tránsito por motos: Estudio epidemiológico. *Archivos de Pediatría del Uruguay*, Montevideo, v. 84, n. 2, p. 91-100, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1688-12492013000200003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-12492013000200003&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em: 7 set. 2017.

BITTERCOURT, J. A. N.; BATAIOLI, C. Aspectos econômicos do sistema penitenciário brasileiro e sua relação custo-benefício. *Rev. Direito e Democracia*, Canoas, v. 15, n. 2, p. 50-65, jul./dez., 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/1353>>. Acesso em: 9 set. 2017.

BOITEUX, Luciana; PADUA, João Pedro. La desproporción de la Ley de Drogas: los costes humanos y económicos de la actual política em Brasil. *Justicia Desmedida*. Proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina, 1. ed. p. 71-101. Fontamara, Ciudad de Mexico, 2012. Disponível em: <<http://fsi.stanford.edu/sites/default/files/152.ladesproporcion.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)>. Acesso em: 9 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Censo Penitenciário Infopen*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Renda domiciliar per capita*. Disponível

em: <[https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad\\_continua/default\\_renda\\_percapita.shtm](https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default_renda_percapita.shtm)>. Acesso em: 7 nov. 2017.

BULOS, Uadi Lammego. Aspectos da Reforma Administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, v. 2, n. 6, p. 136-144, set./dez. 1998. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/170/258>>. Acesso em: 10 set. 2017.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL PREVENTION. *Current trends in years of potential life lost before ages 65 and 85 - United States, 1987 and 1988*. MMWR 39, p. 20-22, 1990. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/1569914>>. Acesso em: 2 set. 2017.

COLLINS, P. A.; BORUCHOWITZ, R. C.; HICKMAN, M. J.; LARRAÑAGA, M. A. An Analysis of the Economic Costs of Seeking the Death Penalty in Washington State. *Seattle Journal for Social Justice*, v. 14, n. 3, p. 10, 2016. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://scholar.google.com.br/&httpsredir=1&article=1832&context=sjsj>>. Acesso em: 30 out. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos Tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 13 set. 2017.

DARKE, Shane *et al* Years of potential life lost amongst heroin users in the Australian Treatment Outcome Study cohort, 2001–2015. *Drug and Alcohol Dependence*, Baltimore, v. 162, p. 206-210, 2016. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0376871616001526>>. Acesso em: 01 set. 2017.

FRANÇA, Rafael Francisco. Ação de Investigação Policial: estudo e análise comparativa entre os sistemas adotados no Brasil e no Uruguai – instituição policial e poder de polícia. *Segurança Pública e Cidadania*, Brasília, v. 5, n. 1, p. 35-63, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.dpf.gov.br/index.php/RSPC/article/download/118/121>>. Acesso em: 6 ago. 2017.

GARDNER, John W.; SANBORN, Jill S. Years of Potential Life Lost (YPLL) – What Does it Measure? *Epidemiology*. v. 1, n. 4, jul, 1990, p. 322-329. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25759821>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José; ANDRADE, Roberta Lofrano. A Justiça Restaurativa como Substituta do Processo Penal Tradicional. Restorative Justice as Substitute For The Traditional Criminal Process. *Duc In*

*Altum-Cadernos de Direito*, v. 9, n. 17, 2017. Disponível em: <<http://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/470>>. Acesso em: 4 set. 2017.

KASTEN, Martin. An Economic Analysis of the Death Penalty. *University Avenue Undergraduate Journal of Economics*, v. 1: Iss. 1, Article 2, 1996. Disponível em: <<http://digitalcommons.iwu.edu/uauje/vol1/iss1/2>>. Acesso em: 2 set. 2017.

LESSA, Ines. Trends in Productive Years of Life Lost to Premature Mortality Due to Coronary Heart Disease. *Arq. Bras. Cardiol.*, São Paulo, v. 79, n. 6, p. 617-622, Dec. 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0066-782X2002001500007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2002001500007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 8 set. 2017.

NELSON, David E. *et al* Alcohol-attributable cancer deaths and years of potential life lost in the United States. *American Journal of Public Health*, Washington, v. 103, n. 4, p. 641-648, 2013. Disponível em: <<http://ajph.aphapublications.org/doi/abs/10.2105/AJPH.2012.301199>>. Acesso em: 1 set. 2017.

PARANÁ. Lei Complementar nº 14, de 26 de maio de 1982. *Dispõe sobre o Estatuto da Polícia Civil do Paraná*. Publicado no Diário Oficial no. 1299 de 27 de maio de 1982. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=7724>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

PARANÁ. *Departamento Penitenciário do Estado do Paraná – DEPEN*. 2017. Disponível em: <<http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=155>>. Acesso em: 9 set. 2017.

PETTUS-DAVIS, C.; McLAUGHLIN, M.; BROWN, D.; VEEH, C.; RENN, T. *The Economic Burden of Incarceration in the US*. Institute for Advancing Justice Research and Innovation. Washington University in St. Louis, 2016. Disponível em: <<https://advancingjustice.wustl.edu/SiteCollectionDocuments/The%20Economic%20Burden%20of%20Incarceration%20in%20the%20US.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

REAGAN, J. R. The Impact of Electronic Monitoring and Disruptive Innovation on Recidivism Rates in Federal Prisons: A Secondary Data Analysis. *Biometrics & Biostatistics International Journal*, 5(4): 00138, 2017. Disponível em: <[http://www.antonioacasella.eu/nume/Reagan\\_31march17.pdf](http://www.antonioacasella.eu/nume/Reagan_31march17.pdf)>. Acesso em: 4 nov. 2017.

RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social: métodos e técnicas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROEMEDER, J.M.; MCWHINNIE J.R. Potential years of life lost between ages of 1 and 70: an indicator of premature mortality for health

planning. *International Journal of Epidemiology*, 6:143-51, 1977. Disponível em: <<https://academic.oup.com/ije/article-abstract/6/2/143/665573>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

ROLIM, Rivail Carvalho; MARTIN, Letícia Gonçalves. Políticas penais no Paraná – do avanço do aprisionamento ao gerenciamento da massa de apenados. *Revista de História Regional*, v. 21(1): 130-147, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/rhr>>. Acesso em: 05 set. 2017.

SÁ, Priscilla Placha. Questões político-criminais e processuais penais sobre a investigação criminal de chacinas protagonizadas por facções criminais nos presídios brasileiros. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 567-604, mai/agos. 2017. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/74>>. Acesso em: 15 set. 2017.

SMYTH, Breda; HOFFMAN, Valerie; FAN, Jing; HSER, Yih-Ing. Years of potential life lost among heroin addicts 33 years after treatment. *Preventive Medicine*, v. 44, n. 4, p. 369-374, 2007. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S009174350600418X>>. Acesso em: 30 set. 2017.

WEIS, Rômulo. Os desafios dos gestores das delegacias de Polícia Rodoviária Federal do Rio Grande do Sul e os reflexos de suas administrações dentro de um planejamento estratégico na gestão de segurança pública. 2015. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização). Pós-Graduação em Gestão Pública, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2015. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/131541>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

WESTERN, Bruce; PETTTTT, Becky. Collateral Costs: Incarceration's Effect on Economic Mobility. *The Pew Charitable Trusts*, Washington, 2010. Disponível em: <[https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/15161/PEW\\_CollateralCosts.pdf?sequence=2](https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/15161/PEW_CollateralCosts.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 2 ago. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Recebido em: 18.07.2018

Aceito em: 11.11.2018

# A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS E SEU IMPACTO AO DIREITO À INCLUSÃO SOCIOECONÔMICA

*JOHN RAWLS'S DISTRIBUTIVE JUSTICE AND ITS IMPACT ON  
THE RIGHT TO SOCIOECONOMIC INCLUSION*

Angélica Pereira Possamai<sup>I</sup>

Yduan de Oliveira May<sup>II</sup>

<sup>I</sup> Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC),  
Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESC, Bolsista pesquisadora do PROSUC/Capes da UNESC, Criciúma, SC, Brasil. E-mail: angelicappossamai@gmail.com

<sup>II</sup> Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESC, Criciúma, SC, Brasil. (Doutor em Direito). E-mail: ym@unesc.net

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 A Teoria de Justiça de John Rawls e seus princípios embaixadores da Justiça Distributiva. 2 O Direito à inclusão socioeconômica. 3 A justiça distributiva de Rawls e seu possível impacto nas políticas públicas de inclusão socioeconômica. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** No presente artigo estudou-se a Teoria de Justiça de John Rawls, a qual explora a distribuição equitativa de riqueza a partir dos princípios de justiça por ele propostos, os quais se tornam a base para o possível alcance da justiça social, justiça distributiva, por meio da cooperação social. Nesta perspectiva o autor preocupa-se com a organização da vida coletiva, com as práticas sociais individuais e também com a regulação de instituições que compõe a sociedade, sendo que os princípios da justiça propostos são escolhidos de forma consensual, trazendo reflexões sobre qual seria o real papel do Estado frente à coletividade, qual seja, o papel redistributivo, bem como o que efetivamente seria uma sociedade mais justa. A partir disto, buscou-se verificar o reflexo desta teoria para implementação e efetivação das políticas públicas de inclusão socioeconômicas no Brasil. Para isso adotou-se na presente pesquisa científica o método dedutivo, por meio da abordagem qualitativa, de natureza básica com objetivo exploratório, de procedimento bibliográfico, por meio de levantamento de referências teóricas. Por tratar-se de pesquisa jurídica adotou-se a metodologia dogmática por meio do método de interpretação sistemático e sociológico, por meio de técnica de pesquisa de documentação indireta de fontes primárias e secundárias.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas. Inclusão Socioeconômica. Teoria da Justiça de John Rawls. Justiça Distributiva.

**Abstract:** In this article we study the Theory of Justice by John Rawls, which explores the equitable distribution of wealth from the principles of justice proposed by him, which become the basis for the possible reach of social justice through social cooperation. In this perspective, the author is concerned with the organization of collective life,

with individual social practices and also with the regulation of institutions that compose the society, and the proposed principles of justice that are chosen in a consensual way, reflecting on what would be the real role of the State in face of the collectivity, that is, the redistributive role, as well as what would effectively be a more just society. From this, we sought to verify the reflection of this theory for the implementation and effectiveness of public policies of socioeconomic inclusion in Brazil. For this, the deductive method was adopted in the present scientific research, through a qualitative approach, of a basic nature with an exploratory objective, of a bibliographic procedure, by means of a survey of theoretical references. Because it is a juridical research, dogmatic methodology was adopted through the method of systematic and sociological interpretation, through a research technique of indirect documentation of primary and secondary sources.

**Keywords:** Public Policies. Socioeconomic Inclusion. Theory of Justice by John Rawls. Distributive Justice.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo geral deste artigo é estudar a Teoria da Justiça de John Rawls a fim de verificar seu impacto ao direito à inclusão socioeconômica. Para isso, primeiramente será estudada a Teoria da Justiça de John Rawls, para posteriormente ser analisado o possível impacto desta teoria nas políticas públicas brasileiras, com o propósito de dar maior efetividade aos direitos econômicos e sociais na perspectiva do direito à inclusão socioeconômica.

A Teoria de Justiça de John Rawls de forma geral explora a distribuição equitativa de riqueza a partir dos princípios de justiça por ele propostos, base para o possível alcance da justiça social por meio da cooperação social. Com isso preocupa-se com a organização da vida coletiva, com as práticas sociais individuais e também com a regulação de instituições que compõem a sociedade.

Esta pesquisa encontra respaldo frente às mazelas brasileiras de desigualdades socioeconômicas, passíveis de verificação em diversas variáveis, como em dados educacionais, de saúde e de renda, que mesmo frente a garantias constitucionais, especificamente os direitos sociais, conforme artigo 6º, bem como garante os direitos econômicos, conforme artigo 170, estão longe de serem concretizadas de forma efetiva, sendo apenas normas programáticas do ordenamento jurídico brasileiro. Por esse motivo se busca encontrar na Teoria da Justiça de Rawls respaldo para formulação, fundamentação, fiscalização de políticas públicas que visam à inclusão socioeconômica no Brasil.



A escolha dessa teoria para o objetivo proposto se deu pela diferenciação de John Rawls com os liberais clássicos, já que esses liberais clássicos (fim do século XVIII e início do século XIX) consideravam que o papel do Estado estava restrito à garantia de segurança, à proteção de direitos aos cidadãos, especialmente a defesa do direito da liberdade individual e da propriedade privada. Já Rawls é considerado um liberal moderno (fim do século XIX) por aumentar o leque de deveres do Estado, defendendo que o Estado também deve garantir, além daqueles direitos individuais, os direitos sociais, como habitação, saúde, suprimento das carências educacionais.

Para isso adotou-se na presente pesquisa científica o método dedutivo, por meio da abordagem qualitativa, de natureza básica com objetivo exploratório, de procedimento bibliográfico, por meio de levantamento de referências teóricas. Por tratar-se de pesquisa jurídica adotar-se-á metodologia dogmática por meio do método de interpretação sistemático e sociológico, por meio de técnica de pesquisa de documentação indireta de fontes primárias e secundárias.

## **1 A TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E SEUS PRINCÍPIOS EMBASADORES DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA**

A Teoria da Justiça foi publicada em 1971, de autoria do filósofo americano John Rawls, considerado um neocontratualista contemporâneo por apresentar um novo formato de contrato social, através de “[...] uma formulação racional capaz de renortear as normas sociais, a partir do conceito de justiça equitativa. (NUNES JUNIOR, 2005, p. 223).

Afirmam Maffettone e Veca (2005) que a filosofia política e social sofreu alterações por conta de um novo paradigma, qual seja, o paradigma da “Teoria Política Normativa”, que se trata das “Teorias da Justiça”. Sendo a Teoria da Justiça de John Rawls a que contribui para o avivamento da filosofia política, a qual envolveu teoria jurídica econômica, ciência política, sociologia. Isso por que tal obra enfrenta questões intrigantes da filosofia política, qual seja a distribuição dos direitos e das liberdades em uma sociedade a fim de que ela se torne justa e bem ordenada.

Tal teoria tem como objetivo fundamentar uma sociedade livre e justa, por meio da busca da melhor maneira de distribuição de bens e direitos, sendo que a distribuição justa tem como base as regras e os próprios princípios de justiça por ele desenvolvidos (RAWLS, 1997). Contextualiza Leite (2017, p. 115):

Até a exposição da Teoria de Justiça como Equidade de John Rawls, os filósofos políticos como Bentham, Mill e Hayek trabalhavam uma ideia de justiça que levava em consideração apenas o papel da liberdade como ideal político fundamental de uma sociedade justa. Rawls

apresentou sua teoria de justiça fazendo uma relação entre liberdade e igualdade, e desenvolveu uma concepção de justiça distributiva alicerçada em dois princípios de justiça social: o princípio da igualdade e o princípio da diferença.

A justiça distributiva, nos moldes dessa teoria neocontratualista, muito embora esteja alicerçada no princípio da igualdade, ela se expressa através do princípio da diferença, o qual “[...] reconhece que as desigualdades econômicas e sociais são inevitáveis em uma sociedade moderna, mas que devem ser controladas, mediante parcelas distributivas que promovam igualdade equitativa de oportunidades e que satisfaçam prioritariamente os menos favorecidos” (LEITE, 2017, p. 115).

Vita, o principal autor brasileiro que desenvolve a obra de Rawls no Brasil, afirma que a Teoria de Justiça apresentada por John Rawls, baseada na cooperação social em busca da justiça distributiva, destacando:

O feito extraordinário de Rawls, sobretudo em *Uma teoria da Justiça*, foi o de ter proposto uma forma de pensar com rigor um problema que muitos supunham estar fora do alcance de reflexão racional: considerando-se que o pluralismo de valores é um traço de todas as sociedades secularizadas do presente, é possível conceder um ideal político praticável em uma sociedade democrática? Em que medida Rawls teve êxito em responder a essa questão, eis o parâmetro adequado para avaliar sua teoria [...]. (VITA, 2000, p. 22).

Defende a ideia da “justiça como equidade”, apresentando os princípios da justiça que são escolhidos pelos indivíduos na “posição original” (que corresponde ao “estado da natureza” na teoria do contrato social), em que os indivíduos desconhecem que posição econômica ou qual status ocuparão na sociedade; com relação às instituições, Rawls sustenta a necessidade de uma democracia constitucional, cenário em que se aplicariam os princípios de justiça (RAWLS, 1997).

O contrato social de John Rawls é diferente dos contratualistas clássicos, os moldes são outros, no sentido de que para alcançar a justiça social distributiva o autor defende que todos os indivíduos devem vestir-se do véu da ignorância, sendo todos recolocados em posição de igualdade, momento em que escolheriam os princípios da justiça. Ou seja, todos devem estar em posições sociais iguais, sem sequer saberem se pertencem a alguma classe social, uma vez que, presente essa inconsciência, a escolha de tais princípios ocorreria de forma imparcial, favorecendo os interesses pessoais de todos, pois ninguém gostaria de se autoprejudicar (RAWLS, 1997).

Ao imaginar a posição original proposta por Rawls, podemos concluir o seguinte: ricos e pobres, brancos e negros, reunidos, sem saberem qual a posição que ocupam na sociedade, se têm ou não bens, poder aquisitivo, qual princípio de justiça escolheriam para que, ao retornar ao status quo, eles não fossem prejudicados? Claro que dentro

desse cenário a escolha dos princípios irá favorecer a todos de uma forma equânime (SANDEL, 2012).

Rawls apresenta uma teoria em que os indivíduos irão escolher como princípios de justiça

[...] o princípio da liberdade, segundo o qual cada pessoa tem direito igual a um integral e adequado conjunto de liberdades básicas que sejam compatíveis com similar conjunto de liberdades de todos, e o princípio da igualdade, pelo qual as desigualdades sociais e econômicas, para serem justas, devem satisfazer a duas condições: primeiro, vincular-se a cargos e posições abertas a todos sob condições de igualdade de oportunidades e, segundo, propiciar benefícios aos desfavorecidos da sociedade, princípio da diferença. Tais princípios observam a ordem lexical, primeiro deve ser satisfeito integralmente um princípio para invocar-se o próximo (SANTA HELENA, 2008, p. 340).

Os indivíduos na posição originária, vestidos com o véu da ignorância, escolheriam os seguintes princípios, a fim de obter uma sociedade livre justa: 1) igual liberdade para todos (direitos civis e políticos); 2) as desigualdades econômicas são legítimas se: 2.a) princípio da diferença; 2.b) igualdade de oportunidades (RAWLS, 1997). Explica Nunes Junior:

Assim, o primeiro princípio aplica-se às liberdades básicas, que devem ser distribuídas de modo equitativo para todos: liberdades políticas, liberdade de pensamento, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade de integridade física e moral, liberdade de possuir propriedade privada e liberdade de não ser preso arbitrariamente. O segundo princípio aplica-se às desigualdades sociais que somente são justas se for garantida uma igualdade equitativa de oportunidades e se as desigualdades resultarem em benefícios para todos os indivíduos, especialmente para os menos favorecidos na sociedade (2005, p. 218).

Por terem que obedecer a ordem lexical, conforme citado acima, quando da aplicação dos princípios, é que John Rawls é considerado liberal, uma vez que o primeiro princípio visa garantir liberdades básicas, para posteriormente garantir-se a igualdade. No entanto, ele é o filósofo que deixou de centralizar os debates no princípio da liberdade, fazendo emergir a importância da igualdade a partir de sua teoria de justiça distributiva, ou seja, o liberalismo passa, a partir da teoria de Rawls, a se preocupar não somente com a liberdade, mas também com a igualdade. Dessa forma, a teoria da justiça de Rawls

[...] é desenvolvida a partir de uma ideia central de que todos os bens primários sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases do autorrespeito – devem ser distribuídos igualmente, a menos que uma distribuição desigual de qualquer um ou de todos estes bens seja vantajosa para os menos favorecidos e em uma concepção de justiça baseada na existência de dois princípios de justiça social: o princípio da igualdade (igual liberdade básica para todos) e diferença (desigualdade social e econômica controlada) (LEITE, 2017, p. 117).

A permissão dessa desigualdade econômica consiste quando do alcance do princípio da diferença, que trata do favorecimento dos mais desfavorecidos, também do princípio da igualdade de oportunidades que garante oportunidades de forma igualitária a todos os indivíduos. É injusto que indivíduos alcancem a ocupação de um cargo relevante por meio de vantagens de oportunidades, como maior tempo, condições de estudo, por exemplo (RAWLS, 1997).

Para se alcançar a justiça, os desfavorecidos devem ser privilegiados, bem como deve existir igualdade de oportunidades, se com isso as desigualdades econômicas persistirem, então ela se torna uma desigualdade justa, por não se tratar de problemas de inexistências de garantias, e sim de questões naturais biológicas (RAWLS, 1997). Sobre a teoria de justiça de Rawls, explica Nunes Junior (2005, p. 222):

[...] a teoria da justiça de Rawls busca integrar as liberdades civis e políticas com os direitos econômicos, sociais e culturais. Transforma-se em modelo para os governos socialdemocratas que se instalaram no mundo ocidental. Entre o liberalismo extremo e o socialismo ortodoxo, Rawls propõe uma alternativa intermediária, a que denomina “justiça como equidade” (*justice as fairness*). [...] desenvolve um amplo espectro de reflexões fundado na “equidade” (*fairness*) para orientar a ação política e a escolha em sociedades democráticas e que envolve, implicitamente, uma concepção alternativa de democracia.

A teoria de justiça de Rawls apresenta a possibilidade de defender um modelo de justiça que “[...] propõe um comprometimento e estabelece formas de cooperação entre os indivíduos para a construção de uma sociedade em que valores como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a autoestima e o respeito mútuo estejam em pauta” (NUNES JUNIOR, 2005, p. 222). Rawls demonstra ainda uma imensa preocupação com o institucional, com o público e com o coletivo:

A grandiosidade da obra de Rawls está exatamente na sua preocupação com o institucional, com o público, com o coletivo: se a justiça existe, ela é definida em função da capacidade que as instituições básicas da sociedade possuem de realizá-la, de concretizá-la. A “justiça como equidade” (*justice as fairness*) é pensada por Rawls para aplicação ao que ele chama de estrutura básica de uma democracia constitucional moderna. A estrutura básica designa as instituições políticas, sociais e econômicas dessa sociedade, e o modo pelo qual se combinam num sistema de cooperação social, cujos participantes são os próprios cidadãos, como pessoas livres e iguais (NUNES JUNIOR, 2005, p. 223).

Para Rawls, “o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social” (RAWLS, 2000, p. 8).

Dentro dessa perspectiva, o objeto da justiça, segundo Rawls, especificamente sobre a justiça social atinge a estrutura básica da sociedade, ou seja, a organização institucional da sociedade. Conceituando a estrutura básica da sociedade como “[...] a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social” (1997, p. 07-08). Isso por que, conforme esclarece Ribeiro (2013, p. 11), “[...] as ações das instituições na teoria de Rawls têm impacto sobre a distribuição dos bens e direitos na sociedade, sendo que a importância destes impactos é fundamental na construção de uma sociedade justa”.

Esclarece Nunes Junior que os princípios da justiça “[...] regulam a escolha de uma Constituição política, devendo ser aplicados, em primeiro lugar, às profundas e difusas desigualdades sociais, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade.” Sendo que “os princípios da justiça rawlsianos são, pois, modelares das instituições e suficientemente significativos para a produção da liberdade, da igualdade e da solidariedade” (NUNES JUNIOR, 2005, p. 223).

Expõe serem as instituições sociais mais importantes as que definem direitos e deveres, interferindo indiretamente no bem-estar econômico, sendo elas a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais, especificando-as como “[...] a proteção legal da liberdade de pensamento e de consciência, os mercados competitivos, a propriedade particular no âmbito dos meios de produção e a família monogâmica [...]” (RAWLS, 1997, p. 08).

Intuitivamente, a estrutura básica, segundo Rawls contém “[...] várias posições sociais que homens nascidos em condições diferentes têm expectativas de vida diferentes, determinadas em parte, pelo sistema político bem como pelas circunstâncias econômicas e sociais” (RAWLS, 1997, p. 08).

Dessa forma as instituições sociais favorecem certos pontos de partida mais que outros. Para o autor essas são desigualdades profundas que afetam as possibilidades de vida dos seres humanos, não podendo ser justificadas por meio de questões de mérito ou valor, sendo “[...] a essas desigualdades supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios da justiça social devem ser aplicados em primeiro lugar” (RAWLS, 1997, p. 08). Pois tais princípios regulariam a escolha de uma constituição política e os elementos principais do sistema econômico social. Frisando que a justiça na sociedade “[...] depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem no vários setores da sociedade” (RAWLS, 1997, p. 08).

Dessa forma, considera que “[...] o conceito de justiça se define pela atuação de seus princípios na atribuição de direitos e deveres e na definição da divisão apropriada de vantagens sociais” (RAWLS, 1997, p. 11). Não podendo ser perdido de vista o papel especial dos princípios da justiça na cooperação social.

A escolha dos princípios de justiça é norteada pelo consenso original, “[...] que pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam numa posição inicial de igualdade como definidoras dos termos fundamentais de sua associação” (RAWLS, 1997, p. 12). Tais princípios orientariam todos os acordos institucionais subsequentes, são princípios que garantirão a “justiça como equidade” (RAWLS, 1997).

Propõe o autor que se deve “[...] imaginar que aqueles que se comprometem na cooperação social escolhem juntos, numa ação conjunta, os princípios que devem atribuir os direitos e deveres básicos e determinar a divisão de benefícios sociais” (RAWLS, 1997, p. 12-13). Weber e outros explicam que de forma geral a teoria de Rawls propõe uma:

[...] sociedade [que] deve assegurar a liberdade para cada pessoa de forma igual, além de promover a distribuição igualitária da riqueza e oferecer oportunidades justas a todas essas pessoas. A justiça distributiva de Rawls visa a análise de como os bens sociais devem ser distribuídos e qual a colaboração de cada pessoa para o benefício de todos, sendo que essa avaliação é feita a partir de um consenso público. Portanto, Rawls se preocupa com os menos favorecidos a fim de que os mesmos sejam incluídos no processo político e social (2014, p. 10).

Na teoria de justiça como equidade a posição original corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato contratualista, situação hipotética, com características peculiares, quais sejam, i) ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou status social; ii) ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidade naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes; e iii) as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Ou seja, os indivíduos na posição original iriam buscar interesses próprios, todavia eles não teriam a ciência de qual status social ocupam na sociedade, motivo pelo qual a escolha dos princípios acabaria por não favorecer ninguém, todos almejavam o melhor para todos, pois ninguém irá querer se autoperjudicar ao retornar ao *status a quo*.

Na posição original de igualdade os princípios da justiça são escolhidos sob o uso do véu de ignorância, essa é a garantia de que ninguém será favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios, “uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo” (RAWLS, 1997, p. 13).

Ou seja, “para garantir a imparcialidade e a neutralidade de sua teoria da justiça, Rawls se socorre do que denominou véu da ignorância [...]”. Sendo o véu da ignorância o “ponto essencial” em sua teoria, pois “[...] coloca as pessoas sem a mínima noção de qual posição social se encontrarão após a escolha e definição dos princípios” (RIBEIRO, 2013, p. 06-07).

O véu da ignorância faz com que todos desconheçam suas vantagens ou desvantagens, se nasceu em uma família estruturada ou desestruturada, nem mesmo saberiam o grau de escolaridade, sem tais conhecimentos pode ser realizada a escolha de princípios da justiça na posição original com equidade, pois ninguém teria poder de barganha, os princípios seriam escolhidos de forma justa. Estão, no entanto, motivados a obter bens primários, que são aqueles indispensáveis para a satisfação de qualquer plano de vida (RAWLS, 1997).

Nessa teoria, o autor buscou garantir que “[...] inclinações e aspirações particulares e concepções individuais sobre o bem não afetarão os princípios adotados” (RAWLS, 1997, p. 21), pois todos ficariam privados de informações pessoais que pudessem sopesar nas escolhas dos princípios da justiça, a fim de evitar disparidades entre os indivíduos, por meio do então véu da ignorância. Defende a ideia de “[...] que ninguém deva ser favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou por circunstâncias sociais em decorrência da escolha de princípios” (RAWLS, 1997, p. 20).

Justiça como equidade, portanto, “[...] transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa” (RAWLS, 1997, p. 14), havendo a garantia de que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais, por meio do uso do então “véu da ignorância”.

Os princípios da justiça, portanto, são escolhidos de forma livre e por pessoas que se encontram em patamar de igualdade, impondo a si mesmas obrigações voluntariamente, já que a posição original é uma situação na qual os indivíduos são igualmente representados sem arbitrariedades, sem a presença de egoísmo e compartilhando senso de justiça entre si, garantindo a justiça procedimental pura desde o seu início. Tamanha a confiança que estabelecem mutuamente que ocasiona obediência aos princípios escolhidos.

Nesse sentido defende Tramontina e Parreira que “[...] a conquista de um consenso sobreposto no debate de questões públicas fundamentais, imprescindível para a unidade social e a estabilidade, somente pode ser alcançada por meio de uma concepção política de justiça” (2015, p. 260). Nessa perspectiva, Rawls apresenta princípios a serem aplicados na estrutura básica da sociedade, a fim de garantir a distribuição dos bens

primários e a repartição dos benefícios da cooperação social, princípios esses escolhidos na posição original de forma consensual.

Os princípios da justiça permeiam a ideia de igualdade na atribuição de direitos e deveres, bem como na ideia de que as desigualdades econômicas e sociais são justas se resultam em benefícios compensatórios, especialmente para os membros menos favorecidos da sociedade, isso porque o bem-estar de todos depende de um sistema cooperativo, devendo a divisão de vantagens ocorrer de uma forma que suscite a cooperação social.

Dessa forma, os princípios da justiça social têm como objeto a estruturação da sociedade de uma forma justa, contexto que ele denomina de “estrutura básica”, a qual é a ordenação das principais instituições sociais em um esquema de cooperação. Tais princípios servem de orientação para a atribuição de direitos e deveres nas instituições e determinam a distribuição adequada dos benefícios e encargos da vida social.

Rawls apresenta duas propostas de princípios por acreditar que na escolha deles existiria consenso. A primeira afirmação dos dois princípios é a seguinte: “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras” (RAWLS, 1997, p. 64). “Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (RAWLS, 1997, p. 64). Sendo aplicados na estrutura básica da sociedade que “[...] governam a atribuição de direitos e deveres e regulam as vantagens econômicas e sociais” (RAWLS, 1997, p. 64). Explicando:

[Primeiro princípio – Liberdades básicas iguais, dentre as mais importantes estão:] [...] a liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo político) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito. Segundo o primeiro princípio essas liberdades devem ser iguais. [...] [Segundo princípio – aplica-se] [...] à distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade. Apesar de a distribuição de riqueza e renda não precisar ser igual, ela deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, as posições de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos. Aplicamos o segundo princípio mantendo as posições abertas, e depois, dentro desse limite, organizando as desigualdades econômicas e sociais de modo que todos se beneficiem (1997, p. 64).

O primeiro exige a igualdade na atribuição de deveres e direitos básicos, enquanto o segundo afirma que desigualdades econômicas e



sociais, por exemplo, desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas quando resultam em benefícios compensatórios para cada um, e particularmente para os membros menos favorecidos da sociedade. Isso porque ele defende não ser justo que “[...] alguns tenham menos para que outros possam prosperar.” No entanto, esclarece que o bem-estar de todos depende “[...] de um sistema de cooperação sem o qual ninguém pode ter uma vida satisfatória, a divisão de vantagens deveria acontecer de modo a suscitar a cooperação sem o qual ninguém pode ter uma vida satisfatória” (RAWLS, 1997, p.16). Complementam Weber e outros (2014, p. 09) que o primeiro princípio

[...] se refere à liberdade política sendo ela o direito de votar e ocupar cargos públicos, a liberdade de reunião e de expressão, a liberdade de pensamento e de consciência, ou seja, se refere às liberdades básicas das pessoas em uma sociedade democrática liberal. Mas essas liberdades conforme se observa devem ser iguais a todos. Na visão de Rawls as democracias liberais constituem a base dos inalienáveis do ser humano no Estado Democrático de Direito. [...] o primeiro princípio seria o da igual liberdade, onde as pessoas possuem o direito a um projeto satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos. E, o segundo princípio acaba sendo dividido em duas partes onde as desigualdades sejam elas sociais ou econômicas, dever satisfazer: primeiro, a vinculação de cargos e posições abertos a todos, sendo o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, e no segundo caso, se tem o princípio da diferença, onde pode-se ter as desigualdades desde que os “menos favorecidos” tenham benefícios na sociedade, ou seja, onde se tem que beneficiar ao máximo de pessoas menos favorecidos da sociedade.

O primeiro princípio deve preceder o segundo, pois “[...] essa ordenação significa que as violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais.” Podendo ser limitadas ou comprometidas somente quando entram em conflito com outras liberdades básicas (RAWLS, 1997, p. 65). Já com relação ao segundo princípio, “[...] a distribuição de renda e riqueza, e de posições de autoridade e responsabilidade, devem ser consistentes tanto com as liberdades básicas quanto com a igualdade de oportunidades” (RAWLS, 1997, p. 65).

Explica Ribeiro que os princípios estão organizados em uma ordem de prioridade lexicográfica, só se aceitando “restrições à liberdade para o bem da própria liberdade”, estabelecendo ainda que “o primado da justiça sobre a eficácia e o bem-estar” (2013, p. 8).

Segundo Rawls tais princípios criam a base social do autorrespeito, que é considerado por ele como um bem primário, descrevendo que “todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima – devem ser distribuídos igualitariamente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos” (RAWLS, 1997, p. 66).

A interpretação dada ao segundo princípio por Rawls gira em torno da igualdade democrática, que é a junção da igualdade de oportunidades equitativas junto ao princípio da diferença.

O princípio da igualdade equitativa de oportunidades tem como papel “[...] assegurar que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura” (RAWLS, 1997, p. 93). Nesse tipo de justiça procedimental, “[...] a correção da distribuição está fundada na justiça do esquema de cooperação do qual ela surge e na satisfação das reivindicações de indivíduos engajados nele” (RAWLS, 1997, p. 94). Isso se dá pelo motivo de que “na justiça como equidade, a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para a vantagem de todos” (RAWLS, 1997, p. 90).

Idealiza as partes distributivas como uma questão de justiça procedimental pura, sendo “apenas em referência ao contexto de uma estrutura básica justa, que inclui uma constituição política justa e uma organização justa das instituições econômicas e sociais, é que podemos dizer que existe o pré-requisito do procedimento justo” (RAWLS, 1997, p. 93).

A estrutura básica justa é “um sistema público de regras que definem um esquema de atividades que conduz os homens a agirem juntos no intuito de produzir uma quantidade maior de benefícios e atribuindo a cada um, certos direitos reconhecidos a uma parte dos produtos” (RAWLS, 1997, p. 90). Explicam Weber e outros que Rawls entende que o princípio da equitativa igualdade de oportunidade:

[...] possui por função neutralizar os efeitos da distribuição inicial de posições privilegiadas. Esse princípio assegura que apenas as pessoas com os mesmo níveis de talentos e de habilidades disponham chances equivalentes na vida. Mas, Rawls não faz um nivelamento das realizações e deixa espaço para distinções que são feitas com alicerce nos talentos naturais. Portanto, permanece o problema das pessoas melhores dotadas de talentos, e, é nesse ponto que adentra o princípio da diferença (2014, p. 9).

Já “[...] o princípio da diferença, a desigualdade é justificável apenas se a diferença de expectativas for vantajosa para o homem representativo que está em piores condições [...]” (RAWLS, 1997, p. 82). Acrescentando que:

[...] todos se beneficiam quando o princípio da diferença é satisfeito. Pois o homem representativo que está em melhores condições em qualquer comparação de mão-dupla ganha pelas vantagens que lhes são oferecidas, e o homem em piores condições ganha por meio das contribuições originadas pelas desigualdades. [...] Mas nesse caso aqueles que estão em situação melhor não deveriam ter poder de veto em relação aos benefícios disponíveis para os menos favorecidos (RAWLS, 1997, p. 85).

A partir da definição do princípio da diferença, as desigualdades imerecidas exigem reparação; e como desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, elas devem ser de alguma forma compensadas.

O princípio da diferença tem como características a concepção de reciprocidade, do benefício mútuo, sugerindo o reconhecimento de que “[...] o bem-estar de cada um depende de um esquema de cooperação social sem o qual ninguém teria uma vida satisfatória; reconhecem também que só podem esperar uma cooperação voluntária de todos se os termos do esquema forem razoáveis” (RAWLS, 1997, p. 110).

Explicam Weber e outros que, no que se refere ao princípio da diferença, este representa “[...] um acordo que encara a distribuição de talentos naturais, sendo que aqueles a quem a natureza não favoreceu de oportunidade só pode ser efetiva se todas as pessoas se beneficiarem das mesmas condições formais de educação, saúde e alimentação, dentre outros bens primários” (WEBER et al, 2014, p. 02).

Nesse sentido, o princípio da diferença assegura que as eventuais desigualdades econômicas e sociais que existem na distribuição de renda e de riquezas serão aceitas somente se beneficiarem aqueles que estejam em maiores desvantagens, ou seja, os menos favorecidos socialmente. Dessa forma, “[...] as desigualdades são inerentes às sociedades, sejam em função dos diferentes talentos e capacidades, seja diante da necessidade de se minimizar a eficiência das estruturas econômicas e sociais (WEBER et al, 2014, p. 09). O objetivo deste princípio é, portanto,

[...] estabilizar as diferenças (econômicas, sociais e naturais), redistribuindo o saldo de bens primários de forma em que os menos favorecidos da sociedade sejam beneficiados. Essa é a igualdade democrática dos bens primários sustentada por Rawls. Busca-se transformar os objetivos da estrutura básica, de modo que o esquema global das instituições enfatize menos a eficiência social e os valores tecnocráticos em detrimento das necessidades dos menos favorecidos. Destaca-se que as diferenças sociais são admitidas. O que não se admite são as desigualdades sociais discrepantes, estas não podem ser justificadas. Elas devem aceder a um modelo organizacional cooperativo em que todos possam contribuir para o desenvolvimento, sobretudo dos menos privilegiados (TRAMONTINA; PARREIRA, 2015, p. 280).

Rawls (1997, p. 112-113) acrescenta ainda que o princípio da diferença fornece uma interpretação do princípio da fraternidade, no sentido de que abarcar a “[...] ideia de não querer ter maiores vantagens, exceto quando isso traz benefícios para os outros que estão em pior situação”.

Concluindo que a ideia de igualdade democrática consiste no sentido de que “as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos

em condições de igualdade equitativa de oportunidades” (RAWLS, 1997, p. 88).

Objetivo em si, da igualdade democrática é a redistribuição de bens primários, Rawls afirma que os bens sociais primários são a base das expectativas, uma vez que “[...] os bens primários são coisas que se supõe que um homem racional deseje, não importa o que mais ele deseje. [...] Tendo uma maior quantidade desses bens, os homens podem geralmente estar seguros de obter maior sucesso na realização de suas intenções e na promoção de seus objetivos, quaisquer que sejam eles” (RAWLS, 1997, p. 97-98). Quais sejam

Os bens sociais primários, para apresentá-los em categorias amplas, são direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza. [...] São bens sociais em vista de sua ligação com a estrutura básica; as liberdades e oportunidades são definidas pelas regras das instituições mais importantes, e a distribuição de renda e riqueza é por elas regulada. [...] Os bens sociais primários que variam em sua distribuição são os direitos e prerrogativas de autoridade, além da renda e da riqueza. Mas devido à natureza do princípio da diferença, as dificuldades não são tão grandes como poderiam parecer à primeira vista. O único problema da lista ordenada que nos diz respeito é o de estabelecê-la para o grupo menos favorecido (RAWLS, 1997, p. 98-99).

Explica Ribeiro que, de forma geral, Rawls (2013, p. 09) propõe que “a redução das desigualdades sociais naquilo pertinente a renda e a riqueza passam pela cooperação social equitativa dentro de uma estruturação das instituições e para a justiça distributiva de uma forma geral”. Sendo que para analisar a justiça de uma sociedade deve ser verificada a quantidade de bens primários de que dispõem os menos favorecidos. Os princípios de justiça de Rawls “[...] têm a função de regular todos os acordos e formas de governo e os tipos de cooperação social, portanto, o papel das instituições é harmonizar as liberdades dos indivíduos garantindo as mesmas oportunidades básicas de um modo imparcial” (RIBEIRO, 2013, p. 10-11).

Os princípios da justiça aplicam-se à estrutura básica da sociedade e regulam o modo como suas mais importantes instituições se organizam, a fim de formar um único sistema com o propósito de distribuir bens, apresentando o autor princípios que trazem em seu bojo o ideal das instituições sociais, que são as parcelas distributivas, em prol da justiça. Nesse viés, Rawls afirma que o principal problema da justiça distributiva é a escolha de um sistema social:

O sistema social deve ser estruturado de modo que a distribuição resultante seja justa, independentemente do que venha a acontecer. Para se atingir esse objetivo, é necessário situar o processo econômico social dentro de um contexto de instituições políticas e jurídicas adequadas. Sem uma organização apropriada dessas instituições básicas, o resultado do processo distributivo não será justo. Faltará a equidade do contexto. [...] Em primeiro lugar presumo que a estrutura

básica é regulada por uma constituição justa que assegura as liberdades de cidadania igual. A liberdade de consciência e de pensamento são pressupostos, e o valor equitativo da liberdade política é assegurado. O processo político é conduzido, até onde permitem as circunstâncias, como um procedimento justo para a escolha do tipo e para a elaboração de uma legislação justa. Também suponho que há uma igualdade de oportunidades que é equitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesa sociais básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares, seja estabelecendo um sistema de ensino Público. Também reforça e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho. [...] Por último, o governo garante um mínimo social, seja através de um salário-família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo) (RAWLS, 1997, p. 303-304).

Nessa perspectiva, parte-se da ideia de que “os princípios da justiça se aplicam à estrutura básica e regulam o modo como suas mais importantes instituições se organizam formando um único sistema” (RAWLS, 1997, p. 303). E dessa forma, a fim de concretizar as instituições acima citadas, Rawls apresenta quatro setores governamentais.

O primeiro deles é o setor de alocação, o qual serve para “[...] manter a competitividade do sistema de preços dentro dos limites do factível, e para impedir a formação de um poder sobre o mercado que não seja razoável” (RAWLS, 1997, p. 304). Também é encarregado:

[...] da identificação e da correção dos desvios mais óbvios em relação à eficiência, causados pelo malogro dos preços e medir com precisão os custos e benefícios sociais. Para tanto, pode-se, por exemplo, recorrer a impostos e subsídios adequados, ou a mudanças na definição do direito de propriedade. Assim, em nome desse objetivo, impostos e subsídios podem ser utilizados, ou a alcance e a definição dos direitos de propriedade pode ser revisto (RAWLS, 1997, p. 304).

O segundo se trata do setor de estabilização, o qual luta para criar plenos empregos razoáveis, garantia do pleno emprego, no sentido de que aqueles que querem trabalho possam encontrá-lo, juntamente com a livre escolha de ocupação e o desenvolvimento das finanças sejam assegurados por uma forte demanda efetiva. É interessante destacar que o que esse setor proposto por Rawls visa assegurar está contido no rol de direitos econômicos da CRFB/88, art. 170, *caput* e inciso VIII. Conclui que “esses dois setores, em conjunto, devem manter a eficiência da economia de mercado em termos gerais” (RAWLS, 1997, p. 304).

O mínimo social é responsabilidade do setor de transferências:

[...] A ideia essencial é que a ação desse setor leva em conta as necessidades e atribui a elas um peso apropriado com respeito a outras reivindicações. Um sistema de preços competitivo não considera as necessidades, e, portanto, não pode ser o único dispositivo de distribuição. Deve haver uma divisão de trabalho entre as partes do

sistema social em resposta aos preceitos da justiça baseados no senso comum. [...] Fixam um peso a ser atribuído às normas convencionais relativas aos salários e rendimentos, enquanto o setor de transferências garante um certo nível de bem-estar e atende às exigências dos necessitados. [...] É claro que a justiça das parcelas a serem distribuídas depende das instituições básicas e de como elas alocam a renda total, isto é, os salários e outros rendimentos acrescidos de transferências. É com razão que se objeta fortemente contra a determinação da renda total pela competição, já que esse procedimento ignora as exigências da pobreza e de um padrão de vida adequado. [...] Uma vez fixado um mínimo pelas transferências, pode ser perfeitamente justo que o resto da renda total seja estabelecido pelo sistema de preços, supondo-se que ele seja moderadamente eficiente e livre de restrições monopolizantes, e que os efeitos dos fatores externos que excedem os limites do razoável tenham sido eliminados. [...] A questão de saber se os princípios da justiça são ou não satisfeitos gira, portanto, em torno da questão de saber se a renda total dos menos favorecidos (salários mais transferências) possibilita a maximização de suas expectativas a longo prazo (estabelecendo às restrições da liberdade igual e da igualdade equitativa de oportunidades). (1997, p. 305-306).

Por último, apresenta o setor da distribuição, que em primeiro lugar necessita de vários impostos sobre herança e doações, “[...] o propósito desses tributos e normas não é aumentar a receita (liberar recursos para o governo), mas corrigir, gradual e continuamente, a distribuição da riqueza e impedir concentrações de poder que prejudiquem o valor equitativo da liberdade política e da igualdade equitativa de oportunidades” (RAWLS, 1997, p. 307).

A herança somente será permitida se as desigualdades resultantes tragam vantagens para os menos afortunados e sejam compatíveis com a liberdade e com a igualdade equitativa de oportunidade. De forma geral, a função desse setor é preservar uma justiça aproximativa das partes a serem distribuídas por meio de taxação e dos ajustes no direito de propriedade que se fazem necessários. Essas atribuições ocorreriam desta forma:

A segunda parte do setor de distribuição é um sistema de tributação que tem o intuito de arrecadar a receita exigida pela justiça. o governo deve receber uma parte dos recursos da sociedade, para que este possa fornecer os bens públicos e fazer os pagamentos de transferências necessários para que o princípio da diferença seja satisfeito. Esse problema pertence ao setor de distribuição, já que a carga tributária deve ser partilhada de forma justa e esse setor tem por objetivo criar organizações justas. Deixando de lado muitas dificuldades, vale a pena notar que uma tributação proporcional sobre as despesas pode fazer parte do melhor sistema tributário (1997, p. 307).

Tais setores, cada um com sua função estabelecida, têm como fim concretizar os princípios da justiça, ou seja, de forma geral, irão fazer justiça social e econômica, por meio da distribuição equitativa de bens. Dessa forma, a teoria de justiça de Rawls refere-se a “[...] uma sociedade em que todos podem alcançar a sua felicidade completa, ou na qual não há reivindicações conflitantes e as necessidades de todos se adaptam sem

que a coerção se faça necessária é, em certo sentido, uma sociedade que está além da justiça” (RAWLS, 1997, p. 311). Os objetivos e necessidades individuais “[...] não são nem fruto da coerção nem da astúcia, mas expressam uma harmonia adequada que é consistente com o bem ideal” (RAWLS, 1997, p. 311).

Explica Ribeiro (2013, p. 15) que ao compreender e aplicar os princípios da justiça em termos equitativos de cooperação coloca-se “o Estado e suas instituições em importante papel distributivo”. Conclui Ribeiro que

A teoria da justiça como equidade na concepção de Rawls parte para uma distribuição de rendimentos sem afetar a sociedade como um todo (princípio maximin), onde se pode elevar a renda e condições de vida dos menos favorecidos, ao mesmo tempo em que taxa de forma progressiva (ou via consumo) a renda dos mais abonados, ou seja, a desigualdade somente se justifica se aqueles na parte mais inferior da sociedade dão mais beneficiados pela repartição (desigual) de bens e oportunidades do que seriam se o sistema fosse mais igualitário (2013, p. 16).

Diante do estudo da robusta teoria de justiça de Rawls, pretender-se-á verificar qual o impacto dessa teoria ao direito à inclusão socioeconômica, uma vez que se trata de uma teoria filosófica política que propôs igualdade social através de seus princípios da justiça, respeitando a liberdade, visando privilegiar os menos favorecidos em prol da justiça social, almejando o alcance da justiça distributiva. Dentro de todo esse arcabouço teórico introduzido pro Rawls, a justiça distributiva de Rawls pode vir a ser uma alternativa à aplicação de políticas públicas de inclusão socioeconômica.

## 2 O DIREITO À INCLUSÃO SOCIOECONÔMICA

O direito a inclusão a inclusão socioeconômica é conceituado a partir da interpretação dogmática da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, tal direito visa concretizar consiste na efetivação dos direitos sociais, presentes no artigo 6º, e dos direitos econômicos presentes no artigo 170, ambos os artigos da Constituição de 1988.

São os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados; já os direitos econômicos tem por base a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, por meio das garantias da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais,

da busca do pleno emprego, do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, ainda do direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos (BRASIL, 2018).

Dessa forma, o direito à inclusão socioeconômica se efetiva quando há inclusão social e econômica concomitantemente, por isso, interessante verificar se existem pontos de convergência entre as políticas públicas dessa seara, com a justiça distributiva de Rawls, já que Rawls almeja justamente a igualdade de oportunidades por meio do favorecimento dos menos desfavorecidos.

### **3 A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE RAWLS E SEU POSSÍVEL IMPACTO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIOECONÔMICA**

Após estudo da Teoria de Justiça de Rawls e do direito à inclusão socioeconômica, almeja-se analisar a correlação entre a justiça distributiva proposta nos moldes de John Rawls com as políticas públicas de inclusão socioeconômica, bem como encontrar nesta teoria fundamentações para justificar a criação de políticas públicas que visam à inclusão socioeconômica no Brasil.

Como estudado, os princípios da justiça aplicam-se à estrutura básica da sociedade e regulam o modo como suas mais importantes instituições se organizam, a fim de formar um único sistema com o propósito de distribuir bens, apresentando o autor princípios que trazem em seu bojo o ideal das instituições sociais, que são as parcelas distributivas, em prol da justiça. Explicando que:

[...] Um sistema justo deve gerar sua própria sustentação. Isso quer dizer que ele deve ser ordenado de modo a originar em seus membros o senso de justiça correspondente, um desejo efetivo de agir de acordo com as suas regras por motivos de justiça. Assim, a exigência da estabilidade e o critério de desencorajar desejos que entram em conflito com os princípios da justiça impõem maiores restrições às instituições. Estas devem não apenas ser justas, mas também estruturadas de modo a encorajar a virtude da justiça naqueles que delas fazem parte (RAWLS, 1997, p. 288).

A partir da verificação do direito a inclusão socioeconômica no ordenamento constitucional brasileiro e de todo o arcabouço dos direitos fundamentais, e tendo em vista a teoria de Rawls ora estudada, a qual propõe a busca da liberdade e da igualdade, pode-se presumir que algumas das políticas públicas brasileiras têm o condão de selar esses compromissos constitucionais, dentro das perspectivas aqui traçadas, pode-se citar que assumem o critério de inclusão socioeconômica principalmente



as políticas públicas de redistribuição de renda do Brasil. Tramontina e Parreira explicam que:

em um ambiente marcado por fortes desigualdades sociais, a formulação de políticas públicas que visam a uma distribuição equitativa de bens primários passa a ser uma exigência moral. Rawls informa, com seu segundo princípio de justiça – da igualdade equitativa de oportunidade –, que o governo, principal a instituição social, deve: a) manter as formas habituais de despesas sociais básicas; b) assegurar oportunidades iguais de educação e cultura; c) assegurar oportunidades iguais nas atividades econômicas e na livre escolha do trabalho. As pessoas, para atingirem o *status* de cidadania, carecem de certos bens que Rawls denomina como primários e que devem ser distribuídos predominantemente pelo estado. Destaca-se que Rawls não defende uma posição social idêntica para todos os membros de uma sociedade. Ele não faz um nivelamento das realizações, o que ele patrocina é um mesmo ponto de partida para todas as pessoas. A ideia de bens primários elaborada por Rawls chama a atenção para o fato de que determinadas necessidades básicas ocupam uma posição vital para o desenvolvimento pleno dos indivíduos. Elas formam uma plataforma mínima necessária para o um agir humano moral. A oferta desigual de tais bens viola a dignidade da pessoa humana. é com base nessa compreensão que as políticas públicas devem ser pensadas e formuladas (2015, p. 280-281).

Como explicam Weber e outros (2014, p. 11), “no caso do Plano Brasil sem Miséria existe a nítida influência dessa teoria, pois o plano objetiva acabar com a pobreza extrema no Brasil levando em consideração a diferença existente entre as pessoas que compõem a sociedade”. Explicam:

Isso se pode observar pelo fato do Plano objetivar a elevação da renda e as condições de bem-estar da população, além da melhoria de suas condições de participação na vida política, social e econômica do país, onde se verificam ações pautadas em três eixos de atuação como a garantia de renda, a inclusão produtiva e o acesso a serviços públicos. [...] Considerando a teoria Rawlsiana se observa que o compromisso assumido por esse Plano é democratizante e equitativo segundo o modelo do liberalismo igualitário e, com isso, tem-se claro a preocupação com os sujeitos “menos favorecidos” que necessitam de benefícios na sociedade brasileira. Assim, o Plano Brasil sem Miséria tem a preocupação em atender, sempre na medida do possível, todos os tipos de necessidades da população “menos favorecida”, sem esquecer as diferenças entre elas (WEBER et al, 2014, p. 11).

Nesse viés, os princípios da justiça de Rawls trazem reflexões de qual seria o real papel do Estado frente à coletividade, qual seja, o papel redistributivo, bem como reflete o que efetivamente seria uma sociedade mais justa, e tais perspectivas podem ser encontradas nas políticas públicas citadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria de Justiça de John Rawls de forma geral explora a distribuição equitativa de riqueza a partir dos princípios de justiça por ele propostos, base para o possível alcance da justiça social por meio da cooperação social. Com isso preocupa-se com a organização da vida coletiva, com as práticas sociais individuais e também com a regulação de instituições que compõe a sociedade.

Rawls, a partir de sua teoria, aumentou o leque de deveres do Estado, defendendo que o Estado também deve garantir, além daqueles direitos individuais, os direitos sociais como habitação, saúde, suprimento das carências educacionais. Afirmando que a sociedade se torna satisfatória somente por meio da cooperação social, tendo a justiça um papel essencial para sua efetividade.

Propôs o autor que em uma posição imaginária aqueles que se comprometem na cooperação social escolhem juntos, numa ação conjunta, os princípios que devem atribuir os direitos e deveres básicos e determinar a divisão de benefícios sociais. Nesse sentido, primeiramente por meio da garantia da liberdade, o autor almeja alcançar a igualdade socioeconômica promovendo a distribuição igualitária da riqueza e oferecer oportunidades justas a todas essas pessoas.

A justiça distributiva de Rawls analisa qual a melhor forma de distribuição dos bens e qual a colaboração de cada pessoa para o benefício de todos. Rawls se preocupa com os menos favorecidos, almejando que sejam incluídos no processo político e social.

Na teoria de justiça como equidade o que corresponde ao estado de natureza da teoria tradicional do contrato social é a posição original (posição inicial) de igualdade, que é entendida “[...] como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção da justiça” (RAWLS, 1997, p. 13). Situação em que possui características peculiares, quais sejam, i) ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou *status* social; ii) ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidade naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes; e iii) as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. “Para garantir a imparcialidade e a neutralidade de sua teoria da justiça, Rawls se socorre do que denominou véu da ignorância [...]” O véu da ignorância é o “ponto essencial” em sua teoria, pois “[...] coloca as pessoas sem a mínima noção de qual posição social se encontrarão após a escolha e definição dos princípios” (RIBEIRO, 2013, p. 06-07).

Justiça como equidade, portanto, “[...] transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa” (RAWLS, 1997, p. 14).

Nessa teoria, o autor buscou garantir que “[...] inclinações e aspirações particulares e concepções individuais sobre o bem não afetarão os princípios adotados” (RAWLS, 1997, p. 21), pois todos ficariam privados de informações pessoais que pudesse sopesar nas escolhas dos princípios da justiça, a fim de evitar disparidades entre os indivíduos, por meio do então véu da ignorância. Defende a ideia de “[...] que ninguém deva ser favorecido ou desfavorecido pela sorte natural ou por circunstâncias sociais em decorrência da escolha de princípios” (RAWLS, 1997, p. 20).

A primeira afirmação dos dois princípios é a seguinte: “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras” (RAWLS, 1997, p. 64). “Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (RAWLS, 1997, p. 64). São aplicados na estrutura básica da sociedade que “[...] governam a atribuição de direitos e deveres e regulam as vantagens econômicas e sociais” (RAWLS, 1997, p. 64).

Os princípios da justiça, portanto, aplicam-se à estrutura básica da sociedade e regulam o modo como suas mais importantes instituições se organizam, a fim de formar um único sistema com o propósito de distribuir bens, apresentando o autor princípios que trazem em seu bojo o ideal das instituições sociais, que são as parcelas distributivas.

Nesse viés, os princípios da justiça de Rawls trazem reflexões de qual seria o real papel do Estado frente à coletividade, qual seja, o papel redistributivo, bem como reflete o que efetivamente seria uma sociedade mais justa.

A partir da verificação do direito a inclusão socioeconômica no ordenamento constitucional brasileiro e de todo o arcabouço dos direitos fundamentais, e tendo em vista a teoria de Rawls ora estudada, a qual propõe a busca da liberdade e da igualdade, pode-se presumir que algumas das políticas públicas brasileiras têm o condão de selar esses compromissos constitucionais, dentro das perspectivas aqui traçadas, pode-se citar que assumem o critério de inclusão socioeconômica principalmente as políticas públicas de redistribuição de renda do Brasil. Como explicam Weber *et al.*, “no caso do Plano Brasil sem Miséria existe a nítida influência dessa teoria, pois o plano objetiva acabar com a pobreza extrema no Brasil levando em consideração a diferença existente entre as pessoas que compõem a sociedade” (2014, p. 11).

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa Brasileira de 1988*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2017.
- LEITE, Geraldo Neves. *O princípio da eficiência na teoria da justiça como equidade de Rawls*. 2017. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/mgg256zf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.
- MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. *A ideia de justiça de Platão a Rawls*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A teoria rawlsiana da justiça*. 2005. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/573>>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RIBEIRO, Marcelo Gollo. *A distribuição de rendimentos: um paralelo entre Rawls e Nozick*. 2013. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/25663/a-distribuicao-de-rendimentos-um-paralelo-entre-rawls-e-nozick/2>>. Acesso em: 26 dez. 2017.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SANTA HELENA, Eber Zoehler. *Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls*. 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176536/000842803.pdf?seque>>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Anny Marie Santos. A Teoria da Justiça de John Rawls como aporte teórico para a formulação e a avaliação de Políticas Públicas. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 42, n. 139, dez. 2015. Disponível: <[http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/487/Ajuris\\_139\\_DT11.pdf](http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/487/Ajuris_139_DT11.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2017.
- VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus critérios*. São Paulo: Editora UNESP, 2000.
- WEBER, Thadeu; CALGARO, Cleidi; LUDGREN, Ana Paula. *A justiça distributiva em John Rawls e o Plano Brasil sem Miséria: análise das políticas públicas a partir da Constituição Federal de 1988 como garantia dos direitos fundamentais de igualdade, liberdade e busca da cidadania*. In: XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Universidade de Santa Cruz do Sul. 2014.

Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11723>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

Recebido em: 05.04.2018

Aceito em: 12.11.2018



# LAICIDADE E O ESTADO: AS DIFERENTES RELAÇÕES ESTADO-RELIGIÃO E AS MEDIDAS DA LAICIDADE

*LAICITY AND THE STATE: THE DIFFERENT RELATIONS  
BETWEEN STATE AND RELIGION AND ON THE MEASURING OF  
LAICITY*

Rodrigo Pedroso Barbosa<sup>I</sup>

Edson Vieira da Silva Filho<sup>II</sup>

<sup>I</sup>Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM),  
Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela FDSM, Pouso Alegre, MG, Brasil.  
E-mail: rodrigob@fdsm.edu.br

<sup>II</sup> Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre, MG, Brasil. (Doutor em Direito).  
E-mail: evsilvaf@globo.com

**Sumário:** Considerações iniciais. 1 Estados e religiões. 2 Laicidade: um conceito. 3 As diferentes relações Estado-Religião e as medidas da laicidade. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O presente trabalho visa, através de uma análise global e o emprego do método bibliográfico, realizar um estudo inicial sobre o significado da laicidade no Brasil. Para tal, inicia-se estabelecendo conceitos basilares de Estado, o que são religiões, e a relação histórica do último com as origens do primeiro. Passa-se a definir conceitos sobre o que é laicidade, diferenciando-se de laicismo e até mesmo secularismo, seguindo-se para uma tentativa, ainda que limitada, de se medir o processo de laicização e uma visão dos diferentes tipos de relação Estado-Religião. Com este fim, faz-se a leitura através do marco teórico de Roberto Blancarte Pimentel. Sendo impossível uma conclusão de tema tão amplo, finaliza-se com uma reconstrução sistêmica dos conceitos basilares para se que possa iniciar uma discussão sobre o processo de laicização, como algo contínuo, sujeito a falhas, abusos e exercício de poderes e influências que deve sempre ser monitorado e aprimorado, mas que, para tal, necessita de um ponto inicial comum para discussão, que se espera germinar com o presente.

**Palavras-chave:** Laicidade. Secularidade. Direitos Fundamentais.

**Abstract:** The current article aims to, through global analysis and the bibliographical method, implement an initial study on the issue of laicity in Brazil. To that end, we begin by establishing basic concepts regarding State, what religions are, and the historic relations between the later and the origins of the first. It does on to establish concepts about what laicity is, how it differs from laicism and even from secularity, while trying, in a limited manner, to measure the laicization process and a view of the different kinds of relationship between State and Religion. Toward this goal, it is used Roberto Blancarte Pimentel. Being impossible to present a conclusion on such an extensive theme, this work closes with a systemic reconstruction of

basic concepts, so to start a discussion on the laicization process as something ongoing, subject to failures, abuses and exercises of power and influences that should always be monitored and improved, but that also, to that end, needs a common starting ground for discussion, hopefully seeded with this text.

**Keywords:** Laicity. Secularity. Fundamental Rights.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um estudo sobre a questão da laicidade já apresenta dificuldades conceituais desde sua gênese. Definir o conceito da laicidade, e mesmo o conceito de religião, é problemático, vez que tais conceitos não são de natureza ontológica. Algo que para certo grupo é uma religião, para outro grupo é uma seita, ou mesmo uma ideologia ou escola filosófica. O que é laico para determinado grupo é discriminatório para outro, ou mesmo uma violação de seus direitos e liberdades.

Assim, preservando o rigor científico necessário, faz-se mister iniciar o presente trabalho em sua mais básica função epistêmica: definindo conceitos. Uma vez que se propõe ao estudo do relacionamento entre religiões e Estados – e, seja qual for a forma que se classifica a laicidade, no presente contexto ela será uma relação entre esses entes – tal conceituação deve ser o ponto de partida.

Para tal, inicialmente, trabalha-se no sentido de compreender e conceituar as noções de Estado e Religião, suas relações históricas, e estabelecer um conceito sobre laicidade, diferenciando de termos análogos e correlacionados como laicismo, ateísmo e secularidade. Com isso, visa-se estabelecer uma terminologia adequada para o desenvolvimento do trabalho e compreensão de conceito, fixando-se, a partir de uma *tabula rasa* ideológica, um patamar mínimo epistêmico onde é possível discussões e análise. Para essa criação inicial optou-se pela utilização como referencial central as obras de Roberto Blancarte Pimentel,<sup>1</sup> professor pesquisador do Centro de Estudos Sociológicos do Colégio do México, cujas linhas de pesquisa incluem: religiões e crenças no mundo moderno, laicidade e secularização, e relações igreja-estado. Com um estudo de laicidade focado

<sup>1</sup> Actualmente es profesor investigador del Centro de Estudios Sociológicos de El Colegio de México. Es también Investigador Asociado del Grupo de Sociología de Religiones y de la Laicidad (GSRL), de la Escuela Práctica de Altos Estudios (EPHE) de la Sorbona (París), además de fundador y asesor del Programa Interdisciplinario de Estudios sobre las Religiones (PIER) de El Colegio Mexiquense. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (nivel III). Ha sido miembro del Consejo de la Comisión Nacional de Bioética y de la Junta de Gobierno y la Asamblea Consultiva del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED). Fonte: <<http://ces.colmex.mx/121>>. Acesso em: 19 ago. 2017.



especialmente na realidade latino-americana, tal referencial é especialmente adequado para uma análise da realidade brasileira.

As discussões sobre a laicidade do Estado não são de interesse puramente acadêmico. O relacionamento Estado/religião possui repercussões de amplo alcance, incluindo imunidades tributárias, direitos trabalhistas, liberdades individuais e até mesmo direito penal. O desdobramento de direitos humanos, também, não pode deixar de ser mencionado, quando observamos conflitos entre grupos religiosos e ataques a minorias. Questões de direitos de família e de saúde, como o casamento homoafetivo e o tratamento de vítimas de estupro estão sempre em pauta nos discursos políticos e nos projetos de lei. A realidade da relação, no Brasil, é demonstravelmente complexa e longe de pacificada (tanto no sentido legal como no coloquial).

O presente trabalho foi desenvolvido através da análise dos referenciais teóricos, empregando-se o método de pesquisa bibliográfica, tendo como marco teórico a obra de Roberto Blancarte Pimentel, aplicada ao constitucionalismo brasileiro, e com apoio de referenciais nacionais e internacionais compatíveis com o marco selecionado e apropriados à realidade latino-americana, em geral, e brasileira, em específico.

## 1 ESTADOS E RELIGIÕES

Falar sobre o surgimento das religiões é tarefa essencialmente impossível, vez que se confundem com o próprio surgimento da humanidade. Poeticamente, podemos afirmar que desde que o primeiro hominídeo ergueu seus olhos ao firmamento, desde que a primeira sombra da noite e o primeiro mistério lhe tocaram a vida, o sobrenatural surgiu. Ou, em ordem inversa, a gênese do homem teve origem no sobrenatural, presente nos relatos religiosos criacionistas. Já sobre o surgimento e a evolução dos Estados, pode-se fazer uma breve análise.

Duas das fontes mais frequentemente estudadas sobre o surgimento do estado são Friedrich Engels e Fustel de Coulanges. Apesar de apresentarem narrativas bastante distintas, em ambas pode ser observada uma ideia de estado que surge a partir da uma expansão do núcleo familiar e da sociedade. Pode também ser claramente observado que, desde seu início, o Estado esteve intrinsecamente ligado com a religião, embora quanto à forma dessa ligação os autores diverjam.

Engels irá observar uma passagem das *gens* para o Estado como fenômeno primeiramente observado no Estado Ateniense. O Estado teria surgido através da uma instituição de uma força pública a serviço das autoridades. Essas autoridades eram a aristocracia, os nobres, com a instauração de uma administração central em Atenas (ENGELS, 2010, p.

139-140). Apesar de não ser um Estado teocrático, a religião ainda exercia grande influência moral por toda a Grécia, e em especial em Atenas. Em Roma a ascendência da religião perante o Estado era ainda maior, com solenidades religiões em comum, chamadas *sacra gentilia* (ENGELS, 2010, p. 154). Roma foi, durante grande parte de sua história, uma efetiva teocracia, onde os governantes, quando não deuses em seu próprio direito, eram apontados por estes.

Coulanges traça uma linha ainda mais direta entre a religião e o surgimento do Estado. Desde o início, indica que a própria instituição da família está ligada à ideia da religião sendo, nesse momento, a base a própria religião familiar, e o seu altar o lar e o fogo sagrado (COULANGES, 2009, p. 34). Expandindo os limites da família para o da Cidade, da mesma forma que o fogo doméstico sagrado deveria ter um sacerdote, também o deveria a lareira pública. Ao sacerdote da lareira pública, dava-se o nome de rei (COULANGES, 2009, p. 34). Sobre o romano e o ateniense, diz Coulanges (2009, p. 226-228):

Essa mesma religião que fundara as sociedades e que as governou durante muito tempo moldou a alma humana e deu ao homem o seu caráter. [...]

Não delibera no Senado se as vítimas não tiverem dado sinais favoráveis. [...]

Esse romano que aqui apresentamos não é o homem do povo, o homem pouco inteligente que a miséria e a ignorância conservam na superstição. Estamos falando do patricio, do homem nobre, poderoso e rico. Esse patricio é ora guerreiro, ora magistrado, ora cônsul, ora agricultor, ora comerciante; mas em toda parte e sempre é sacerdote, e o seu pensamento está voltado para os deuses.

A ligação do Estado com a religião não termina, como se sabe, nas sociedades antigas. Com o advento do Cristianismo, observa-se na Europa uma influência ainda maior da religião sobre o Estado. Deixa-se de ter uma religião do Estado, e passa-se a ter uma religião sobre o Estado. Obedecer ao Estado não é mais seguir o mandamento divino e, portanto, os governantes devem obedecer à religião. O homem e tudo mais pertenciam ao Deus Cristão (COULANGES, 2009, p. 402-409).

A expansão dos novos modelos de Estado continuou por todo o medievo, sempre ligado ou subordinado à religião, de uma forma ou outra (STRECK e MORAIS, 2010, p. 24). À plebe e à nobreza se unia uma terceira classe, uma terceira estrata: o clero. Reis eram coroados pelo clero, e sua autoridade, quando não oriunda do Deus Cristão, só valia se ratificada por este. Não se fala de estados necessariamente teocráticos, mas são estados no mínimo confessionais, devendo aliança à Igreja. A reforma protestante do século XVI pouco trouxe para mudar o cenário, e somente a revolução francesa começou a afrouxar a mão da religião no Estado e no governo, com a introdução das ideias oriundas do Iluminismo. Mas

mesmo a Revolução Francesa não desvincula o Estado e a sociedade de suas amarras religiosas.

Por esse motivo, a Revolução Francesa enquanto revolução contra o Antigo Regime gera uma liberdade que, por ser rapidamente absorvida pela institucionalização capitalista, logo necessita de outra revolução dentro da “revolução burguesa”, revolução que dificilmente irromperá por si mesma e terá um certo cristianismo evangélico como principal aliado (SABORIT, 2009, p. 2).

Saborit (2009, p. 15), citando Leflon, menciona ainda sobre o começo da Revolução:

Não obstante, a Revolução começara com uma procissão solene do Santíssimo Sacramento onde figurava, com um círio na mão, Robespierre. Longe de proibir a Igreja ou separar-se dela, a Assembleia Constituinte quis transformá-la em peça chave do Estado...

Entretanto, uma primeira semente de separação foi plantada com a constituição francesa de 1791, que afirmada que a lei não mais reconhecia a religião como superior aos direitos naturais e à Constituição, assim como garantia de liberdade religiosa. Mas, se tirava com uma mão, dava com a outra, incluindo na dívida nacional as despesas dos ministros da religião católica (HISTORYWIZ, 2017); previsão essa removida na constituição de 1793, e explicitamente rechaçada na de 1795, que trazia os dizeres de que ninguém será forçado a contribuir com as despesas de uma religião, e que a república não pagaria nenhuma (GEORGE MASON UNIVERSITY, 2017).

A religião, como visto, não deixava de permear o Estado. Ainda que, em estados de índole liberal, como a França pós-revolução, não mais fizesse parte oficialmente, sua influência é inegável. Em outros lugares, como no Reino Unido, a ligação é tão forte que o chefe da Igreja Anglicana, religião oficial do Estado, é o Rei.

Dentro de um estudo histórico da relação Estado-religião não se pode deixar de mencionar a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787. Contemporânea às constituições liberais francesas, a americana incluiu a ideia, inicialmente, da não exigência de requisito religioso para a nomeação para cargo público, com implicações que ainda são debatidas nos dias de hoje, vez que diversas constituições e legislações estaduais trazem previsões em contrário (como exemplo, em Louisiana). Também em sua primeira emenda (1791) foi incluída a chamada separação estado-igreja, estabelecendo que “[o] Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício do culto” (EUA, 2017).

Desde o século XVIII, as democracias ocidentais haviam começado a rejeitar, na esfera política, os argumentos explicitamente teológicos. Nos Estados Unidos, a Primeira Emenda à Constituição estipula que o Congresso não tem o poder de estabelecer nenhuma religião em

particular, nem de legislar a serviço de qualquer dogma ou metafísica religiosos (DWORKIN, 2009, p. 62).

Surge, porém, uma nova dificuldade, que é de se conceituar o que é uma religião. Com a ascendência do Cristianismo no mundo ocidental, tende-se a usá-lo como referência, junto com as religiões mais conhecidas. O que é uma religião se torna uma questão cultural. Porém, essa questão nem sempre é tão clara, nem mesmo dentro das denominações cristãs. Linhas dissidentes muitas vezes são taxadas como cultos pelas religiões de onde partiram. Talvez o exemplo mais infame seja dos Discípulos de Cristo, do pastor Jim Warren Jones que, apesar de não possuir nenhuma característica específica que os separe dos seguidores de diversas outras religiões, é universalmente considerada um culto.

A própria palavra *religião* tem em sua origem a palavra latina *religare*. Religar. Uma tentativa de reconexão do imanente com o transcendente que, em sua raiz etimológica, não traz qualquer noção de divindade.

Os critérios de classificação de o que é e o que não é uma religião não são claros em nenhuma fonte. Nos Estados Unidos da América, o *Internal Revenue Service* não define religião, mas possui critérios para definir uma igreja para o propósito de imunidade tributária. A grosso modo, que a crença seja sincera e verdadeira, e que as práticas e rituais não sejam ilegais ou contrárias às políticas públicas (INTERNAL REVENUE SERVICE, 2017). Apesar de pontualmente serem utilizados critérios alternativos, inclusive em algumas decisões judiciais, o critério do IRS é o mais amplamente aceito para todos os fins (CASINO, 2017).

No Brasil, o problema se complica. O próprio estabelecimento da liberdade religiosa na Constituição constitui uma barreira ao Estado definir o que é e o que não é uma religião. Resta aos tribunais decidir os casos específicos, como no icônico julgamento do Recurso Extraordinário 562351/RS, onde o STF decidiu que a Maçonaria não pode ser considerada uma religião, com 1 voto contrário. O critério utilizado para a decisão foi o trecho de um texto no site da Grande Loja Maçônica do Rio Grande do Sul, que dizia não ser a maçonaria uma religião, mas uma ideologia de vida (BRASIL, 2017). Assim, a própria Maçonaria se definiu como uma não religião.

Atualmente, o problema de definir, legalmente, o que é ou não uma religião continua aberto, somente agravado por novas religiões não deístas que surgem; seja, muitas vezes, em reação às tradicionais e sua cultura de proselitismo, seja por entenderem a necessidade de uma dimensão metafísica/espiritual para o ser humano, mas sem a necessidade de uma estrutura de base sobrenatural.<sup>2</sup> Talvez o exemplo mais claro do primeiro

<sup>2</sup> “[...] to provide a religion for people who like some of the aspects of religion but didn't really like any of the stuff that was available.” (The Church of the Latter-Day Dude,

caso seja o *The Satanic Temple* que, apesar do nome, clama pela adoção do racionalismo contra a superstição, sendo considerado por muitos mais um movimento ativista do que uma religião,<sup>3</sup> lutando abertamente por manter separadas a educação religiosa da científica, bem como a laicidade das atividades do Estado.

Quanto ao segundo caso, cita-se o Dudeísmo (The Church of the Latter-Day Dude, 2017b). Parte humor, parte filosofia semelhante ao taoísmo chinês, o Dudeísmo promove a atitude de uma busca por se preocupar menos e aproveitar mais a vida, sempre evitando fazer qualquer mal, ou mesmo incomodar as pessoas. O Dudeísmo é uma religião oficialmente reconhecida nos Estados Unidos, e seus sacerdotes podem celebrar casamentos na maioria dos estados (The Church of the Latter-Day Dude, 2017a).

Jayne Weingartner Neto (2013) tenta, de certa forma, apresentar uma definição jurídica para religião, porém sem esgotá-lo, adotando uma abordagem tipológica:

Já o conceito tipológico, amplo e não essencialista, parte das parencças de famílias, os elementos comuns e relativamente consolidados das grandes religiões mundiais, mas nenhum deles, per se, é necessário ou suficiente, realizando-se uma análise de similitude/contraste com os padrões mais estabelecidos do fenômeno religioso – o que permite afastar as visões de mundo ideológicas, filosóficas, agnósticas ou ateias (marxismo ou maçonaria, por exemplo, que recebem proteção constitucional por outra via, em face da liberdade de consciência).

A expressão seita, sem contorno jurídico, de viés pejorativo e potencial discriminatório, é de ser descartada (embora o conceito tipológico remeta, em última instância, a um fenômeno social típico).

Assim, o conceito de o que é uma religião, antes já difícil de definir, se torna ainda mais difícil. Estudos (JOHNSON e GRIM, 2013, p. 9) apontam que o número de religiões do mundo é de aproximadamente 10000, com o número de denominações ultrapassando 34000.

## 2 LAICIDADE: UM CONCEITO

Conceituar laicidade não se prova uma tarefa mais fácil. O dicionário Michaelis define laicidade como “qualidade de laico” e, por sua vez, laico como “1 V leigo. 2 Secular, por oposição a eclesiástico”,

---

2017).

<sup>3</sup> “It is the position of The Satanic Temple that religion can, and should, be divorced from superstition. As such, we do not promote a belief in a personal Satan. To embrace the name Satan is to embrace rational inquiry removed from supernaturalism and archaic tradition-based superstitions. The Satanist should actively work to hone critical thinking and exercise reasonable agnosticism in all things. Our beliefs must be malleable to the best current scientific understandings of the material world — never the reverse.” (The Satanic Temple, 2017).

e o dicionário Aurélio apresentará como “que vive no, ou é próprio do mundo, do século; secular (por oposição a eclesiástico)”. O dicionário Dicto, por sua vez e de maneira mais ampla, define laico como:

adj. Característica do que ou daquele que não faz parte do clero; que não pertence a instituição ou ordem religiosa: empresa laica; escola laica; Estado laico.

Que não aceita ou recebe influência religiosa; que se opõe ao que é eclesiástico; secular.

Que se refere ao mundo ordinário, à vida civil.

s.m. Adepto ou pertencente do laicismo.

(Etm. do latim: *laicus.a.um*)

Faz-se importante a distinção entre laico e leigo, uma vez que, apesar de originalmente possuírem a mesma raiz no latim *laicu*, no mundo cristão convencionou-se o uso da terminologia leigo como alguém que é religioso, porém não pertence ao clero.<sup>4</sup> A palavra “laico” também vem do grego *laikós*, do povo, utilizada originalmente para se referir aos fiéis cristãos, para distingui-los dos membros do clero que controlam os sacramentos, e somente no século XIX começou a ser utilizado para aqueles que saem do controle eclesiástico (BLANCARTE, 2008, p. 141). Fala-se, então, em Estado Laico, como Estado que não aceita ou recebe influência religiosa, ou o Estado que não realiza alianças ou privilegia uma religião. Nas palavras de Thomas Jefferson, a separação Estado e Igreja.<sup>5</sup>

Ainda é importante diferenciar laicidade de laicismo. Enquanto a laicidade, para seus defensores, se apresenta como uma garantia ao exercício da liberdade de crença e culto, seus detratores irão denominar como laicismo como um regime de perseguição anticlerical que atenta contra as liberdades religiosas (BLANCARTE, 2008, p. 140).

Na busca de uma definição para laicidade, Blancarte (2008, p. 140-141) a contextualiza historicamente:

De ésta, sin embargo, nadie tiene una fecha exacta de su nacimiento, aunque sabemos que hay momentos históricos que la han hecho avanzar: el surgimiento del protestantismo y la idea de individuo, el desarrollo de la tolerancia a través de diversos edictos o fórmulas legales, el “des-establecimiento” de las Iglesias oficiales después de la independencia de las colonias norteamericanas, la revolución francesa, las leyes de separación entre el Estado y las Iglesias, así como otros

<sup>4</sup> No dicionário Aurélio: “2. Que pertence ao povo cristão como tal e não à hierarquia eclesiástica.”

<sup>5</sup> “Believing with you that religion is a matter which lies solely between Man & his God, that he owes account to none other for his faith or his worship, that the legitimate powers of government reach actions only, & not opinions, I contemplate with sovereign reverence that act of the whole American people which declared that their legislature should ‘make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof,’” thus building a wall of separation between Church & State.” (JEFFERSON, 2015).

acontecimientos miliares. La laicidad está estrechamente emparentada entonces con el liberalismo, con la democracia, con la separación de esferas entre lo religioso y lo político, con la tolerancia religiosa, con los derechos humanos, con la libertad de religión y de creencias y con la modernidad política, sin asimilarse a ninguna de éstas. En términos funcionales, la laicidad es un régimen de convivencia diseñado para el respeto de la libertad de conciencia, en el marco de una sociedad crecientemente plural, o que reconoce una diversidad existente. Dicho elemento constituiría entonces un común denominador esencial en cualquier tipo de sistema socio-político al que se le denomina “laico”.

Como último, resta ainda diferenciar laicidade de secularidade. O conceito de laicidade está vinculado aos países de tradição latina, ao passo que a ideia de secularização teve origem nos países anglo-saxões. Essa diferença é muito maior do que mera terminologia. Nos países latinos a realidade é marcada por um absoluto predomínio, praticamente um monopólio da Igreja Católica. De outro lado, nos países anglo-saxões, a pluralidade religiosa era a regra, geralmente com uma ausência de instituições eclesásticas hegemônicas. Como consequência, o movimento laico latino se caracteriza menos por um rompimento com a religião, e mais com a autoridade religiosa da Igreja Católica, especificamente. A laicidade das instituições políticas representa um meio de luta contra uma Igreja que ocorre através de uma secularização das instituições sociais (BLANCARTE, 2008, p. 142).

Nos países anglo-saxões, a secularização representa uma autonomia mais próxima das ideias liberais, com a criação de um espaço temporal independente da influência religiosa. Assim, busca-se preservar o direito de crença e liberdade de consciência, mas a religião migra para o privado, ficando à margem da esfera pública (BLANCARTE, 2008, p. 142).

Observa-se que o termo “laicidade” (*laïcité*, em francês) foi utilizado pela primeira vez apenas em 1871, no sentido de uma educação não confessional e sem instrução religiosa. Tal educação se tornou a espinha dorsal para construir instituições políticas livres das influências eclesásticas diretas e o fortalecimento de uma sociedade plural. Como se observa, a história da laicidade é anterior à sua conceptualização, ou mesmo sua nomenclatura. Como aponta Blancarte (2008, p. 143), há um elemento que define melhor o surgimento da laicidade: “la transición hacia un régimen social cuyas instituciones políticas se legitiman crecientemente por la soberanía popular y ya no por elementos sagrados o religiosos”.

Assim, nota-se que a laicidade não é um estado definitivo, mas, como a democracia, um processo. É a construção de um espaço temporal separado de toda influência religiosa, algo particularmente difícil na América Latina, onde a Igreja Católica (e, mais recentemente, as igrejas evangélicas neopentecostais) desejam moldar as políticas públicas e

formar os pilares institucionais do emaranhado de poder das sociedades (BLANCARTE, 2008, p. 144).

Finalmente, vale apontar a diferença da laicidade na América Latina da laicidade Europeia. Enquanto na Europa o estado laico surgiu como uma necessidade a partir das guerras religiosas, uma busca de tolerância e um fim da concepção centrada na frase “um Rei, uma lei, uma religião”, que simbolizava a união da religião e da nação, na América Latina a laicidade é mais uma condição do que um produto da pluralidade religiosa. Na América Latina as igrejas e confissões religiosas distintas da católica só puderam começar a se implantar após ser decretada a liberdade de culto, algo que frequentemente só aconteceu décadas após a independência dos países. Somente após meados do século XX o monopólio religioso católico foi posto em prova. Enquanto até 1950 o percentual de não católicos era mínimo, no início do século XXI, mais de 30% dos brasileiros eram não católicos. Há, assim, uma necessidade real do estabelecimento de um Estado autônomo, desvinculado de normas religiosas particulares, e a formulação de políticas laicas, para garantir a igualdades das religiões perante a lei, bem como a não discriminação religiosa (BLANCARTE, 2008, p. 161).

### **3 AS DIFERENTES RELAÇÕES ESTADO-RELIGIÃO E AS MEDIDAS DA LAICIDADE**

Como visto, as formas estatais pré-modernas, desde as mais antigas e até o medievo, tinham uma união ou, no mínimo, extrema proximidade com as religiões, chegando muitas vezes a se mesclarem e se confundirem.

Tem-se, antes de mais nada, as teocracias. No Egito antigo, os governantes eram considerados deuses. O Estado e a religião formavam um todo único, inseparável e indissolúvel. Streck e Moraes (2010, p. 23) conceituam teocracia:

[...] é uma forma estatal definida entre as antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, onde a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente. Em consequência, não se distingue o pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou de doutrinas econômicas. Características Fundamentais: a) a natureza unitária, inexistindo qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções; b) a religiosidade, onde a autoridade do governante e as normas de comportamento eram tidas como expressão de um poder divino, demonstrando a estreita relação Estado/divindade.

Apesar de esta forma ser definida por antigas civilizações, ainda se encontra presente nos dias de hoje, notadamente em países muçulmanos, como a Arábia Saudita e o Irã. O governo é despótico e teocrático, onde a



religião é a lei, e violação de preceitos religiosos carregam pesadas penas, até mesmo de morte.

Como todas as demais formas, o governo teocrata pode ter diversos graus, desde o mais básico, como proposto pelo Estado Islâmico (ISIS), até mais brandos, como nas monarquias feudais do medievo europeu e a atual Santa Sé, do Vaticano.

Mais comum, entretanto, foram os chamados estados confessionais. Enquanto não uma teocracia, e ostentando níveis variados de liberdade religiosa, o Estado possui uma religião oficial. Foi o caso do Brasil até 1891, onde a religião oficial era a Católica Apostólica Romana, bem como o Reino Unido, cuja religião oficial ainda hoje é a Igreja Anglicana.

Fala-se ainda de estados ateus, porém tais casos, na prática, não são observados. A Igreja Ortodoxa estava presente na União Soviética. O confucionismo e o taoísmo são sempre presentes na China. E na Coreia do Norte, os próprios líderes são figuras religiosas. O que se tem, neste último caso, é uma religião do Estado, com ambos se confundindo, algo que se encaixa mais proximamente na descrição de um estado teocrático.

Por último, com sua herança no liberalismo, tem-se, como já descrito, o estado laico. E, também como já descrito, a laicidade não é um todo completo, um produto final, mas sim, como a democracia, um processo: a laicização.

El término “laicidad” es prácticamente desconocido en el idioma inglés y en los países de tradición latina es utilizado prácticamente como sinónimo del concepto de “secularización”. Sin embargo, aunque de hecho sus contenidos semánticos e historia son diversos, se puede decir que ambos términos están relacionados de muchas maneras. Mientras que la secularización tiene que ver con diferenciación social, mundanización, privatización de la religión y reconfiguración de las creencias, la laicización concierne al proceso de separación de la religión respecto de los asuntos públicos, con el objeto de salvaguardar la libertad de conciencia, independientemente de las creencias particulares de cada quien. En suma, podría decirse que la laicización es la secularización del Estado, pero también en cierta medida de las instituciones culturales, educativas y científicas, en la medida en que el Estado alcanza esos terrenos. (BLANCARTE, 2012, p. 234-235).

Na esfera pública do Estado, considerando a laicidade como “autonomia da política frente à religião”, é possível utilizar-se a ideia de separação como um elemento chave para a medida da laicização (BLANCARTE, 2008, p. 236). A absoluta separação não existe, na realidade, vez que enquanto indivíduos possuírem uma consciência religiosa e convicções íntimas, estas irão afetar seu processo decisório.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> “Nor is that truly a belief at all which has not some influence upon the actions of him who holds it”. (CLIFFORD, 1876. p. 291).

É curioso notar que como a laicização é um processo, ela pode acontecer mesmo em estados onde não há uma separação formal entre o Estado e as religiões. Países como a Inglaterra, Noruega e Dinamarca, embora confessionais, possuem alto grau de secularização. O elemento crucial é, portanto, a autonomia do Estado perante qualquer doutrina religiosa ou filosófica em particular (BLANCARTE, 2012, p. 237).

Observam-se inicialmente dois elementos essenciais para a ideia de laicidade. A liberdade de crença e consciência, elemento de origem liberal presente desde os primórdios do movimento de separação Estado-Religião, presente inclusive na primeira constituição pós-Revolução Francesa. E a autonomia do Estado, um fator mais estrutural, observado em diferentes gradações, e que faz com que a absoluta laicidade não seja realidade.

Porém, para um Estado constitucional moderno, somente esses dois elementos não são suficientes. Na evolução do conceito de laicidade surge um novo objetivo, que é o da proteção dos direitos não apenas do indivíduo e da maioria, mas agora também das comunidades e minorias. Passa a ser o dever do Estado laico, além de não interferir e se desvincular das religiões, de assegurar a liberdade de consciência a todos e as ações que derivam desta. A pluralidade de religiões e doutrinas força o Estado a criar regras equitativas e não discriminatórias para todos, e não apenas para religiões específicas. O Estado laico é então um instrumento jurídico-político a serviço das liberdades em uma sociedade que se reconhece como plural e diversa (BLANCARTE, 2012, p. 237).

No contexto do Estado constitucional moderno, a laicidade pode ser definida como “um regime social de coexistência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente pela soberania popular e não por elementos sagrados ou religiosos” (BLANCARTE, 2008, p. 237) (Tradução Nossa).

Dado esse contexto, especialmente adequado à realidade Latino-Americana, e a conclusão de que a laicidade é um processo, passasse a questionar a gradação deste. Ou, em outras palavras, como medir a laicidade. Para tal, Blancarte propõe parâmetros divididos em 3 áreas de interesse: a esfera legal, a esfera social e a esfera cultural. Cada uma dessas esferas é novamente subdividida, com diferentes pesos. Inicialmente, foca-se na esfera legal (BLANCARTE, 2008, p. 238-239), para o qual os pesos são de 20% para o caráter do Estado (laico, religioso ou semiconfessional), 40% em relação entre o Estado e as religiões ou igrejas, e finalmente 40% quanto a proteção dos direitos humanos.

Blancarte, utilizando os critérios propostos, realizou a pesquisa na esfera legal e encontrou diferentes graus de laicidade nos países investigados. O México foi considerado o Estado mais laico, com 73,99 pontos, e a Costa Rica o menos, com apenas 36,36 pontos. O Brasil foi

classificado em segundo lugar, com 61,39 pontos de um total possível de 90 (ponderados). Entre os critérios que reduziram a nota do Brasil se encontram já o primeiro, que seja o tipo de invocação a origem do Estado. Como se observa no preâmbulo da Constituição: a invocação a Deus. Outro elemento considerado foi a existência de exceções fiscais para instituições religiosas. Por último, outro critério onde o Brasil recebeu nota 0 foi o não estabelecimento de educação laica (BLANCARTE, 2008, p. 240-245).

Ainda que incompleto, o índice de laicidade criado por Blancarte permite algumas conclusões. A primeira sendo a possibilidade de se medir a laicidade, utilizando parâmetros objetivos. Em segundo lugar, que o processo de laicização na América Latina se encontra em estágio relativamente avançado. Por exemplo, em nenhum dos países estudados foi constatada a criminalização da homossexualidade. Algo que ainda acontece em mais de 70 países do mundo (THE INDEPENDENT, 2017).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qualquer pretensão de conclusão de um estudo sobre a laicidade no Brasil seria no mínimo pretensiosa. Como uma mítica hidra, é um tema de diversas cabeças, envolvendo até mesmo conceitos sobre o que é ou não uma religião. Assim, o presente trabalho buscou estabelecer uma linha inicial, um *ground zero* epistêmico no sentido oposto, não de concluir, mas de servir de ponto de partida para discussão e estudos futuros.

Nesse sentido, buscando estabelecer conceitos iniciais, observou-se que o processo de surgimento do Estado ocorreu lado a lado com as religiões, muitas vezes se confundindo, com a própria ideia de separação dos dois entes como uma construção relativamente recente na história da sociedade humana, remontando, de maneira mais reconhecível, ao Iluminismo e à Revolução Francesa. Assim, com a adoção das ideias liberais revolucionárias, e em clara resposta às centenárias guerras religiosas que assolaram à Europa nos séculos antecedentes, iniciou-se o processo de laicização que hoje continua.

Pois a laicização não é, como se observou, um fato estático, mas sim um processo que, como tantos outros processos, prosseguem ao longo da história, com avanços e retrocessos, à medida que navega conjuntamente com a evolução da sociedade e das formas de Estado, de forma simbiótica à própria evolução dos direitos humanos, ao qual está intrinsecamente ligado.

Conceituando-se a ideia de laicidade, em especial diferenciando-se do laicismo, observou-se a diferença dos diversos modelos adotados, a tal ponto de se poder separar a nomenclatura de laicidade de secularização,

com a última sendo característica dos países anglo-saxões, ao passo que a primeira está ligada aos países latinos. Essa diferenciação, baseada nos modelos de influência da religião, em especial a Igreja Católica, sobre os Estados, provou-se importante para compreender possíveis variações em modelos e necessidades locais.

Dentro da realidade latino-americana, utilizando-se dos estudos de Blancarte, foi possível realizar uma análise da laicidade normativa, tendo-se assim parâmetros para a medição da laicidade. Tais parâmetros, ainda que incompletos devido a sua limitação ao plano normativo, não são menos importantes, vez possibilitarem um mínimo de aferição, onde antes não existia nenhuma, bem como para abrir caminho para aprimoramentos e expansão, envolvendo outras áreas, como das dinâmicas sociais.

## REFERÊNCIAS

BLANCARTE, Roberto J. Laicidad y laicismo en América Latina. *Estudios Sociológicos*, El Colegio de Mexico. v. 26 n. 76 p.139-164, jan./apr. 2008.

\_\_\_\_\_. ¿Cómo podemos medir la laicidad? *Estudios Sociológicos*, El Colegio de Mexico. v. 30 n. 88 p. 233-247, jan/apr, 2012. p. 234-235.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 572351*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2555864>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

CASINO, Bruce J. *Defining Religion in American Law*. Available from: <[http://www.religiousfreedom.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=431](http://www.religiousfreedom.com/index.php?option=com_content&view=article&id=431)>. Access date: Jul. 22nd 2017.

CLIFFORD, William Kingdon. The Ethics of Belief. *Contemporary Review*, London, v. 29. p. 289-309, 1876.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Trad. Leandro Konder. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

EUA. *Constituição dos Estados Unidos da América – 1787*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos->

anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 21 jul. 2017.

GEORGE MASON UNIVERSITY. *Constitution of the Year III*. Available from: <<https://chnm.gmu.edu/revolution/d/450/>>. Access date: Jul. 21st 2017.

HISTORYWIZ. *The Constitution of 1791 National Assembly*. Available from: <<http://www.historywiz.com/primarysources/const1791text.html>>. Access date: Jul. 21st 2017.

INTERNAL Revenue Service. “Churches” Defined. Available from: <<https://www.irs.gov/charities-non-profits/churches-religious-organizations/churches-defined>>. Access date: Jul. 22nd 2017.

JEFFERSON, Thomas. *Jefferson’s Letter to the Danbury Baptists*. Available from: <<https://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html>>. Access date: Dec. 11th 2015.

JOHNSON, Todd M.; GRIM, Brian J. *The world’s religions in figures: an introduction of international religious demography*. West Sussex, UK: John Wiley & Sons, 2013.

LEFLON, Jean. La crise révolutionnaire *apud* SABORIT, Ignasi Terradas. *Religiosidade na Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

SABORIT, Ignasi Terradas. *Religiosidade na Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

STRECK, Lenio L.; MORAIS, José L. B. de. *Ciência política e teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

THE CHURCH of the Latter-Day Dude. *Frequently asked questions*. Available from: <<http://dudeism.com/faq/>>. Access date: Jul. 25th 2017a.

\_\_\_\_\_. *What is Dudeism?*. Available from: <<http://dudeism.com/whatisdudeism/>>. Access date: Jul. 25h 2017b.

THE INDEPENDENT. *LGBT relationships are illegal in 74 countries, research finds*. Available from: <<http://www.independent.co.uk/news/world/gay-lesbian-bisexual-relationships-illegal-in-74-countries-a7033666.html>>. Access date: Jul. 22nd 2017.

THE SATANIC Temple. *FAQ*. Available from: <<https://thesatanictemple.com/pages/faq>>. Access date: Jul. 25th 2017.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao artigo 5º, VI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. *ebook*.

Recebido em: 17.12.2017

Aceito em: 12.11.2018

## NORMAS DE PUBLICAÇÃO

1. A *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, elaborada pelo Curso de Direito da URI, campus de Santo Ângelo, publica artigos, ensaios e resenhas.

2. Antes de realizar a submissão é imprescindível a leitura dos seguintes itens: “Processo de Avaliação pelos Pares”, “Código de Conduta Editorial” e “Declaração de Direitos Autorais”.

3. O Conselho Editorial não se obriga a publicar nenhum texto que lhe seja enviado, bem como não se obriga a devolver os originais. Somente serão devolvidos os textos ao(s) autor(es) em caso de mudanças ou correções sugeridas pelo Conselho Editorial. Ao enviar os trabalhos para publicação, seus autores cedem automaticamente os direitos autorais à Revista. Os conceitos e informações contidas nos textos são de inteira responsabilidade de seus autores. A revista fornecerá ao autor do texto um exemplar da edição, quando a mesma for impressa.

4. Os arquivos dos textos deverão ser submetidos exclusivamente pelo sistema on-line (Open Journal Systems) no portal da revista, mediante cadastro e criação de login e senha e encaminhados, preferencialmente, nas extensões DOCX (Microsoft Word) ou RTF (Rich Text Format). Outros formatos de arquivo (por exemplo, PDF) não serão aceitos, sendo imediatamente arquivados.

5. Os textos podem ser redigidos em português, inglês, espanhol, francês, alemão ou italiano, devendo primar por uma linguagem clara e fluente e obedecer às normas ortográficas vigentes no país de origem.

6. Os artigos deverão ter no máximo até três autores/as, sendo que ao menos um dos autores deverá ter titulação de doutorado e, preferencialmente, estar vinculado a um núcleo ou grupo de pesquisa de um Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*. Resenhas ou ensaios deverão ter obrigatoriamente apenas um autor ou autora.

7. Os textos deverão seguir obrigatoriamente as seguintes especificações de configuração e formatação:

a) Os textos não deverão conter qualquer alusão aos autores. Os nomes dos autores deverão ser inseridos no formulário eletrônico, bem como ser atualizada a biografia em seu “perfil do usuário”, contemplando informações como maior titulação acadêmica e vínculo institucional, com referência explícita ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* a que se encontra vinculado e se está vinculado a alguma instituição de fomento à pesquisa.

a) O layout de página deverá estar configurado em papel A4, com as margens superior e esquerda 3 cm, direito e inferior 2 cm.

b) Os textos deverão utilizar fonte Times New Roman em tamanho 12, com espaçamento entrelinhas simples, recuo de 1,25 cm na primeira linha nos parágrafos, com no máximo 20 laudas.

c) O conteúdo do texto deve ser dividido em tópicos e, eventualmente, subtópicos numerados de forma progressiva, caixa alta, em negrito, sem recuo de primeira linha. Os tópicos do desenvolvimento são de livre atribuição do autor, mas os artigos devem obrigatoriamente conter:

- Título (em português e inglês): centralizado, em negrito e tamanho da fonte 12;

- Resumo (em português e inglês): justificado, tamanho da fonte 10, com, no máximo, 250 palavras;

- Palavras-chave (em português e inglês): no máximo 5 palavras-chave, tamanho da fonte 10, separadas por ponto;

- Considerações iniciais, desenvolvimento, considerações finais: tamanho 12, espaçamento simples.

- Citações e referências: As citações deverão ser no formato AUTOR-DATA, ou seja, entre parênteses deve constar (SOBRENOME, ano, página). As notas de rodapé deverão ser destinadas somente para breves comentários do texto. Não deverão ser utilizadas expressões latinas, tais como idem, ibidem, opus citatum em caso de repetição de referência.

d) As Referências deverão estar no final do artigo, espaçamento entrelinhas simples, separadas por uma linha em branco e alinhadas à margem esquerda.