ISSN 2318-7999
Direito
REVISTA DA FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
Programa de Pós-graduação
em Direito

COMISSÃO EDITORIAL

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais
Profa. Dra. Marinella Machado Araújo
Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá
Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti
Prof. Dr. Walter Guandalini Júnior
Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Prof. Dr. Luís Fernando Sgarbossa
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Profa. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau
Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Profa. Dra. Angela Issa Haonat
Prf. Dr. Antonio José de Mattos Neto
Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci
Prof. Dr. Nirson Medeiros da Silva Neto
Prof. Dr. André Gomes de Sousa Alves
Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo
Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares
Prof. Dr. João da Cruz Gonçalves Neto
Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa
Prof. Dr. Nelson Flávio Firmino
Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Profa. Dra. Cynthia Soares Carneiro
Prof. Dr. Odorico Ferreira Cardoso Neto
Prof. Dr. Luís Antonio Bitante Fernandes
Prof. Dr. Rabah Belaidi Belaidi

EDITORES DE SEÇÃO

Prof. Me. Marcus Vinícius Pimenta
Prof. Me. Clenderson Rodrigues da Cruz
Profa. Ana Cecília de Oliveira Bitarães
Prof. Me. Bruno Fernandes Lima
Profa. Núbia Leoni de Freitas Nogueira
Prof. Me. Andrey Philippe de Sá Baeta Neves
Prof. Dr. Rafhael Lima Ribeiro
Profa. Me. Ana Luiza Novais Cabral
Prof. Me. Marcos Edmar Ramos Alvares da Silva
Profa. Me. Bárbara Nascimento de Lima

SUMÁRIO

INDICE

SUMMARY

EDITORIAL - BIODIREITO E HUMANISMO: UMA VIRADA TRANSFORMADORA **01 – 15**
Emilssen González de Cancino
Maria de Fátima Freire de Sá

EDITORIAL - BIODERECHO Y HUMANISMO: UN GIRO DE TUERCA TRASFORMADOR **16 - 30**
Emilssen González de Cancino
Maria de Fátima Freire de Sá

EDITORIAL - BIO-LAW AND HUMANISM: A TRANSFORMATIONAL TURNING POINT **31 - 46**
Emilssen González de Cancino
Maria de Fátima Freire de Sá

Dossiê "O Direito e a Bioética ante os limites da Vida Humana em Carlos María Romeo Casabona"
Dossier "El Derecho y la Bioética ante los limites de la vida humana en Carlos María Romeo Casabona"

LA COVID 19 Y LAS POLÍTICAS EUROPEAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS **47 – 65**
Carlos María Romeo Casabona

A COVID 19 E AS POLÍTICAS EUROPEIAS SOBRE DIREITOS HUMANOS **66 – 83**
Carlos María Romeo Casabona

CONSIDERACIONES EN TORNO AL DELITO DE CLONACIÓN **84 – 107**
CONSIDERATIONS ON THE CRIME OF CLONING
Iñigo de Miguel Beriain
Emilio José Armaza Armaza

TOMA DE DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español **108 - 140**
END-OF-LIFE DECISION MAKING: current situation and future perspectives in the spanish law
Pilar Nicolás Jiménez
Sergio Romeo Malanda
Asier Urruela Mora

IMPLICACIONES ÉTICO-JURÍDICAS DE LA EDICIÓN DE GENES **141 - 160**
ETHICAL AND LEGAL IMPLICATIONS OF GENE EDITING
Aliuska Duardo Sánchez
Ekain Payán Ellacuria

IMPLICAÇÕES BIOÉTICO-JURÍDICAS DO USO DA EDIÇÃO GENÉTICA COMO ALTERNATIVA TERAPÊUTICA NAS RELAÇÕES EM SAÚDE NO BRASIL **161 – 186**
BIOETHICAL-LEGAL IMPLICATIONS OF THE USE OF GENETIC EDITING AS A THERAPEUTIC ALTERNATIVE IN HEALTH RELATIONS IN BRAZIL
Ana Thereza Meireles Araujo
Rafael Silva Verdival dos Santos

ETHICAL AND LEGAL IMPLICATIONS OF A GLOBAL HEALTH CRISIS ON SPORTS LAW: from the ebola threat to covid-19 **187 – 201**
IMPLICACIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS DE UNA CRISIS SANITARIA GLOBAL EN EL DERECHO DEPORTIVO: de la amenaza del ébola a la covid-19
Elena Atienza Macías
Aitziber Emaldi Cirión

GENOMA HUMANO, DESAROLLO CIENTÍFICO Y SIGLO XXI: construcción de basas interprectativas biojurídcas iluminadas por la obra de Carlos María Romeo Casabona **202 – 223**
GENOMA HUMANO, DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E SÉCULO XXI: construções de bases interpretativas biojurídicas iluminadas pela obra de Carlos María Romeo Casabona
Ana Paula Myszczuk
Jussara Maria Leal de Meirelles

Direito e Democracia na sociedade contemporânea
Derecho y Democracia em la sociedad contemporanea

AUTONOMIA DO PACIENTE, POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCORPORAÇÃO DE TERAPÊUTICAS PELO SUS NA PANDEMIA DE COVID-19 E O PAPEL DA MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS **224 – 248**
PATIENT AUTONOMY, PUBLIC POLICIES FOR THE INCORPORATION OF THERAPEUTICS BY THE BRAZILIAN HEALTH SYSTEM IN THE COVID-19 PANDEMIC AND THE ROLE OF EVIDENCE-BASED MEDICINE
Roberto Henrique Pôrto Nogueira
Felipe Melazzo do Nascimento Santos

BEBÊ GLOBALIZADO: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro **249 – 270**
GLOBALIZED BABY: subrogate gestation and the brazilian private international law
Fernanda Schaefer Rivabem
Frederico Glitz

PODER MODERADOR, FORÇAS ARMADAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: uma leitura constitucionalmente adequada **271 - 298**
NEUTRAL POWER, ARMED FORCES AND THE FEDERAL CONSTITUTION: a constitutionally adequate reading
Diogo Bacha e Silva
Álvaro Ricardo de Souza Cruz

A DESENCRIPTAÇÃO DO PODER PELOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: uma análise da experiência sul-africana **299 - 322**
THE DECRYPTION OF POWER BY STRUCTURAL LITIGATION: an analysis of the south african experience
Matheus Casimiro Gomes Serafim
Felipe Braga Albuquerque

PACO YUNQUE AINDA VIVE ENTRE NÓS: a necessidade de políticas educacionais interculturais para a emancipação do povo oculto **324 – 343**
PACO YUNQUE STILL LIVES BETWEEN US: the need for intercultural educational policies for emancipation of the hidden people
Ana Maria D'Ávila Lopes

IMPACTOS DO NEUROMARKETING NA VULNERABILIDADE DO CONSUMDOR **344 – 362**
THE IMPACTS OF NEUROMARKETING ON THE CONSUMER'S VULNERABILITY
Mariele Zoratto
Antônio Carlos Efing

PARA ALÉM DO PROCESSO: a implementação da justiça restaurativa no Brasil a partir do discurso político-criminal inerente à reforma processual penal na América Latina **363 – 388**
BEYOND THE PROCESS: the implementation of restorative justice in Brazil based on the political speech inherent to the criminal procedural reform in Latin America
Marco Aurélio Nunes da Silveira
Lohan Ribeiro Couto

POR UMA UNIVERSALIDADE DIALÓGICA E ANALÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS: superando os impasses do universalismo e do relativismo absolutos **389 – 410**
FOR A DIALOGICAL AND ANALOGICAL UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS: overcoming the impasses of absolute universalism and absolute relativism
Elden Borges Souza
Victor Sales Pinheiro

A TEORIA DA ATRIBUIÇÃO ALTERNATIVA DE PODER: o resultado de uma colaboração entre Kelsen e Merkl **411 – 430**
THE THEORY OF ALTERNATIVE EMPOWERMENT: the result of a 5ollaboration between Kelsen and Merkl
Matheus Pelegrino da Silva

IDENTIDADE RELIGIOSA COMO CRITÉRIO DE CIDADANIA À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL: uma análise da legislação da Índia **431 - 451**
RELIGIOUS IDENTITY AS CRITERION OF CITIZENSHIP UNDER INTERNATIONAL LAW: an analysis of the legislation of India
Felipe Augusto Lopes Carvalho

EDITORIAL

BIODIREITO E HUMANISMO: UMA VIRADA TRANSFORMADORA

Emilssen González de Cancino
Universidad Externado de Colombia – Bogotá
Maria de Fátima Freire de Sá[1]
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

PARTE I*

No início de setembro deste ano, recebi a mensagem de Maria de Fátima Freire de Sá, ilustre professora e pesquisadora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, para anunciar-me que dedicariam um número especial da prestigiosa revista daquela universidade com o objetivo de destacar os méritos do professor *Carlos María Romeo Casabona*. A notícia veio acompanhada do convite para escrever a quatro mãos com a editora algumas palavras de apresentação; minha aceitação foi imediata em virtude da admiração e da gratidão que sinto pelo homenageado.

O tempo era curto para empreender uma tarefa que pretendia comentar a sua extensa bibliografia e rever os trabalhos desempenhados em organismos nacionais e internacionais ou destacar devid amente o admirável contributo realizado à frente da Cátedra de Direito e Genoma Humano na qual a sua vocação de mestre foi se consolidando com generosidade para acompanhar jovens juristas no difícil caminho da pesquisa.

Os primeiros escritos que li do professor Romeo Casabona me chegaram pelas mãos de dois grandes amigos. Em primeiro lugar, Jaime Vidal Perdomo, professor de Direito Administrativo, deu-me uma série de volumes que continham alguns dos trabalhos apresentados no “Encontro internacional sobre o direito frente ao projeto genoma humano” realizado em Bilbao, patrocinado pela Fundação BBV com a colaboração da Universidade de Deusto e do Conselho Provincial de Biscaia em 1993; depois, Enrique Ruiz Vadillo, Magistrado do T C. espanhol e sua esposa Elvira me presentearam com os volumes que eu

[1] Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3485-4923
* Tradução de Maria de Fátima Freire de Sá (PUC Minas) e Ana Paula Myszczuk (UTFP)

precisava para completar a coleção que ainda não era amplamente conhecida em meu país, a Colômbia.

Na América Latina, o professor é amado e respeitado por sua obra escrita e por seu apoio permanente a iniciativas que buscam aprofundar o estudo das questões biomédicas e do direito penal. Com base nisso, propositadamente optei por fazer breves comentários sobre a primeira apresentação escrita que tive a oportunidade de ler e um livro que faz parte da coleção de publicações do Centro de Estudos de Genética e Direito da Universidade Externado da Colômbia de Bogotá. Parece-me que podem ser úteis àqueles que se comprometem a reconstruir o fio da evolução que teve o pensamento de Romeo Casabona, que, aliás, esteve à frente de muitos de seus colegas de língua espanhola na construção dos problemas e na busca de soluções jurídicas no campo das técnicas genéticas modernas que, como todos sabem, ocupa o vértice entre a esperança e o risco.

No volume III tive a oportunidade de ler a apresentação intitulada "Limites criminais das manipulações genéticas". Desde então, permaneço atenta para aproveitar qualquer ocasião que me permita entrar em contacto com novas publicações - agora também com vídeos - e, se possível, assistir às suas conferências, porque tenho certeza de que nelas encontrarei descrições exatas, análises de fina técnica jurídica, soluções abertas para muitas possibilidades, em torno de temas muito atuais no campo em que o direito encontra a vida e a tecnologia.

É ali que surgem os questionamentos fundamentais que marcam o seu trabalho: Qual é essa barreira de dignidade da vida que o direito não deve ultrapassar? Qual é o requintado cálculo de medidas que o direito pode adotar quando intervém na relação entre a vida e a tecnologia? As respostas, nada simples, indicarão, de acordo com suas palavras

> o que deve ser apoiado, garantido e protegido; nos indicará[ão] o que deve ser incentivado e limitado; e, por fim, o que deve ser proibido e sancionado, se for o caso, com quais instrumentos jurídicos[2].

Seus escritos revelam a enorme quantidade de horas dedicadas ao estudo dos aspectos científicos: a biomedicina, a reprodução assistida, a genética, a biologia molecular, a clonagem, a partenogênese, cujo entendimento com certo nível de profundidade é necessário para identificar os direitos , interesses, valores ou bens jurídicos sobre os quais podem espelhar as atuações de cientistas e biotecnólogos, calcular, na medida do possível, os

[2] C.M. ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, El derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Fundación BBV, Bilbao, 1994, v. III, pp.173-212

impactos que podem sofrer, ponderá-los entre si e em relação aos valores e princípios fundantes dos ordenamentos jurídicos, a fim de tomar as melhores decisões.

Como acontece com um instrumento cirúrgico de dois gumes, em cada um de seus estudos o professor Romeo Casabona mostra a seus leitores as sutilezas e as nuances científicas e jurídicas do assunto sob exame. Quase poderíamos dizer que, como os juristas romanos, analisa todos os "possíveis, possíveis", explica as questões que possam surgir, o tratamento que lhes tem sido dado pelas normas jurídicas de variados níveis, assim como na ética e particularmente na bioética, e defende sua própria solução quando o considera necessário.

Na apresentação a que aludimos, levanta-se, entre outas, a interessante questão da possível existência de bens coletivos, como bens pertencentes à espécie ou à humanidade e sua proteção com os instrumentos próprios do direito penal, entre outros. À primeira vista, a nossa atitude é desconfiada face à inclusão de sujeitos não suficientemente caracterizados como titulares de bens protegidos com as sanções legais prórpias dessa área do direito, porque poderiam ser utilizadas para restringir a liberdade individual para além do justificável; No entanto, não podemos deixar de reconhecer que o autor realiza uma análise muito cuidadosa dos riscos que a manipulação de genes poderia acarretar para a descendência individual e as gerações futuras, e se manifesta favorável a proteger "a inalterabilidade de certas características da espécie humana bem como a sua pluralidade e diversidade genética" e, o que poderíamos qualificar de reflexo político "proteger ao mesmo tempo os valores democráticos baseados no pluralismo e na igualdade"[3].

Nesse sentido, questiona-se sobre a possibilidade de superar o aparente dilema que representa o reconhecimento do direito à herança de um patrimônio genético inalterado, com direito -também possível- de herdar um patrimônio genético livre de doenças graves[4]; sua resposta defende a avaliação valorativa de todos os aspectos científicos, filosóficos, éticos e de saúde presentes na tensão entre os dois, a fim de se chegar a uma regulação que não contrastem com os beneficios que poderiam ser alcançados, por exemplo, com a terapia gênica em linha germinativa.

Na brevidade de uma palestra, o autor anuncia outras possibilidades científicas sobre as quais o direito penal deveria colocar a lupa por envolverem bens jurídicos de transcendência para a espécie como um todo: a clonagem nas variantes que vulneram a

[3] *Ibidem*, p. 205

[4] Na sentença do caso Costa e Pavan contra Italia (28 de agosto de 2012), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos deixou clara a diferença entre pretender o direito a ter um filho são – questão impossível – e o direito a ter um filho livre de uma doença de transmissão genética plenamente identificada na família.

identidade e a irrepetibilidade do ser humano, a privação da dupla dotação genética (masculino e feminino), a ectogênese e a criação de armas biológicas; Ao mesmo tempo, afirma que é preciso persistir no debate multidisciplinar, pois a liberdade de pesquisa científica está constitucionalmente protegida e as inovações conquistadas pela ciência e pela tecnologia vêm proporcionando grandes benefícios à humanidade, mas o direito tem a responsabilidade de evitar que sejam usadas para facilitar a tentação do totalitarismo de padronizar ou hierarquizar os humanos. Vale a pena citar literalmente:

> Podemos antecipar que as limitações ou proibições que poderiam ser estabelecidas sobre a pesquisa genética voltada principalmente para a aquisição de conhecimento ... devem ser determinadas exclusivamente por sua colisão com outros direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos ... quando tal colisão não tenha ocorrido ou tenha sido possível a sua resolução a favor da investigação por não afetar substancialmente esses direitos, os poderes públicos - mas não só eles - devem assumir a responsabilidade de promover a ciência e a investigação científica e técnica em benefício do interesse geral.[5]

É neste ponto que surge outra reflexão da escrita de Romeo Casabona: a importância do envolvimento da comunidade internacional na busca de uma regulamentação adequada para frear o turismo genético sempre que este propicie a existência de "paraísos" que facilitem o surgimento de novos fatores de desigualdade ou ponham em perigo direitos e liberdades sobre cuja existência existe amplo consenso.

A editora da Universidade Externado da Colômbia, na qual leciono há muitos anos, publicou em 1996 o livro de Romeo Casabona intitulado *Do gen ao direito*, que contou com diversos leitores entre os advogados da América Latina. Nos sete capítulos que o compõem, são analisados temas que até hoje são objeto de preocupação e atenção dos juristas em relação à pesquisa genética e sua aplicação, em particular, mas não só, aos seres humanos.

Destacamos a sugestiva apresentação que o autor faz dos avanços da genética, exibindo o amplo leque de suas possibilidades, levando o leitor, principalmente se for jurista, a analisar tanto as faces luminosas quanto as opacas daqueles e, claro, repetir a profissão de fé: corresponde ao direito identificar com grande diligência os bens e valores dignos de proteção e ponderar os direitos e interesses envolvidos para ajustar a forma e a medida dessa proteção.

Com indiscutível acerto, indica muitas das atitudes ou respostas que deveriam ser evitadas, pois de outra forma se rompería o desejável equilíbrio entre a promoção do

[5] C. M. ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho, Bogotá,* Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 41

progresso científico e a proteção das pessoas, de seus direitos fundamentais e dos valores que têm servido de base para democracia.

Ele ressalta, por exemplo, que um dos riscos seria tentar vincular comportamentos, até mesmo modos de pensar, aos genes, de forma reducionista e determinista, pois isso faria com que as sociedades caminhassem para uma discriminação rejeitável. A plenitude do ser humano não se esgota nem no mapa de seu genoma -individual ou da espécie-, nem nas leis da genética ou do direito derecho[6].

Nesta linha de princípios, o autor desenvolve um estudo criterioso sobre as análises genéticas em cada um dos grandes marcos da parábola vital das pessoas, enfatizando que a informação genética - em permanente processo de expansão, tanto em termos de conhecimento dos indivíduos, bem como de suas famílias e grupos sociais - é uma ferramenta poderosa, especialmente, sanitária e de saúde, mas devastadora se usada contra a liberdade, a igualdade e a solidariedade e, por isso mesmo, esses princípios e valores compartilhados pelo direito e pela bioética, devem definir o rumo para seu desenvolvimento.

Por outro lado, um dos grandes debates da teoria e da filosofia do direito dos últimos tempos tem se dado em relação às categorías[7] utilizadas pelos diferentes ordenamentos jurídicos, a revisão[8] daquelas que desde o século XIX eram consideradas mais sólidas e a superação de muitas delas. O problema, até agora sem solução unívoca, surge também no horizonte mental de Romeo, que, com acuidade, o destaca como a raiz do estatuto jurídico que possa corresponder ao embrião *in vitro*, ao genoma humano, às gerações futuras, entre outros.

Sempre que o autor examina os limites da liberdade de configuração do legislador, quando seja necessária e indispensável a regulamentação de matérias relacionadas com as questões científicas e tecnológicas -especialmente a biotecnologia- ele estabelece três elementos norteadores de significativa importância e que, por desconhecidos, estão silenciados nos escritos jurídicos: consenso, gradualismo e temporalidade.

Consenso, pelo que esse conceito significa para a teoria e a prática na formação de instrumentos jurídicos próprios dos países democráticos que hoje atribuem um papel transcendental ao pluralismo, bem como à comunidade internacional. Não se legisla com base

[6] E. GONZÁLEZ DE CANCINO, *Genes y derecho*, en Asociación para el avance de la ciencia, El genoma humano, Bogotá, Panamericana, 2001, pp.161-173

[7] Recientemente S. SCHIPANI ha estudiado las macrocategorías que, a partir de la tradición institucional que arranca del derecho romano ha orientado el pensamiento y el lenguaje de los juristas y, de contera, las divisiones sistemáticas de leyes y códigos de derecho privado. (S. SCHIPANI, *Las macrocategorías de las Instituciones y los principios generales de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019)

[8] R. ESPOSITO, *Las personas y las cosas*, Buenos Aires – Madrid, Katz, Eudeba, 2016

na maior influência de algum grupo; ao contrário, busca-se conciliar os interesses de todos eles; neste caso, por exemplo, pesquisadores, patrocinadores de projetos de pesquisa, sociedade, indivíduos, etc.

Gradualidade, que implica, entre outras coisas, o estudo das questões científicas ou tecnológicas, o cálculo dos riscos que podem apresentar e dos benefícios racionalmente esperáveis, o intercâmbio interdisciplinar de ideias, a elaboração de políticas públicas que garantam o acesso universal ao conhecimento e aos produtos de bem-estar que daí derivem e, apenas a partir dos resultados desses processos, estabelecer medidas normativas que não signifiquem apelar, por exemplo, para o argumento da ladeira escorregadia, proibindo ou sancionando o que não deve ser ou não deve ser ainda, com o suposto propósito de prevenir qualquer dano que seu futuro desenvolvimento possa causar ao indivíduo, à sociedade ou à espécie. Como era de se esperar, o autor, professor de direito penal, destaca com insistência a posição que corresponde a este ramo do direito, a este campo do ordenamento jurídico, cujas sanções costumam ser restritivas de direitos fundamentais: estas só devem ser utilizadas quando outras sejam manifestamente inúteis ou insuficientes.

Provisoriedade ou temporalidade, porque o contexto científico no qual o direito se move neste ponto é singularmente variável, efêmero e, por vezes, contraditório. Assim, é a dita “consciência social” que, em períodos de tempo cada vez mais difíceis de medir, expressa de forma diferente a valoração do desenvolvimento no campo das ciências e tecnologias. Assim, o direito positivo deve frequentemente adaptar suas regras a novas realidades e cabe aos juristas deixar para trás o ideal decimonônico de leis duradouras ao longo dos séculos.

> O autor deixa bem claro que propõe esses três elementos como guia para o processo de identificação dos valores a ser protegidos e o cálculo da "função que pode ou deve ser realizada pelo direito", mas não em relação à "essencialidade desses valores", porque os direitos fundamentais constituem a referência indispensável[9].

Neste mesmo trabalho, o autor analisa as questões abertas para o direito de obter, armazenar e utilizar informações e dados genéticos, bem como as respostas do direito espanhol e europeu. Realce desta publicação (1996) são: sujeitos com a decisão de comunicar ao paciente ou sujeito de pesquisa os chamados achados acidentais, a comunicação de dados do paciente aos seus familiares, o direito emergente de "não saber", a responsabilidade pelos danos causados pelo vazamento de informações, ou a identificação de fatores que possam

[9] C.M. ROMEO CASABONA, Del gen al derecho, Cit., p. 43

legitimar a interferência do Estado na vida privada para acessar os dados considerados sensíveis, todos eles analisados com perspicácia por Romeo[10].

No capítulo IV da publicação de 1996, o autor expressa um julgamento que poderia muito bem ser aplicado às recentes e altamente divulgadas notícias sobre o nascimento, na China, de gêmeos, que não seriam suscetíveis à infecção pelo HIV, por meio da manipulação de um de seus genes, pelo pesquisador chinês Hi Juankui, da Universidade de Ciência e Tecnologia doSul em Shenzhen. Experimentos como este - desde que sejam realizados de acordo com as regras de probidade e integridade científicas - Romeo Casabona refere-se como intervenções preventivas de eugenia e aconselha recorrer-se, não a uma proibição definitiva, mas a uma moratória que nos permita conhecer com mais precisão suas possibilidades e efeitos. Esta é uma posição que pode ser criticada por muitos, a qual parece ligada a termos de mera eficácia técnica e segurança; no entanto, trata-se de uma declaração de prudência e esperança, pois sabemos que as medidas preventivas de saúde são consideradas preferíveis aos tratamentos de doenças após sua manifestação sintomática, e também que merecem uma avaliação ética positiva; portanto, se for demonstrado que é possível prevenir doenças, que trazem enorme sofrimento para aqueles que sofrem com elas e suas famílias, através de intervenções na linha germinal, sem colocar o indivíduo ou espécie em risco, seria difícil encontrar argumentos para negar essa possibilidade àqueles que desejam ter filhos livres de uma doença suficientemente identificada.

Por muitos anos, a comunidade internacional chegou a um consenso, diz Romeo Casabona, "ao identificar alguns bens cuja violação afeta a humanidade, como um todo ou, nas palavras da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos da Unesco, a Grande Família Humana, por exemplo, em relação ao direito das pessoas e crimes de genocídio e que este seria um precedente valioso para continuar a trilhar um caminho para tentar chegar a acordos com força vinculante que garantam, a todos os seres humanos, a inalterabilidade e a intangibilidade do patrimônio genético não patológico, o "direito à individualidade e à condição de ser você mesmo e distinto dos outros", a dupla doação genética - feminina e masculina- , bem como a sobrevivência da espécie humana, proibindo o desenvolvimento de armas biológicas ou modificando o meio ambiente com técnicas de

[10]Quando este trabalho foi publicado, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO de outubro de 2003, a regulamentação (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho do Conselho de 27 de Abril de 2016 sobre a proteção de pessoas naturais no que diz respeito ao processamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, ainda não havia sido promulgada; nem a Lei Colombiana 1581 de 2012 sobre proteção de dados.

engenharia genética que envolvem riscos indesejados e são incompatíveis com a vida humana – diriamos que, nesses casos, o risco seria baseado na própria vida como um todo.[11]

Um tema interessante descrito neste livro é o da possível existência dos deveres humanos, sem correlação com os direitos humanos já reconhecidos, deveres simplesmente baseados em valores de solidariedade e coresponsabilidade emanando da consciência de compartilhar espécies, genoma e enfrentar riscos comuns que os colocam em grave perigo. As perguntas estão abertas, mas não lhes dão importância:

> Tal abordagem envolveria a introdução de uma rota indireta de restrição indesejável dos direitos humanos? Ele iria talvez longe demais? Deveriam permanecer deveres morais, mas cujo valor inegável forçaria sua promoção por autoridades públicas ou privadas apropriadas? de restrito indesejável dois diareitos humanos?[12]

Nos anos atuais, a convicção de que cabe, preferencialmente, aos setores de educação e mídia conscientizar sobre a necessidade de proteger as condições de sobrevivência da vida na Terra e as estratégias ideais para isso parece ganhar terreno.

Outra questão que atrai a atenção dos juristas e tem provocado intermináveis debates gira em torno da existência de embriões fora do útero. Em que categoria legal colocá-los? Eles são detentores de direitos? Que proteção deve ser dada a eles? Quem tem o direito de tomar decisões que os afetem? Após a publicação do livro que estamos comentando, Romeo Casabona já lidou várias vezes com seu estudo e análise sempre utilizando o método rigoroso que apreciamos ao longo de seu trabalho: combina exposição científica simples, a descrição dos pontos de virada que podem ser distinguidos no desenvolvimento biológico, a identificação de valores merecedores de proteção legal em cada uma das diferentes situações biológicas, críticas às soluções jurídicas existentes e à proposta de alguns deles devidamente discutidos.

Neste caso, aplica-se o conceito de viabilidade tanto ao *embrião in vitro* quanto ao do *útero.* Estabelece-se, portanto, a hierarquia para reconhecer valores dignos de proteção: em primeiro, o embrião ou feto "capaz de continuar seu processo de vida sem a dependência da mãe" (viabilidade extrauterina); segundo, em o embrião viável assim que ele é *elegível para continuar seu desenvolvimento já está in vitro, seja no útero, mas* ainda não implantado (viabilidade biológica); em terceiro, o embrião não viável, ou seja, "incapaz de se desenvolver por causa de anormalidades incompatíveis com a vida.”[13].

---

[11] UNESCO, Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Os Direitos Humanos de 1997.
[12]C.M. ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho,* cit., p. 348
[13] C. M. ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho,* cit., p. 361

O autor aceita que o *embrião in vitro não* detém direitos, mas possui dignidade e sua vida é um bem jurídico protegido. Ao distinguir ações que deveriam ser permitidas e aquelas que deveriam ser proibidas e até sancionadas, a pedra de toque é o benefício do "novo ser futuro", portanto, em sua opinião, devem ser admitidas intervenções para fins terapêuticos.[14][15]

Um aspecto mais problemático é a pesquisa e a experimentação com embriões, pois envolvem discussões em torno do *status* ético e legal do *embrião in vitro.* Aqueles que consideram que a partir da fertilização do óvulo há uma pessoa cuja dignidade impõe ao direito a obrigação de reconhecer dignidade e direitos estão longe de admitir a possibilidade de autorizar pesquisas ou experimentações que coloquem em risco a vida do embrião. Na outra ponta, aqueles que consideram que o embrião nada mais é do que um aglomerado de células, assim como qualquer outra, não consideram proibir a ação científica sobre ele, mesmo que possam envolver sua eliminação. No meio, várias posições são defendidas, sendo o caso para se lembrar aqui, que Romeo Casabona [16] reconhece a necessidade de conceder proteção a esses embriões, consistente com os critérios de valorização e ponderação que reitera ao longo de suas obras.

A obra que estamos recordamos não se limita ao estudo dos genes humanos, porque não são apenas aqueles que são de interesse legal. Assim, dedica capítulo especial aos limites e proteção legal da biotecnologia, campo promissor, mas arriscado, da produção de microrganismos geneticamente modificados, seu uso em pesquisa e indústria e a proteção de patentes de invenções obtidas a partir deles. É sabido que as patentes de proteção de produtos e processos relacionados à vida e à saúde são forte fonte de discussões, pois são elementos da economia de mercado que muitas vezes são identificados como um sistema que aprofunda as desigualdades entre pessoas e países; no entanto, por exemplo, a Diretiva Europeia sobre a proteção legal das invenções biotecnológicas considera as sequências totais e parciais de um gene como invenções patenteáveis, "mesmo que a estrutura desse elemento seja idêntica à de um elemento natural".[17]

No que diz respeito aos microrganismos vegetais e animais, o autor afirma que as regras que regem sua obtenção, produção, transporte, confinamento ou liberação, devem

[14]Isso também foi declarado pelo Tribunal Constitucional colombiano no acórdão 355 de 2006, mas referindo-se ao embrião no útero.

[15] A interpretação literal dessa expressão abre várias incógnitas: Ser pessoa má? A realidade biológica embrionária não é um ser em si mesmo? Por isso, a aplicação do conceito de viabilidade que descrevemos como biológico é importante.

[16]Uma exposição das diversas posições pode ser consultada em P. J. FEMENIA LÓPEZ, *Status Jurídico do Embrião Humano com especial consideração ao in vitro concebido*, Madrid, 1999

[17] Portaria 98/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Julho de 1998 sobre a proteção legal das invenções biotecnológicas, artigo 5º.

garantir a proteção do meio ambiente e a conservação da biodiversidade e da biossegurança, questões sobre as quais, durante os 24 anos, as páginas da publicação do livro do professor Romeo Casabona, antecedem as normas nacionais, internacionais e comunitárias, mesmo que de forma embrionárias.

No final do trabalho, o autor nos permite conhecer sua opinião sobre como deve ser abordada a regulação do controle e da responsabilidade no campo das técnicas genéticas, em particular, e a biotecnologia, em geral. Essas constituem, usando alguma metáfora, as hastes de um ventilador que se abrem e se estendem de forma passo a passo para se complementarem e, assim, constituem um todo harmonioso e eficaz.

Em primeiro lugar, seriam as diretrizes de autocontrole ético que influenciam a moral de cada pesquisador e a comunidade como um todo. Romeo Casabona[18] saúda as ações dos comitês de ética biomédica e dos Comitês Nacionais de Bioética; também declarações internacionais, para a época de sua redação, por exemplo, a Declaração de Marbella sobre o Projeto Genoma Humano. De lá para cá, ele próprio teve a oportunidade de participar ativamente dos projetos e do monitoramento de tais iniciativas e documentos a nível europeu e internacional.

A regulamentação administrativa seria uma segunda via que deveria indicar os procedimentos para obtenção de autorizações, e apontar os poderes, formalidades e sanções para a função de controle das administrações públicas. O papel preventivo dessas medidas é evidente, reforçado porque falhas nos procedimentos de controle podem dar responsabilidade ao Estado.

Então haveria a configuração ou fortalecimento - como o caso pode ser - de instrumentos civis de proteção e, somente se absolutamente necessário, o estabelecimento de taxas criminais.

Quanto à responsabilidade civil, a ênfase é colocada em erros nos diagnósticos genéticos pré-natais, seja por não serem ordenados quando são indicados de acordo com a experiência médica, seja porque o resultado é contrário à realidade - falsos positivos e falsos negativos - ou porque é comunicado à mãe extemporâneamente naqueles países onde a interrupção voluntária da gravidez dentro de determinados prazos não constitui crime de aborto.

Um dos grandes problemas apresentados pelo autor neste ponto teve abundante desenvolvimento jurisprudencial, após a publicação da obra “D*o gene ao direito”* e consiste

[18] ROMEO lhes dá preferência sobre as regras que regulam apenas o controle deontológico.

na identificação dos elementos de responsabilidade civil, especialmente o nexo causal do dano, quando a indenização pelos danos é reivindicada pela própria pessoa em causa, pois, na realidade, a incapacidade ou doença sofrida não foi causada pela ação ou omissão do médico e o nascimento ou a vida não pode ser considerada dano em si.[19]

O exame de infrações administrativas e sanções diz respeito aos previstos na Lei Espanhola n.º 35 de 1988, sobre técnicas de reprodução humana assistida e na Lei Espanhola n.º 15 de 1994, sobre o estabelecimento do regime jurídicode uso confinado, liberação voluntária e comercialização de organismos geneticamente modificados, a fim de prevenir riscos à saúde humana e ao meio ambiente.

O livro é fechado com críticas fundamentadas, profundas e detalhadas aos tipos penais estabelecidos no respectivo código pelo legislador espanhol: manipulações genéticas, clonagem e procedimentos para seleção de raça, formação de embriões sem fins procritivos, produção de armas biológicas e reprodução assistida não consensual.

O tipo criminoso de manipulação genética recebe críticas profundas do autor. Sublinharemos alguns deles: a amplitude da descrição da ação típica que poderia abranger "a manipulação de células tiradas de qualquer lugar do organismo humano".

Ao analisar o tipo objetivo de ação, Romeo Casabona traz à tona uma hipótese que deveria ter merecido diretamente a atenção do legislador criminal: a fertilização de um ser humano com outro animal, se utilizada para reprodução.[20] O autor faz um esforço notável para delinear a interpretação do tipo penal que melhor se adequa à lei espanhola como um todo, mas observa que o crime mais importante dentro do título de "relacionado à manipulação genética" é "provavelmente o mais imperfeito".

No artigo a seguir, o autor identifica dois tipos independentes de criminosos: clonagem e uso de outros procedimentos voltados à seleção de raça. Não entra em discussão - que ele já fez em outras seções do mesmo trabalho - sobre se os termos humanos e de pessoa são ou não combinados à luz da lei positiva espanhola cujo código civil abriga a tese de nascimento sobre o início da personalidade jurídica; assim, conclui que antes do nascimento de dois seres humanos que têm identidade genética, a obtenção de embriões com essa característica seria deixada no campo da tentativa. No que diz respeito aos procedimentos

[19] A. MACIA MORILLO, *Responsabilidade médica por diagnósticos pré-nuptivos e pré-natais,* Valência, Tirant lo blanch, 2005.
[20]O Reino Unido não está autorizado a criar esses embriões híbridos, mas a lei de fertilização humana *e embriologia* de 2008 se autorizou a produção do que a mesma lei chamada *Admixed human embryos* através da técnica de transferência nuclear para pesquisa.

voltados à seleção de raça, é interessante, bem como simples argumentar para desalnificá-la de crimes de genocídio e manipulação genética.[21]

A análise do crime de formação de embriões não procriativos está bem alinhada com a maioria dos sistemas legais vigentes no ano de publicação deste livro; a autorização no Reino Unido da criação de *embriões humanos* exige que acreditemos precisamente que existem hipóteses em que as taxas criminais correspondentes não podem ser estruturadas com base na proibição de obtê-los para fins não reprodutivos, pois esse destino seria a base para a proibição e sanção no casode *embriões mistos (cibrids)*,com o objetivo de salvaguardar os interessesda própria espécie ou da espécie atual?

O tipo de produção de armas biológicas é criticado no trabalho por não incluir dentro da proibição a produção de armas bioquímicas obtidas por procedimentos diferentes da engenharia genética. De qualquer forma, a sanção desta conduta faz parte da luta de toda a comunidade internacional para evitar o horror de guerras de extermínio particularmente cruéis.

Na interpretação do artigo que consagra o crime de "aplicação da reprodução humana assistida sem o consentimento das mulheres", Romeo Casabona apresenta disputas relacionadas, por exemplo, ao bem jurídico protegido, para estabelecer diferenças exatas com o crime de coerção; sobre o significado dado ao termo "reprodução humana assistida", uma vez que fora do campo especializado dos criminalistas, as definições e amplitude de seu entendimento são muito variadas. Também o entendimento do termo "sem o seu consentimento" e a possível interpretação do direito civil sobre os vícios do testamento, ou a delimitação dos resultados exigidos pelo tipo.

Em todos os tópicos estabelecidos anteriormente na publicação de 1996, Romeo Casabona retornará em escritos posteriores, incluindo um livro intitulado Genética, *Biotecnologia e Ciências Criminais*,também publicado na Colômbia, na coleção internacional da Faculdade de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Javeriana, impresso pelo Grupo Editorial Ibáñez, em 2009, para o qual sou especialmente afeiçoada, mas que não ousei comentar, dada a profundidade do conhecimento criminal que exige e que não tenho.

PARTE II

[21] O termo não é atualmente bem aceito.

Tive a oportunidade de conhecer a Professora Emilssen González de Cancino quando participei, entre os anos de 2007 e 2009, de um importante projeto de investigação jurídica sobre Biobancos, chamado Latinbanks – Estudos Sobre as Implicações Jurídicas e Sociais da Criação de Bancos de Material Biológico Humano na América Latina, projeto esse coordenado pelos Professores Carlos María Romeo Casabona e Jürgen Simon, financiado pela Comissão Europea.

A partir desse primeiro contato com ela, minha admiração acadêmica, profissional e pessoal só se fez crescer. Nesse sentido, o convite que fiz para que ela apresentasse, comigo, o dossiê em reconhecimento ao trabalho do Professor Romeo Casabona revela a consolidação de laços que foram sedimentados a partir da minha admiração e do respeito mútuo.

Estou certa de que a Professora Emilssen é quem melhor representa a América Latina nessa merecida homenagem, tanto pela sua brilhante trajetória no campo do Direito, quanto pela amizade que dedica ao homenageado.

Da ampla bibliografia apresentada acima, mas que nela não se esgota, comentada com profundidade e notório saber pela Professora Emilssen, quero voltar meu olhar para um trecho do prefácio de Pedro Laín Entralgo, ao livro "*El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana*", que emprestou o título ao dossiê:

> Admirable es, en efecto, que un profesor de Derecho Penal, ya con sólido prestigio como cultivador de su disciplina universitaria, haya querido hacerce doctor en Medicina, sin otro designio que la correcta posesión de los saberes médicos exigidos por la teoría y la práctica de esa rama del Derecho. Y más admirables son, si cabe, la amplísima bibliografía que da fundamento a este estudio, la clara inteligencia con que el autor la ha utilizado y la sabia ponderación con que ha sabido ofrecer sus conclusiones ante problemas tan controvertidos y espinosos.

Esse parágrafo resume a dimensão de Romeo Casabona: incansável pesquisador e professor, com o olhar sempre atento para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Um doutor em Direito e em Medicina, com exitosa atividade humanista. Seus escritos são de vanguarda e essa afirmativa é de fácil comprovação: seu livro *El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana* é do ano de 1994 e os temas ali trabalhados continuam atuais, assim como seu texto: ciências biomédicas, bioética e direito; direito à vida e sua proteção; direito à vida e procriação; direito à não procriação e procedimentos preventivos; intervenções sobre o genoma humano e a proteção jurídica do embrião e do feto; direito à própria morte.

Esses são alguns dos grandes temas sobre os quais o Professor Romeo Casabona vem se dedicando na sua rica e brilhante trajetória e o objetivo desse dossiê é trazer à luz textos escritos por muitos dos seus discípulos, mundo afora. Foram selecionados, para compor esse

volume, seis textos, além do texto principal, de autoria do homenageado, que significa esse dossiê:

Nosso homenageado assina o artigo intitulado *La Covid 19 y las políticas europeas sobre los derechos humanos*. O texto se inicia com uma abordagem acerca da evolução do bem jurídico protegido ante a pandemia da COVID-19, com análise da saúde pública à proteção da espécie humana. O autor analisa as obrigações dos estados diante da pandemia, com foco na solidariedade entre eles e o respeito pelos direitos dos cidadãos. O texto confronta saúde pública e direitos humanos e traz critérios informadores para estabelecer a prevalência da saúde pública sobre os direitos fundamentais. Ao final a pergunta: o que significa a volta à normalidade?

Iñigo de Miguel Beriain e Emilio José Armaza Armaza escreveram o texto *Consideraciones en torno al delito de clonación* e nele, os autores se debruçam sobre o crime de clonagem, previsto no art. 161.2 do Código Penal espanhol e oferecem propostas doutrinárias, de modo a estimular o debate. Qual é o bem jurídico a ser protegido?

Em *Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español*, os autores Pilar Nicolás Jiménez, Sergio Romeo Malanda e Asier Urruela Mora, analisam os contornos jurídicos de projetos legislativos apresentados pela Câmara dos Deputados da Espanha com o objetivo de regulamentar a tomada de decisões no fim da vida. O que a Espanha decidirá sobre esse assunto?

Aliuska Duardo Sánchez e Ekain Payán Ellacuria, no artigo intitulado: *Implicaciones ético-jurídicas de la edición de genes*, investigam a aceitabilidade ética da terapia gênica, debruçando-se mais especificamente sobre as possibilidades descortinadas pela ferramenta CRISPR/Cas9. O tema é abordado levando-se em conta os princípios bioéticos da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. Qual o limite para o seu uso?

O uso da tecnologia CRISPR/Cas9 também foi motivo de análise dos autores Ana Thereza Meireles Araújo e Rafael Silva Verdival dos Santos. O advento desse sistema representa grande evolução no âmbito das terapias genéticas, porquanto trata-se de procedimento mais preciso, eficiente e acessível. Sob o título *Implicações bioético-jurídicas do uso da edição genética como alternativa terapêutica nas relações em saúde no Brasil* os autores buscam responder às seguintes perguntas: quais são as implicações éticas e jurídicas do uso da edição genética, por meio da técnica do CRISPR/Cas9, enquanto relevante alternativa terapêutica? Como o Direito brasileiro deve disciplinar o uso da técnica?

Elena Atienza Macías e Aitziber Emaldi Cirión trazem importantes reflexões sobre a crise sanitária global que se instalou no mundo em razão da COVID-19. No artigo intitulado

Implicaciones éticas y jurídicas de una crisis sanitária global en el derecho desportivo: de la amenaza del ebola a la covid-19, as autoras analisam as implicações éticas e jurídicas da COVID no direito desportivo. Qual a extensão desse impacto?

As autoras Ana Paula Myszczuk e Jussara Maria Leal de Meirelles assinam o artigo *Genoma Humano, desarollo científico y siglo XXI: construcción de basas interprectativas biojurídicas iluminadas por la obra de Carlos María Romeo Casabona*. O texto tem por objetivo demonstrar a ineficiência das formas jurídicas clássicas para responder questões atuais da biotecnologia, no século XXI e, para tanto, propõem novas bases biojurídicas interpretativas. Quais são elas?

Uma vez apresentados, aqui, os textos que compõem esse dossiê, resta relembrar, com saudade, o I Congresso Internacional Espanha-Brasil, ocasião em que o Professor Romeo Casabona recebeu o título de Doutor Honoris Causa pela PUCMinas (2010). Trago aqui um pequeno trecho da minha saudação e, com ele, encerro esse editorial:

> Professor Romeo Casabona, esse título traduz também a mais veemente expressão da nossa crença na amizade que nos dedica e que procuramos retribuir, ainda que muito aquém de seus méritos.
> Outro significado que colhemos neste momento está na própria construção do seu relacionamento com a PUCMinas – mineira e internacional; inovadora e discreta; coerente e inarredável em seus princípios; parcimoniosa e criteriosa em homenagens – mas que se manifesta em arroubos de generosidade frente a um legítimo parceiro de ideias.
> [...] Obrigada por compartilhar conosco sua experiência e capacidade. A nossa tão querida Universidade, honrada e com emoção, o abraça.

EDITORIAL

BIODERECHO Y HUMANISMO: UN GIRO DE TUERCA TRASFORMADOR

Emilssen González de Cancino
Universidad Externado de Colombia – Bogotá
Maria de Fátima Freire de Sá[1]
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

PARTE I

A comienzos de septiembre de este año recibí el mensaje de Maria de Fátima Freire de Sá, ilustre profesora e investigadora de la Universidad Católica de Minas Gerais, para anunciarme que dedicarían un número especial de la prestigiosa revista de esa universidad a resaltar los méritos del profesor *Carlos María Romeo Casabona*. La noticia llegó acompañada de la invitación a escribir a cuatro manos con la editora unas palabras de presentación; mi aceptación fue inmediata en virtud de la admiración y el agradecimiento que siento por el homenajeado.

El tiempo era corto para emprender una tarea que pretendiera comentar su amplia bibliografía y reseñara las tareas desempeñadas en organismos nacionales e internacionales o resaltara en debida forma el admirable trabajo realizado al frente de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano en la que su vocación de maestro se ha desplegado con generosidad para acompañar a jóvenes juristas en la difícil tarea de emprender el camino de la investigación.

En América Latina el profesor es querido y respetado por sus obras escritas y por su permanente apoyo a las iniciativas que se propongan profundizar los estudios de temas biomédicos y de derecho penal. Con base en esto, de forma caprichosa elegí elaborar pequeños comentarios a la primera ponencia escrita que tuve la ocasión de leer y a un libro que hace parte de la colección de publicaciones del Centro de estudios sobre genética y derecho de la Universidad Externado de Colombia en Bogotá. Me parece que pueden servir a quienes emprendan la tarea de reconstruir el hilo de la evolución que ha tenido el pensamiento de Romeo Casabona que, dicho sea de paso, se adelantó a muchos de sus colegas de habla

[1] Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3485-4923

hispana en el planteamiento de los problemas y la búsqueda de las soluciones jurídicas en el ámbito de las técnicas genéticas modernas que, de todos es sabido, ocupa el vértice entre la esperanza y el riesgo.

Los primeros escritos que leí del profesor Romeo Casabona me llegaron de la mano de dos grandes amigos. Primero, Jaime Vidal Perdomo, profesor de Derecho Administrativo, me cedió un par de volúmenes que contenían algunas de las ponencias presentadas en el "Encuentro internacional sobre el derecho ante el proyecto genoma humano", celebrado en Bilbao, patrocinado por la Fundación BBV con la colaboración de la Universidad de Deusto y la Diputación foral de Vizcaya en 1993; luego, Enrique Ruiz Vadillo, Magistrado del T C. español y su esposa Elvira me regalaron los volúmenes que aún me faltaban para completar la colección que no se conocía, por lo menos ampliamente, en mi país, Colombia.

En el volumen III tuve la oportunidad de leer la ponencia titulada "Límites penales de las manipulaciones genéticas". Desde entonces, permanezco atenta para aprovechar cualquier ocasión que me permita entrar en contacto con nuevas publicaciones -ahora también con videos- y, de ser posible, asistir a sus conferencias, porque estoy segura de encontrar en ellos descripciones exactas, análisis de fina técnica jurídica, soluciones abiertas a muchas posibilidades, en torno de temas muy actuales en el campo en el que el derecho se cruza con la vida y la tecnología.

Allí aparecen ya las preguntas fundamentales que marcan su obra: ¿Cuál es ese cerco de dignidad de la vida que el derecho no debe traspasar? ¿Cuál el cálculo exquisito de las medidas que el derecho puede adoptar cuando interviene en la relación entre la vida y la tecnología? Las respuestas, nada sencillas, indicarán, según sus palabras

> lo que debe ser apoyado, garantizado y protegido; nos indicará[n] lo que debe ser encauzado y limitado; y, finalmente, lo que debe ser prohibido y sancionado, en su caso, y con qué instrumentos jurídicos[2].

Sus escritos dejan traslucir la ingente cantidad de horas dedicadas al estudio de los aspectos científicos: la biomedicina, la reproducción asistida, la genética, la biología molecular, la clonación, la partenogénesis, cuyo entendimiento con cierto nivel de profundidad es necesario para identificar los derechos, intereses, valores o bienes jurídicos sobre los cuales se pueden reflejar las actuaciones de científicos y biotecnólogos, calcular, en la medida de lo posible, la afectación que puedan sufrir, ponderarlos entre sí y con relación a

[2] C.M. ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, El derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Fundación BBV, Bilbao, 1994, v. III, pp.173-212

los valores y principios fundantes de los ordenamientos jurídicos, con el propósito de tomar decisiones óptimas.

Como con un instrumento quirúrgico de doble filo, en cada uno de sus estudios el profesor Romeo Casabona muestra a sus lectores las sutilezas y matices científicos y jurídicos del asunto bajo examen. Casi podríamos decir que, como los juristas romanos, analiza todos los "posibles, posibles", explica los interrogantes que pueden surgir, el tratamiento que se les ha dado en normas jurídicas de diverso nivel, así como en la ética y particularmente en la bioética, y defiende su propia solución cuando lo cree necesario.

En la ponencia a la que estamos aludiendo, se plantea, entre otras, la interesante cuestión de la posible existencia de bienes colectivos, como bienes pertenecientes a la especie o a la humanidad y su protección con herramientas propias del derecho penal. En una primera mirada, nuestra actitud es desconfiada frente a la inclusión de sujetos no suficientemente caracterizados como titulares de bienes protegidos con las sanciones jurídicas propias de esta área del derecho, porque podrían utilizarse para coartar la libertad individual más allá de lo justificable; sin embargo, no podemos dejar de reconocer, que el autor realiza un análisis muy cuidadoso de los riesgos que la manipulación de los genes podría acarrear a la descendencia individual y a las generaciones futuras, se muestra partidario de proteger "la inalterabilidad de determinadas características de la especie humana al tiempo que su pluralidad y variedad genética" y, lo que podríamos calificar de reflejo político "proteger al mismo tiempo valores democráticos basados en el pluralismo y la igualdad"[3].

En ese orden de ideas se interroga sobre la posibilidad de superar el aparente dilema que plantea el reconocimiento del derecho a heredar un patrimonio genético no modificado, con el derecho -también posible- a heredar un patrimonio genético libre de enfermedades graves[4]; su respuesta aboga por la valoración de todos los aspectos científicos, filosóficos, éticos y de salud presentes en la tensión entre los dos, para conseguir una regulación que no dé al traste con los beneficios que podrían alcanzarse, por ejemplo, con la terapia génica en la línea germinal.

Dentro de la brevedad de una ponencia, el autor enuncia otras posibilidades científicas sobre las cuales el derecho penal debería poner la lupa porque involucran bienes jurídicos de trascendencia para la especie en su conjunto: la clonación en las variantes que vulneran la identidad e irrepetibilidad del ser humano, la privación de la dotación genética doble

[3] *Ibidem*, p. 205

[4] En la sentencia del caso Costa y Pavan contra Italia (28 de agosto de 2012), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejó clara de diferencia entre pretender el derecho a tener un hijo sano – cuestión imposible- y el derecho a tener un hijo libre de una enfermedad de transmisión genética plenamente identificada en la familia.

(masculina y femenina), la ectogénesis y la creación de armas biológicas; a la vez, afirma que es preciso persistir en el debate multidisciplinar, porque la libertad de investigación científica está protegida constitucionalmente y las innovaciones logradas por la ciencia y la tecnología han traído grandes beneficios a la humanidad, pero al derecho le cabe la responsabilidad de evitar que se utilicen para facilitar la tentación de los totalitarismos de uniformizar o jerarquizar a los humanos. Vale la pena citarlo textualmente:

> Podemos adelantar que las limitaciones o prohibiciones que pudieran establecerse sobre la investigación genética dirigida primordialmente a la adquisición de conocimiento…deben venir determinadas exclusivamente por su colisión con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos…cuando tal colisión no se haya producido o haya sido posible su resolución en favor de la investigación por no afectar de forma sustancial a tales derechos, los poderes públicos -pero no solo ellos- deben asumir la responsabilidad de promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general[5].

Aparece en este punto otra de las constantes en los escritos de Romeo: la importancia que alcanza la implicación de la comunidad internacional en la búsqueda de la regulación adecuada para frenar el turismo genético cuando quiera que este propicie la existencia de "paraísos" que faciliten la insurgencia de nuevos factores de desigualdad o pongan en peligro derechos y libertades sobre cuya existencia haya amplio consenso.

La editorial de la Universidad Externado de Colombia, en la que desempeño labores de docencia desde hace muchos años, publicó en 1996 el libro de Romeo Casabona titulado *Del gen al derecho* que ha contado con múltiples lectores entre los abogados de América Latina. En los siete capítulos que lo conforman, se analizan los temas que desde entonces hasta ahora han ocupado la atención de los juristas en relación con la investigación genética y su aplicación, en particular, pero no únicamente, a los seres humanos.

Ponemos de relieve la sugestiva presentación que el autor hace de los adelantos de la genética desplegando el amplio abanico de sus posibilidades, llevando al lector, especialmente si este es jurista, a analizar tanto las caras luminosas como las opacas de aquellos y, por supuesto, repitiendo su profesión de fe: corresponde al derecho identificar con suma diligencia los bienes y valores dignos de protección y ponderar los derechos e intereses involucrados para ajustar la forma y medida de tal protección.

Con indudable acierto, indica muchas de las actitudes o respuestas que deberían evitarse porque de lo contrario se rompería el equilibrio deseable entre el favorecimiento del

[5] C. M. ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho, Bogotá,* Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 41

progreso científico y la protección de las personas, de sus derechos fundamentales y de los valores que han servido de base a la democracia.

Señala, por ejemplo, que uno de los riesgos sería el de tratar de ligar comportamientos, incluso formas de pensar, a los genes, de manera reduccionista y determinista, pues llevaría a las sociedades de cabeza hacia una discriminación rechazable. La plenitud del ser humano no se agota ni en el mapa de su genoma -individual o de la especie-, ni en las leyes de la genética o del derecho[6].

En esta línea de principios, el autor desarrolla un juicioso estudio sobre los análisis genéticos en cada uno de los grandes hitos de la parábola vital de las personas, recalcando que la información genética -en permanente proceso de expansión, tanto en cuanto al conocimiento de los individuos, como al de sus familias y grupos sociales- es una herramienta poderosa, sobre todo en materia de salud y sanidad, pero devastadora si se utiliza en contra de la libertad, la igualdad y la solidaridad y, por tal motivo, esos principios y valores compartidos por el derecho y la bioética, deben marcar el cauce para su desarrollo.

Por otra parte, uno de los grandes debates de la teoría y la filosofía del derecho en los últimos tiempos ha tenido por objeto las categorías[7] empleadas por los distintos sistemas jurídicos, la revisión[8] de las que desde el siglo XIX se consideraban más sólidas y la superación de muchas de ellas. El problema, sin solución unívoca hasta ahora, aparece también en el horizonte mental de Romeo que, con agudeza, lo pone de manifiesto a raíz del estatus jurídico que pueda corresponder al embrión *in vitro*, al genoma humano, a las generaciones futuras, entre otros.

Siempre que el autor examina los límites a la libertad de configuración del legislador, cuando sea necesaria e indispensable la regulación legal de asuntos atinentes a materias científicas y tecnológicas -especialmente biotecnológicas-, establece tres elementos guía de significativa importancia y que, no por sabidos, deben callarse en los escritos jurídicos: consenso, gradualidad y temporalidad.

El consenso, por lo que significa este concepto para la teoría y la práctica en la conformación de instrumentos legales propios de los países democráticos que actualmente asignan al pluralismo un rol trascendental, así como para la comunidad internacional. No se

[6] E. GONZÁLEZ DE CANCINO, *Genes y derecho*, en Asociación para el avance de la ciencia, El genoma humano, Bogotá, Panamericana, 2001, pp.161-173

[7] Recientemente S. SCHIPANI ha estudiado las macrocategorías que, a partir de la tradición institucional que arranca del derecho romano ha orientado el pensamiento y el lenguaje de los juristas y, de contera, las divisiones sistemáticas de leyes y códigos de derecho privado. (S. SCHIPANI, *Las macrocategorías de las Instituciones y los principios generales de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019)

[8] R. ESPOSITO, *Las personas y las cosas*, Buenos Aires – Madrid, Katz, Eudeba, 2016

legisla con base en la mayor influencia de algún grupo; por el contrario, se busca conciliar los intereses de todos ellos; en este caso, por ejemplo, investigadores, patrocinadores de los proyectos de investigación, sociedad, individuos, etc.

La gradualidad, que implica, entre otras cosas, estudio de las cuestiones científicas o tecnológicas, cálculo de los riesgos que puedan presentar y de los beneficios racionalmente esperables, intercambio interdisciplinar de ideas, elaboración de políticas públicas para asegurar el acceso universal al conocimiento y a los elementos de bienestar que se deriven de este y, solo partir de los resultados de estos procesos, establecer medidas normativas que no signifiquen apelar, por ejemplo, al argumento de la pendiente resbaladiza, prohibiendo o sancionando lo que no debe ser o no debe serlo todavía, con el supuesto propósito de precaver cualquier daño que su futuro desarrollo pudiera acarrear al individuo, la sociedad o la especie. Como era de esperar, el autor, profesor de derecho penal, subraya con insistencia el puesto que corresponde a esta rama del derecho, a este sector del ordenamiento, cuyas sanciones suelen ser restrictivas de derechos fundamentales: a estas solo se debe acudir cuando otras sean manifiestamente inútiles o insuficientes.

La provisionalidad o temporalidad, porque el contexto científico dentro del cual se mueve el derecho en este punto es singularmente variable, efímero y en veces contradictorio. También lo es la llamada conciencia social que, en períodos de tiempo cada vez más difíciles de medir, expresa de diversa manera su apreciación de las novedades en el ámbito de las ciencias y las tecnologías. Así las cosas, el derecho positivo debe adaptar frecuentemente sus normas a nuevas realidades y corresponde a los juristas dejar atrás el ideal decimonónico de contar con leyes perdurables a lo largo de centurias.

El autor deja muy claro que propone estos tres elementos como guía para el proceso de identificación de los valores que deben ser protegidos y el cálculo de la "función que puede o ha de desempeñar el derecho", mas no con relación a la "esencialidad de esos valores" porque los derechos fundamentales constituyen la referencia irrenunciable[9].

En esta misma obra, el autor analiza los interrogantes que se abren para el derecho a propósito de la obtención, almacenamiento y utilización de la información y los datos genéticos, así como las respuestas del derecho español y europeo[10]. Novedosos en la época de esta publicación (1996), siguen inquietando a juristas y bioeticistas temas tales como la

[9] C. M. ROMEO CASABONA, Del gen al derecho, cit., p. 43

[10] Cuando esta obra se publicó, aun no se había promulgado la Declaración internacional de la UNESCO sobre datos genéticos humanos de octubre de 2003, ni el REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; tampoco la Ley colombiana 1581 de 2012 sobre protección de datos.

decisión de comunicar al paciente o sujeto de investigación los llamados hallazgos accidentales, la comunicación de los datos del paciente a sus familiares, el derecho emergente a "no saber", la responsabilidad por los daños causados por la fuga de información, o la identificación de los factores que puedan legitimar la injerencia del Estado en la vida privada para acceder a los datos que se consideran sensibles, todos ellos analizados con perspicacia por Romeo.

En el capítulo IV de esta publicación de 1996, el autor expresa un juicio que bien pudiera aplicarse a la reciente y muy publicitada noticia sobre el nacimiento en China de unas gemelas que no serían susceptibles a la infección por el VIH gracias a la manipulación de uno de sus genes por el investigador chino Hi Juankui de la Universidad del Sur de Ciencia y Tecnología en Shenzhen. A experimentos como este -siempre que se realicen de acuerdo con las reglas de probidad e integridad científicas – Romeo Casabona se refiere como intervenciones de eugenesia preventiva y aconseja acudir, no a una prohibición definitiva, sino a una moratoria que permita ir conociendo con mayor exactitud sus posibilidades y efectos. Se trata de una postura que quizá pueda ser criticada por muchos en cuanto parece ligada a términos de mera eficacia y seguridad técnicas; sin embargo, es una declaración de prudencia y esperanza, pues sabemos que las medidas preventivas en materia de salud se consideran preferibles a los tratamientos de las enfermedades después de su manifestación sintomática, y, además, que merecen una valoración ética positiva; en consecuencia, si se demuestra que es posible prevenir enfermedades, que acarrean enormes sufrimientos a quienes las padecen y a su familia, mediante intervenciones en la línea humana germinal, sin poner en riesgo al individuo o a la especie, sería difícil encontrar argumentos para negar esta posibilidad a quienes desean tener hijos libres de una enfermedad suficientemente identificada.

Desde hace muchos años, la comunidad internacional ha logrado consensos – dice Romeo Casabona - a la hora de identificar algunos bienes cuya vulneración afecta a la humanidad, como un todo o, en palabras de la Declaración universal de la Unesco sobre el genoma humano y los derechos humanos[11], a la gran familia humana, por ejemplo, en relación con el derecho de gentes y los delitos de genocidio, y que este sería un valioso precedente para continuar recorriendo un camino para tratar de llegar a acuerdos con fuerza vinculante que garanticen, a todos los seres humanos, la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico, el "derecho a la individualidad y a la condición de ser uno

[11] UNESCO, Declaración universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997.

mismo y distinto de los demás", la dotación genética doble -femenina y masculina-, así como la supervivencia de la especie humana mediante la prohibición de elaborar armas biológicas o de modificar el medio ambiente con técnicas de ingeniería genética que impliquen riesgos no deseados y sean incompatibles con la vida humana -– nosotros diríamos que en estos casos el riesgo se cerniría sobre la vida misma en su conjunto-.

Un interesante tema esbozado en este libro es el de la posible existencia de deberes humanos, sin correlato con los derechos humanos ya reconocidos, deberes simplemente fundamentados en valores de solidaridad y corresponsabilidad que emanan de la consciencia de compartir especie, genoma y afrontar riesgos comunes que los ponen en peligro grave. Las preguntas quedan abiertas pero no pierden importancia:

> ¿Implicaría tal enfoque introducir una vía indirecta de restricción no deseable de los derechos humanos? ¿Se iría tal vez demasiado lejos? ¿Deben permanecer como deberes morales, pero cuyo innegable valor obligaría a su fomento por las instancias públicas o privadas oportunas?[12]

En los años que corren, parece ganar terreno la convicción de que corresponde preferentemente a los sectores educativo y de los medios de comunicación crear consciencia sobre la necesidad de proteger las condiciones de supervivencia de la vida sobre la tierra y de las estrategias óptimas para lograrlo.

Otro de los asuntos que concita la atención de los juristas y ha provocado debates sin fin gira en torno a la existencia de embriones por fuera del útero materno. ¿En qué categoría jurídica ubicarlos? ¿Son titulares de derechos? ¿Qué protección debe otorgárseles? ¿Quiénes están legitimados para tomar decisiones que los afecten? Después de publicar el libro que estamos comentando, Romeo Casabona se ha ocupado en varias ocasiones de su estudio y análisis utilizando siempre el método riguroso que apreciamos en toda su obra: combina la exposición científica sencilla, la descripción de los puntos de inflexión que pueden distinguirse en el desarrollo biológico, la identificación de los valores merecedores de protección jurídica en cada una de las diferentes situaciones biológicas, la crítica a las soluciones legales vigentes y la propuesta de algunas propias debidamente argumentadas.

En este caso, aplica el concepto de viabilidad tanto al embrión *in vitro* como a aquél *in útero*. La jerarquía en orden al reconocimiento de valores dignos de protección se establece así: primero, el embrión o el feto "capaz de continuar su proceso vital sin la concurrencia de la madre" (viabilidad extrauterina); segundo, el embrión viable en cuanto reúna las

[12] C. M. ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho*, cit., p. 348

condiciones para proseguir su desarrollo ya se encuentre *in vitro*, ya esté *in útero* pero aún no se haya anidado (viabilidad biológica); tercero, el embrión no viable, es decir, "incapaz de desarrollo por presentar anomalías incompatibles con la vida"[13].

Acepta el autor que el embrión *in vitro* no es titular de derechos, pero posee dignidad y su vida es un bien jurídico protegido[14]. A la hora de distinguir las actuaciones que deberían ser permitidas y aquellas que deberían prohibirse e incluso sancionarse, la piedra de toque es el beneficio del "futuro nuevo ser"[15], por lo tanto, en su opinión, las intervenciones con finalidad terapéutica deberían admitirse.

Un aspecto más problemático lo representan la investigación y la experimentación con embriones por cuanto involucran las discusiones en torno del estatus ético y jurídico del embrión *in vitro*. Quienes consideran que desde la fertilización del óvulo por el espermatozoide existe una persona cuya dignidad impone al derecho la obligación de reconocerle dignidad y derechos, están lejos de admitir la posibilidad de autorizar investigaciones o experimentaciones que pongan en riesgo la vida del embrión. En el otro extremo, quienes consideran que el embrión no es más que un cúmulo de células, igual al de cualesquiera otras, no se plantean la posibilidad de prohibir las actuaciones científicas sobre aquél, aun cuando puedan implicar su eliminación. En el medio, se defienden múltiples posturas que no es del caso recordar aquí[16]. Romeo Casabona reconoce la necesidad de otorgar protección a estos embriones, ceñida a los criterios de valoración y ponderación que reitera a lo largo de sus obras.

El libro que estamos recordando no se limita al estudio de los genes humanos, pues no solo estos interesan al derecho. Así, dedica capítulo especial a los límites y la protección jurídica de la biotecnología en ese campo prometedor, pero riesgoso, de la producción de microorganismos modificados genéticamente, su utilización en la investigación y la industria y la protección mediante patentes de las invenciones logradas partir de estas. Sabido es que las patentes para proteger productos y procesos relacionados con la vida y la salud son motivo de discusiones fuertes porque son elementos de la economía de mercado que suele señalarse como sistema que profundiza las desigualdades entre las personas y los países; sin embargo, por ejemplo la Directiva europea relativa a la protección jurídica de las invenciones

[13] C. M. ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho*, cit., p. 361

[14]Así lo afirmó también la Corte constitucional colombiana en la sentencia 355 de2006, pero refiriéndose al embrión en el útero materno.

[15] La interpretación literal de esta expresión abre varias incógnitas: ¿Ser significa persona? ¿La realidad biológica embrionaria no es un ser en sí misma? De ahí que tenga importancia la aplicación del concepto de viabilidad que hemos calificado de biológica.

[16] Una exposición de las varias posturas puede consultarse en P. J. FEMENÍA LÓPEZ, *Status jurídico del embrión humano con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999

biotecnológicas considera invenciones patentables las secuencias totales y parciales de un gen, "aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural"[17].

En relación con microorganismos vegetales y animales, el autor afirma que las normas que regulen su obtención, producción, transporte, liberación confinada o abierta , deben garantizar la protección del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad y la bioseguridad, cuestiones sobre las que durante los 24 años que distancian estas páginas de la publicación del libro del profesor Romeo Casabona han sido objeto de normas nacionales e internacionales y comunitarias, pero que entonces estaban en estado meramente embrionario.

En el cierre de esta obra, el autor nos deja conocer su opinión, sobre la manera cómo debería afrontarse la regulación del control y la responsabilidad en materia de técnicas genéticas, en particular, y de la biotecnología, en general. Constituyen, por emplear alguna metáfora, las varillas de un abanico que se van abriendo y se extienden de manera escalonada para complementarse y constituir así un todo armónico y eficaz.

En primer lugar estarían las guías de autocontrol ético que ejercen su influencia sobre la moral de cada investigador y sobre el conjunto de la comunidad que ellos forman[18]. Romeo Casabona valora positivamente la actuación de los comités de ética biomédica y los Comités nacionales de bioética; también las declaraciones internacionales, para la época de su escrito, por ejemplo, la Declaración de Marbella sobre el Proyecto Genoma Humano. De entonces hasta ahora, él mismo ha tenido ocasión de participar activamente en los proyectos y en el seguimiento de iniciativas y documentos de este tipo en el ámbito europeo e internacional.

Las regulaciones administrativas serían una segunda varilla que debe indicar los procedimientos para obtener autorizaciones, y señalar las competencias, trámites y sanciones atinentes a la función de control que corresponde a las administraciones públicas. Es evidente la función preventiva de estas medidas, reforzada porque de las fallas en los procedimientos de control puede emanar responsabilidad para el estado.

Luego estaría la configuración o fortalecimiento -según sea el caso- de instrumentos civiles de protección y, solo en caso absolutamente necesario, el establecimiento de tipos penales.

En cuanto a la responsabilidad civil, el acento se coloca en los errores en los diagnósticos genéticos prenatales, bien sea porque no se ordenan cuando están indicados de

[17] Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, artículo 5.
[18] ROMEO les da preferencia sobre las normas que regulan solo el control deontológico.

acuerdo con la experiencia médica, bien porque el resultado es contrario a la realidad -falsos positivos y falsos negativos-, bien porque este se comunica a la madre en forma extemporánea en aquellos países en los que la interrupción voluntaria del embarazo dentro de ciertos plazos no constituye delito de aborto.

Uno de los grandes problemas que presenta el autor en este punto ha tenido abundante desarrollo jurisprudencial después de publicado *Del gen al derecho* y consiste en la identificación de la elementos de la responsabilidad civil, especialmente el nexo causal y el daño cuando la indemnización de los perjuicios se reclama por el propio afectado, pues, en realidad la minusvalía o enfermedad sufrida no ha sido causada por acción u omisión del médico y el nacimiento o la vida no pueden ser considerados daños en sí mismos[19].

El examen de las infracciones y sanciones administrativas se refiere a las contempladas en las leyes españolas 35 de 1988 sobre técnicas de reproducción humana asistida y 15 de 1994 por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente.

Se cierra el libro con la crítica razonada, profunda y detallada de los tipos penales establecidos en el código respectivo por el legislador español: Manipulaciones genéticas, clonación y procedimientos para la selección de la raza, formación de embriones sin fines procreativos, producción de armas biológicas y reproducción asistida no consentida.

El tipo penal de manipulaciones genéticas recibe del autor críticas profundas; nos limitaremos a subrayar algunas de ellas: La amplitud de la descripción de la acción típica que podría llegar a abarcar “la manipulación de células tomadas de cualquier lugar del organismo humano”.

La referencia a la alteración del genotipo, sin aclarar de quien se predica su alteración también podría llevar al absurdo de sancionar conductas inocuas; reproche que, por lo demás, también se puede hacer al artículo 132 del Código penal colombiano.

Al analizar el tipo objetivo de la acción, Romeo Casabona trae a colación una hipótesis que habría debido merecer en forma directa la atención del legislador penal: la fecundación de un gameto humano con otro animal si se utilizara para la reproducción[20].

---

[19] A. MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

[20] El Reino Unido no está autorizada la creación de estos embriones híbridos, pero mediante el *Human fertilisation and embryology act* de 2008 se autorizó la producción de los que la misma ley llamó *Admixed human embryos* obtenidos mediante la técnica de transferencia nuclear para investigación.

El autor realiza un esfuerzo notable para esbozar la interpretación del tipo penal que mejor se adapte al ordenamiento español en su conjunto, pero observa que el delito más importante dentro del título de los "relativos a la manipulación genética" es "probablemente el más imperfecto".

En el artículo siguiente el autor identifica dos tipos delictuales independientes: el de clonación y el de utilización de otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. No entra en la discusión -que ya ha puesto de presente en otros apartados de la misma obra- sobre la coincidencia o no de los términos ser humano y persona a la luz del derecho positivo español cuyo código civil acoge la tesis natalista sobre el comienzo de la personalidad jurídica-; así, concluye que antes del nacimiento de dos seres humanos que tengan identidad genética, la obtención de los embriones con esta característica quedaría en el terreno de la tentativa.

En relación con los procedimientos dirigidos a la selección de la raza[21], es interesante a la vez que sencilla la argumentación para deslindarlo de los delitos de genocidio y de manipulaciones genéticas.

El análisis del delito de formación de embriones sin fines procreativos resulta bien ajustado a la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes en el año de publicación de este libro; la autorización en el Reino Unido de la creación de los embriones humanos mezclados (*human admixed embryos*) nos obliga a pensar que justamente existen hipótesis en las que los tipos penales correspondientes no pueden estructurarse con base en la prohibición de obtenerlos sin fines reproductivos, porque esta destinación sería el fundamento de la prohibición y la sanción en el caso de los embriones mixtos (*cybrids*), con el propósito de salvaguardar intereses de la propia especie ¿o de las especies actuales?

Al tipo de producción de armas biológicas se le reprocha en la obra el no incluir dentro de la prohibición la producción de armas bioquímicas obtenidas por procedimientos distintos de la ingeniería genética. En todo caso, la sanción de esta conducta hace parte de la lucha de toda la comunidad internacional por evitar el horror de guerras de exterminio especialmente crueles.

En la interpretación del artículo que consagra el delito de "aplicación de reproducción humana asistida sin el consentimiento de la mujer", Romeo Casabona presenta las controversias relacionadas, por ejemplo, con el bien jurídico protegido, para establecer diferencias exactas con el delito de coacciones; sobre el significado otorgado a la expresión

[21] El término no goza actualmente de gran aceptación.

"reproducción humana asistida", por cuanto fuera del campo especializado de los penalistas, las definiciones y la amplitud de su comprensión son muy variadas. También el entendimiento de la expresión "sin su consentimiento" y la posible interpretación proveniente del derecho civil sobre los vicios de la voluntad, o la delimitación de los resultados requeridos por el tipo.

Sobre todos los temas enunciados en forma temprana en la publicación de 1996, volverá Romeo Casabona en escritos posteriores, entre ellos, un libro titulado *Genética, biotecnología y Ciencias penales*, publicado también en Colombia en la colección internacional de la Facultad de Ciencias jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, impreso por el Grupo editorial Ibáñez, en 2009 por el cual tengo especial cariño, pero que no me atreví a comentar dada la profundidad de conocimientos penales que requiere y no tengo.

PARTE II

Tuve la oportunidad de conocer a la profesora Emilssen González de Cancino cuando participé, entre los años 2007 y 2009, en un importante proyecto de investigación jurídica sobre Biobancos, llamado Latinbanks – Estudio sobre las implicaciones jurídicas y sociales de la creación de bancos de material biológico humano en latinoamérica, proyecto coordinado por los profesores Carlos María Romeo Casabona y Jürgen Simon, financiado por la Comisión Europea.

Desde aquel primer contacto, mi admiración académica, profesional y personal no ha parado de crecer. En este sentido, la invitación que le hice para que presentara conmigo el dossier en reconocimiento a la labor del profesor Romeo Casabona revela la consolidación de los lazos que se han robustecido a partir de mi admiración y respeto mutuo.

Estoy segura que la profesora Emilssen es quien mejor representa a América Latina en este merecido homenaje, tanto por su brillante trayectoria en el campo del derecho, como por la amistad que le brinda al homenajeado.

De la amplia bibliografía presentada anteriormente, que no termina ahí, comentada en profundidad y notorio conocimiento por la profesora Emilssen, quiero volver la mirada hacia un fragmento del prefacio de Pedro Laín Entralgo, al libro *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, que dio título al dosier:

> Admirable es, en efecto, que un profesor de Derecho Penal, ya con sólido prestigio como cultivador de su disciplina universitaria, haya querido hacerse doctor en Medicina, sin otro designio que la correcta posesión de los saberes médicos exigidos por la teoría y la práctica de esa rama del Derecho. Y más admirables son, si cabe, la amplísima bibliografía que da fundamento a este estudio, la clara inteligencia con

> que el autor la ha utilizado y la sabia ponderación con que ha sabido ofrecer sus conclusiones ante problemas tan controvertidos y espinosos.

Este párrafo resume la dimensión de Romeo Casabona: incansable investigador y profesor, con una siempre atenta mirada hacia la práctica de la dignidad de la persona humana. Doctor en derecho y medicina, con exitosa actividad humanista. Sus escritos son vanguardistas y esta afirmación es fácil de comprobarla: su libro *El derecho y la bioética ante los límites de la vida es del año* 1994 y los temas tratados en éste siguen siendo actuales, así como su texto: ciencias biomédicas, bioética y derecho; derecho a la vida y su protección; derecho a la vida y la procreación; derecho a la no procreación y procedimientos preventivos; intervenciones sobre el genoma humano y la protección jurídica del embrión y el feto; derecho a la propia muerte.

Estos son algunos de los grandes temas a los que se ha dedicado el profesor Romeo Casabona en su rica y brillante trayectoria y el objetivo de este dossier es sacar a la luz textos escritos por muchos de sus discípulos en todo el mundo. Se han seleccionado seis textos para componer este volumen, junto al texto buque, insignia del Profesor Romeo Casabona:

Nuestro homenajeado firma el artículo titulado *La Covid 19 y las políticas europeas de derechos humanos*. El texto empieza abordando la evolución del bien legal protegido ante la pandemia de COVID-19, con un análisis de la salud pública y la protección de la especie humana. El autor analiza las obligaciones de los estados frente a la pandemia, enfocándose en la solidaridad entre ellos y el respeto a los derechos ciudadanos. El texto confronta la salud pública y los derechos humanos y proporciona criterios informadores para establecer la prevalencia de la salud pública sobre los derechos fundamentales. ¿Qué significa la vuelta a la normalidad?

Iñigo de Miguel Beriain y Emilio José Armaza Armaza redactaron el texto *Consideraciones en torno al delito de clonación* en el que los autores abordan el delito de clonación previsto en el art. 161.2 del Código Penal español y ofrecen propuestas doctrinales con el fin de estimular el debate. ¿Cuál es el bien jurídico a proteger?

En *Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español*, los autores Pilar Nicolás Jiménez, Sergio Romeo Malanda y Asier Urruela Mora, analizan los trazos jurídicos de los proyectos legislativos presentados por la Cámara de Diputados de España con el objetivo de regular la toma de decisiones al final de la vida. ¿Qué decidirá España al respecto?

Aliuska Duardo Sánchez y Ekain Payán Ellacuria, en el artículo titulado: *Implicaciones ético-jurídicas de la edición de genes*, investigan la aceptabilidad ética de la

terapia génica, centrándose más específicamente en las posibilidades que revela la herramienta CRISPR/Cas9. El tema se aborda teniendo en cuenta los principios bioéticos de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. ¿Cuál es el límite para su uso?

El uso de la tecnología CRISPR/Cas9 también ha sido el motivo de análisis por parte de los autores Ana Thereza Meireles Araújo y Rafael Silva Verdival dos Santos. La llegada de este sistema representa una gran evolución en el campo de las terapias genéticas, ya que es un procedimiento más preciso, eficiente y accesible. Bajo el título *Implicações bioético-jurídicas do uso da edição genética como alternativa terapêutica nas relações em saúde no Brasil* los autores buscan dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Cuáles son las implicaciones éticas y jurídicas del uso de la edición genética, utilizando la técnica CRISPR/Cas9, en cuanto alternativa terapéutica relevante? ¿Cómo debería la ley brasileña disciplinar el uso de esta técnica?

Elena Atienza Macías y Aitziber Emaldi Cirión aportan importantes reflexiones sobre la crisis de salud global que se ha producido en el mundo a causa del COVID-19. En el artículo titulado "Implicaciones éticas y jurídicas de una crisis sanitária global en el derecho deportivo: de la amenaza del ébola a la covid-19", las autoras analizan las implicaciones éticas y jurídicas del COVID en el derecho deportivo. ¿Cuál es la extensión de este impacto?

Las autoras Ana Paula Myszczuk e Jussara Maria Leal de Meirelles suscriben el artículo *Genoma Humano, desarollo científico y siglo XXI: construcción de basas interprectativas biojurídicas iluminadas por la obra de Carlos María Romeo Casabona*. El texto pretende demostrar la ineficacia de las formas jurídicas clásicas para responder a las cuestiones actuales de la biotecnología, en el siglo XXI y, para ello, proponen nuevas bases biojurídicas interpretativas. ¿Cuáles son?

Una vez aquí presentados los textos que componen este dossier, queda recordar, con nostalgia, el I Congreso Internacional España-Brasil (2010), cuando el profesor Romeo Casabona recibió el título de Doctor Honoris Causa por la PUC Minas. Recupero aquí un breve trecho de mi carta de saludo y, con éste, cierro este editorial:

> Profesor Romeo Casabona, este título también refleja la expresión más vehemente de nuestra fe en la amistad que nos dedica y que intentamos retribuirle, aunque esté muy lejos de sus méritos.
> Otro significado que recogemos en este momento es en la propia construcción de su relación con la PUC Minas – mineira e internacional; innovadora y discreta; coherente e infranqueable en sus principios; parsimoniosa y juiciosa en el homenaje, pero que se manifiesta en un estallido de generosidad frente a un legítimo socio de ideas.
> [...] Gracias por compartir su experiencia y capacidad con nosotros. Nuestra querida Universidad, honrada y con emoción, lo abraza.

EDITORIAL

BIO-LAW AND HUMANISM: A TRANSFORMATIONAL TURNING POINT

Emilssen González de Cancino
Universidad Externado de Colombia – Bogotá
Maria de Fátima Freire de Sá[1]
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

PART I

At the beginning of September this year I received a message from Maria de Fátima Freire de Sá, a distinguished professor and researcher at the Catholic University of Minas Gerais, announcing that they would dedicate a special edition of the prestigious magazine of that university to highlight the merits of Professor *Carlos María Romeo Casabona*. The news came with an invitation to write some introductory words with the editor; my acceptance was immediate due to the admiration and gratitude I feel for the honoree.

The time was short to undertake a task that sought to comment on his extensive bibliography and review the tasks performed in national and international organizations or to adequately highlight the admirable work done at the head of the Law and Human Genome Chair, in which his vocation as a professor has been generously deployed to accompany young lawyers in the difficult task of undertaking the path of research.

In Latin America, the professor is dear and respected for his written work and for his permanent support to initiatives aimed to deepen the study of biomedical and criminal law issues. Based on this, I have purposefully chosen to elaborate small comments on the first written work that I had the opportunity to read and on a book that is part of the collection of publications of the Center for Studies in Genetics and Law of the Universidad Externado de Colombia in Bogotá. It seems to me they can be useful for those who undertake the task of reconstructing the thread of evolution in the thinking of Romeo Casabona who, by the way, was ahead of many of his Spanish-speaking colleagues in dealing with problems and seeking

[1] Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3485-4923

legal solutions in the field of modern genetic techniques which, as everyone knows, occupies the vertex between hope and risk.

The first writings I read from Professor Romeo Casabona came to me from two great friends. First, Jaime Vidal Perdomo, Professor of Administrative Law, gave me a couple of volumes containing some of the works presented at the "International Meeting on Law and the Human Genome Project" held in Bilbao, sponsored by the BBVA Foundation with the collaboration of the University of Deusto and the Provincial Council of Vizcaya in 1993. Then, Enrique Ruiz Vadillo, Judge of the Court of Justice, and his wife Elvira gave me the volumes I still needed to complete the collection, which was not known, at least not widely, in my country, Colombia.

In volume III, I had the opportunity to read the work entitled "Criminal limits of genetic manipulations." Since then, I remain attentive to take advantage of any occasion that allows me to get in touch with new publications - now also with videos - and, if possible, to take part in his lectures. The reason is that I am sure in those I will find accurate descriptions, refined legal techniques analyses, and solutions open to many possibilities around very current issues in the field where the law intersects life and technology.

The fundamental questions that mark his work already appear there: What is this limit of dignity of life that the law should not cross? What is the exquisite calculation of the measures that the law can take when it intervenes in the relationship between life and technology? The answers, not at all simple, will indicate, according to his words

> what should be supported, guaranteed and protected; they will tell us what should be channeled and limited; and, finally, what should be prohibited and sanctioned, if any, and with what legal instruments[2].

His writings reveal the vast amount of hours devoted to the study of scientific aspects: biomedicine, assisted reproduction, genetics, molecular biology, cloning, parthenogenesis, whose understanding in a certain level of depth is necessary to identify the rights, interests, values or legal assets on which the actions of scientists and biotechnologists might reflect, to calculate, as far as possible, the effect they may have, to weigh them against each other and the values and foundational principles of legal systems, to make optimal decisions.

---

[2] " lo que debe ser apoyado, garantizado y protegido; nos indicará[n] lo que debe ser encauzado y limitado; y, finalmente, lo que debe ser prohibido y sancionado, en su caso, y con qué instrumentos jurídicos". C.M. ROMEO CASABONA, *Límites penales de la manipulación genética*, El derecho ante el Proyecto Genoma Humano, Fundación BBV, Bilbao, 1994, v. III, pp.173-212

As with a double-edged surgical instrument, in each of his studies, Professor Romeo Casabona shows his readers the subtleties and scientific and legal nuances of the matter under examination. We could almost say that, like Roman jurists, he analyzes all the "possible, possible", explains the issues that may arise, the treatment they have been given in the legal norms of various levels, as well as in ethics and particularly in bioethics, and defends his own solution whenever he believes it is necessary.

The document to which we refer raises, among others, the interesting matter of the possible existence of collective assets, such as those belonging to the species or the humanity, and their protection with penal law tools. At first glance, our attitude is suspicious about the inclusion of subjects not sufficiently characterized as holders of assets protected with the legal sanctions inherent to this area of the law because they could restrict individual freedom beyond what is justifiable. However, we cannot fail to recognize that the author makes a meticulous analysis of the risks the manipulation of genes could bring to individual descendants and future generations. Moreover, that he is in favor of protecting "the inalterability of certain characteristics of the human species and, at the same time, protecting their genetic plurality and variety" and, what we could call a political reflex, "protecting at the same time democratic values based on pluralism and equality"[3].

In this context, he inquires about the possibility of overcoming the apparent dilemma posed by the recognition of the right to inherit an unmodified genetic heritage with the right - also possible - to inherit a genetic patrimony free of serious diseases[4]. His response advocates the assessment of all scientific, philosophical, ethical, and health aspects present in the tension between the two of them to achieve a regulation that does not compromise the benefits that could be achieved, for example, with germ line gene therapy.

Within the brevity of a presentation, the author enunciates other scientific possibilities on which criminal law should put the magnifying glass because they involve legal assets of transcendence for the species as a whole: cloning in those variants that violate the identity and unrepeatability of human beings, the deprivation of double genetic endowment (male and female), ectogenesis, and the creation of biological weapons; at the same time, he states that it is necessary to persist in the multidisciplinary debate since freedom of scientific research is constitutionally protected, and the innovations achieved by science and technology have brought great benefits to humanity, but the law has the responsibility to prevent them from

[3] *Ibidem*, p. 205
[4] In its judgment in Costa and Pavan v. Italy (28 August 2012), the European Court of Human Rights made clear the difference between claiming the right to have a healthy child - which is impossible - and the right to have a child who is free from a fully identified genetically transmitted disease in the family.

being used to facilitate the temptation of totalitarianism to standardize or hierarchize humans. It is worth quoting it literally:

> We can advance that the limitations or prohibitions that could be established in genetic research aimed primarily at the acquisition of knowledge... should be determined exclusively by their collision with other fundamental rights or constitutionally protected legal assets... when such a collision has not occurred or its resolution in favor of research has been possible because it does not substantially affect such rights, the public authorities - but not only them - should take responsibility for promoting science and scientific and technical research in the general interest[5].

Another constant in Romeo Casabona's writings then appears: the importance of the international community's involvement in the search for an appropriate regulation to contain genetic tourism whenever this leads to the existence of "paradises" that facilitate the insurgence of new factors of inequality or endanger rights and freedoms on whose existence there is broad consensus.

The publisher of the Universidad Externado de Colombia, where I have been teaching for many years, published Romeo Casabona's book Del gen al derecho in 1996, and it has had many readers among Latin American lawyers. In the seven chapters that compose the book, the author analyzes the topics that have since then occupied the attention of jurists, particularly to human beings, but not only, that are related to genetic research and its application.

We emphasize the suggestive presentation that the author makes about the advances in genetics, unfolding the wide range of their possibilities and leading the reader, notably if they are lawyers, to analyze both their luminous and opaque faces and, of course, repeating his profession of faith: it is up to the law to identify with the utmost diligence the assets and values that deserve to be protected and weigh the rights and interests involved to adjust the form and measure of such protection.

With unquestionable wisdom, he indicates many of the attitudes or responses that should be avoided because, if not, the desirable balance between the promotion of scientific progress and the protection of people, their fundamental rights, and the values on which democracy was based would break.

---

[5] “Podemos adelantar que las limitaciones o prohibiciones que pudieran establecerse sobre la investigación genética dirigida primordialmente a la adquisición de conocimiento…deben venir determinadas exclusivamente por su colisión con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos…cuando tal colisión no se haya producido o haya sido posible su resolución en favor de la investigación por no afectar de forma sustancial a tales derechos, los poderes públicos -pero no solo ellos- deben asumir la responsabilidad de promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.” C. M. ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho, Bogotá,* Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 41

He points out, for example, that one of the risks of such attitudes would be trying to link behavior, and even ways of thinking to genes, in a reductive and deterministic way because this would lead societies headlong into reprehensible discrimination. The fullness of the human being is limited neither to the map of his genome - individual or species - nor to the laws of genetics or the law.[6]

In this line of principles, the author develops a judicious study on genetic analysis in each of the great milestones of the vital parable of people, emphasizing that genetic information - in a permanent expansion process, both in terms of knowledge of the individuals, as well as their families and social groups - is a powerful tool, especially in health and sanitation, but devastating if used against freedom, equality and solidarity and, for this reason, these principles and values shared by law and bioethics, must set the course for their development.

On the other hand, one of the great debates in the theory and philosophy of law lately has been about the categories[7] used by the different legal systems, the revision[8] of those considered more solid since the 19th century, and the overcoming of many of them. The problem, with no univocal solution so far, also appears in the mental horizon of Romeo Casabona, which, with keenness, shows it as a result of the legal status that may correspond to the embryo in vitro, the human genome, future generations, among others.

Whenever the author examines the limits of the legislator's freedom of configuration, when it is necessary and indispensable the legal regulation of matters related to scientific and technological issues -especially biotechnology -, he establishes three guiding elements of significant importance which must nevertheless be kept silent in legal writings: consensus, graduality, and temporality.

Consensus, which is what this concept means for theory and practice in the formulation of legal instruments specific to democratic countries that currently assign a transcendental role to pluralism, as well as for the international community. The legislation is not based on the greater influence of some group; on the contrary, it seeks to reconcile the interests of all of them; in this case, for example, researchers, sponsors of research projects, society, individuals, etc.

---

[6] E. GONZÁLEZ DE CANCINO, *Genes y derecho*, en Asociación para el avance de la ciencia, El genoma humano, Bogotá, Panamericana, 2001, pp.161-173

[7] Recently S. SCHIPANI studied the macro categories that, based on the institutional tradition that emerged from Roman law, have guided the thinking and language of jurists and, consequently, the systematic divisions of law and codes of private law. (S. SCHIPANI, *Las macrocategorías de las Instituciones y los principios generales de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019)

[8] R. ESPOSITO, *Las personas y las cosas*, Buenos Aires – Madrid, Katz, Eudeba, 2016

Graduality, which implies, among other things, the study of scientific or technological issues, calculation of the risks they may present and the rationally expected benefits, interdisciplinary exchange of ideas, elaboration of public policies to ensure universal access to knowledge and the elements of well-being derived from it and, only based on the results of these processes, establish normative measures that do not mean, for example, appealing to the argument of the slippery slope, prohibiting or sanctioning what should not be or should not be yet, with the supposed purpose of preventing any damage that its future development could bring to the individual, society or the species. As might be expected, the author, a professor of criminal law, insists on the role of this branch of law, of this sector of the legal system, whose sanctions are usually restrictive of fundamental rights: these should only be applied when others are manifestly useless or insufficient.

Temporality, because the scientific context within which the law moves at this point is singularly variable, transient, and sometimes contradictory. So is the so-called social conscience that, in periods that are increasingly difficult to measure, expresses in different ways its appreciation of new developments in the field of science and technology. Thus, positive law must frequently adapt its norms to new realities being up to jurists to leave behind the nineteenth-century ideal of having regulations that last for centuries.

The author makes it very clear that he proposes these three elements as a guide for the process of identifying the values to be protected and for calculating the "role that the law can or should play" but not concerning the "essentiality of these values" since fundamental rights constitute the essential reference[9].

In this same work, the author analyzes the questions open to the law regarding the collection, storage and use of genetic information and data, as well as the answers of Spanish and European legislation[10]. New at the time of this publication (1996), issues such as the decision to communicate to the patient or subject under investigation the so-called accidental discoveries, the communication of the patient's data to their relatives, the emerging right of "not knowing", the responsibility for damages caused by the information leak, or the identification of factors that may legitimize the interference of the State in private life to access the data considered sensitive, all of which analyzed with insight by Romeo Casabona, continue to concern jurists and bioethicists.

[9] C. M. ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho*, cit., p. 43

[10] When this work was published, the UNESCO International Declaration on Human Genetic Data of October 2003 had not yet been promulgated, nor had REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of individuals relating to the processing of personal data and the free movement of such data; nor had Colombian Law 1581 of 2012 on data protection.

In Chapter IV of this 1996 publication, the author expresses a judgment that may well apply to recent and highly publicized news about the birth in China of twin girls who would not be susceptible to HIV infection thanks to the manipulation of one of their genes by Chinese researcher Hi Juankui of the Southern University of Science and Technology in Shenzhen. Romeo Casabona refers to experiments like this one - provided they are carried out according to the rules of scientific probity and integrity - as preventive eugenic interventions and advises to resort not to a definitive prohibition but to a moratorium that allows us to know more precisely its possibilities and effects. That is a position that can be criticized by many as it seems to be related to terms of mere technical effectiveness and safety; however, it is a declaration of prudence and hope, since we know that preventive health measures are considered preferable to the treatment of diseases after their symptomatic manifestation and, in addition, that they deserve a positive ethical evaluation; Consequently, if it is demonstrated that it is possible to prevent diseases, which cause enormous suffering to those who suffer them and their families, through interventions in the human germ line, without putting the individual or the species at risk, it would be difficult to find arguments to deny this possibility to those who wish to have children free of a sufficiently identified disease.

For many years, the international community has reached consensus - says Romeo Casabona - on identifying certain assets whose violation affects humanity as a whole or, in the words of UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights[11], the great human family, for example, in relation to the law of nations and the crimes of genocide, and that this would be a valuable precedent to continue to follow a path to try to reach agreements with binding force that guarantee all human beings, the inalterability and intangibility of the non-pathological genetic heritage, the "right to individuality and to the condition of being oneself and distinct from others," the double genetic endowment - female and male - as well as the survival of the human species through the prohibition of the development of biological weapons or the modification of the environment through genetic engineering techniques that involve undesirable risks and are incompatible with human life - we would say that in these cases the risk would be borne by life itself as a whole-.

An interesting theme outlined in this book is that of the possible existence of human duties, without correlation with already recognized human rights, simply based on values of solidarity and co-responsibility that emanate from the awareness of sharing species, genome

[11] UNESCO, Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights 1997.

and facing common risks that put them in serious danger. The questions remain open, but they do not lose importance:

> Would such an approach involve the introduction of an indirect route of undesirable restriction of human rights? Would it perhaps go too far? Should they remain moral duties, but whose undeniable value would force their promotion by the appropriate public or private bodies?[12]

In the current years, the conviction seems to be gaining ground that it is up to the education and media sectors to create awareness of the need to protect the conditions of survival of life on Earth and the optimal strategies to achieve it.

Another issue that attracts the attention of jurists and has provoked endless debate is the existence of embryos outside the maternal womb. In which legal category should they be placed? Are they rights holders? What protection should be granted to them? Who is entitled to make decisions that affect them? After the publication of the book we are commenting, Romeo Casabona has dealt several times with its study and analysis always using the rigorous method that we appreciate in all its work: it combines the simple scientific exposition, the description of the turning points that can be distinguished in the biological development, the identification of the values deserving legal protection in each one of the different biological situations, the criticism to the current legal solutions and the proposal of some own ones duly argued.

In this case, it applies the concept of viability to both *in vitro* and *in utero* embryos. The hierarchy to recognize values worthy of protection is established as follows: first, the embryo or fetus "capable of continuing its vital process without the concurrence of the mother" (extra-uterine viability); second, the viable embryo as soon as it meets the conditions to continue its development, either in vitro or in utero, but has not yet been nested (biological viability); third, the non-viable embryo, that is, "unable to develop due to abnormalities incompatible with life"[13].

The author accepts that the in vitro embryo is not the holder of rights, but that it possesses dignity and its life is a protected legal asset[14]. When it comes to distinguishing the actions that should be allowed and those that should be prohibited and even sanctioned, the

---

[12] "¿Implicaría tal enfoque introducir una vía indirecta de restricción no deseable de los derechos humanos? ¿Se iría tal vez demasiado lejos? ¿Deben permanecer como deberes morales, pero cuyo innegable valor obligaría a su fomento por las instancias públicas o privadas oportunas?" C. M. ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho*, cit., p. 348

[13] C. M. ROMEO CASABONA, *Del gen al derecho*, cit., p. 361

[14] This was also stated by the Colombian Constitutional Court in sentence 355 of 2006, but referring to the embryo in the mother's womb.

touchstone is the benefit of the "future new being"[15]. Therefore, in their opinion, interventions with therapeutic purposes should be admitted.

A more problematic aspect is represented by research and experimentation with embryos as they involve discussions about the ethical and legal status of the in vitro embryo. Those who consider that from the moment the egg is fertilized by the spermatozoon it is a person whose dignity imposes on the law the obligation to recognize their dignity and rights are far from admitting the possibility of authorizing research or experimentation that puts the embryo's life at risk. At the other extreme, those who consider that the embryo is nothing more than a pile of cells like any other one do not consider the possibility of prohibiting scientific actions on the embryo, even when they may imply its elimination. In the middle, multiple positions, which are not the case here, are defended[16]. Romeo Casabona recognizes the need to grant protection to these embryos, according to the evaluation and weighting criteria that he reiterates throughout his works.

The book we are remembering is not limited to the study of human genes, as they are not the only ones of interest to the law. Thus, it dedicates a specific chapter to the limits and legal protection of biotechnology in this promising but risky field, of the production of genetically modified microorganisms, their use in research and industry, and patent protection for inventions made from them. It is known that patents to protect products and processes related to life and health are subject of intense discussion, as they are elements of the market economy, often referred to as a system that deepens inequalities between people and countries. However, the European Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions, for example, considers both the total and the partial sequences of a gene as patentable inventions, "even if the structure of that element is identical to that of a natural element"[17].

Regarding plant and animal microorganisms, the author states that the norms that regulate their obtaining, production, transport, confined or open release, must guarantee the protection of the environment and the conservation of biodiversity and biosafety. Issues that during the 24 years that distance these pages from the publication of Professor Romeo

[15] The literal interpretation of this expression opens several unknowns: Does being mean person? Is the embryonic biological reality not a being in itself? Hence the importance of the application of the concept of viability that we have qualified as biological.

[16] An exposition of the various positions can be consulted en P. J. FEMENÍA LÓPEZ, *Status jurídico del embrión humano con especial consideración al concebido in vitro*, Madrid, 1999

[17] Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions, Article 5.

Casabona 's book have been the object of national, international, and community norms, but that were then in a merely embryonic state.

At the end of this book, the author gives us his opinion on how the control and responsibility regulation in the field of genetic techniques, in particular, and biotechnology in general, should be addressed. They constitute, using a metaphor, the rods of a fan that are open and extended in a staggered way to complement each other and thus constitute a harmonious and effective whole.

First of all, there would be the guidelines of ethical self-control that influence the morale of each researcher and the entire community they form[18]. Romeo Casabona positively values the action of biomedical ethics committees and national bioethics committees; also the international declarations, for the time of its writing, for example, the Marbella Declaration on the Human Genome Project. From then until now, he has had the opportunity to actively participate in projects and follow-up initiatives and documents of this type at the European and international level.

The administrative regulations would be a second stick that should indicate the procedures for obtaining authorizations and point out the competencies, proceedings, and sanctions regarding the control function that corresponds to public administrations. The preventive function of these measures is evident and reinforced because responsibility can emanate to the State from the failures in the control procedures.

Then there would be the configuration or reinforcement - depending on the case - of civil protection instruments and, only if it is strictly necessary, the establishment of criminal offenses.

Regarding civil responsibility, the emphasis is on errors in prenatal genetic diagnoses, either because they are not ordered when indicated according to medical experience, or because the result is contrary to reality - false positives and false negatives - or because it is communicated to the mother untimely in countries where voluntary termination of pregnancy within specific periods of time does not constitute the crime of abortion.

One of the big problems presented by the author on this matter that has had abundant jurisprudential development after Del Gen al Derecho's publication consists in the identification of the elements of civil responsibility, especially the causal nexus and the damage when the compensation of the damage is claimed by the affected person, since, in

[18] ROMEO CASABONA gives them preference over the rules that regulate only the deontological control.

reality, the disability or illness suffered has not been caused by the action or omission of the doctor and the birth or life cannot be considered damage in itself[19].

The examination of the infringements and administrative sanctions refers to those contemplated in Spanish Law 35 of 1988 on Assisted Human Reproduction Techniques and Law 15 of 1994 establishing the legal regime for the confined use, voluntary release, and marketing of genetically modified organisms to prevent risks to human health and the environment.

The book ends with a reasoned, in-depth, and detailed critique of the criminal offenses established in the respective code by the Spanish legislator: genetic manipulations, cloning, and procedures for the selection of the breed, formation of embryos without procreative purposes, production of biological weapons and non-consensual assisted reproduction.

The criminal offense of genetic manipulation receives profound criticism from the author; we will limit ourselves to highlighting some of them: The scope of the description of the typical action that could encompass "the manipulation of cells taken from any part of the human organism".

The reference to altering the genotype, without clarifying who is preaching its alteration, could also lead to the absurdity of punishing innocuous conduct; censorship which, otherwise, could also be made to article 132 of the Colombian Penal Code.

In analyzing the objective type of action, Romeo Casabona raises a hypothesis that should have deserved the direct attention of the criminal legislator: the fertilization of a human gamete with another animal if it were used for reproduction[20].

The author makes a considerable effort to outline the interpretation of the criminal offense that best suits the Spanish system as a whole, but notes that the most important crime within the title of "related to genetic manipulation" is "probably the most imperfect”.

The author makes a considerable effort to outline the interpretation of the criminal offense that best suits the Spanish system but notes that the most significant crime within the title of "related to genetic manipulation" is "probably the most imperfect.

In the following article, the author identifies two distinct offenses: cloning and the use of other procedures aimed at selecting the race.

---

[19] A. MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

[20] The United Kingdom is not authorized to create these hybrid embryos, but through the Human Fertilisation and Embryology Act 2008, the production of what the same law called Admixed human embryos obtained through the nuclear transfer technique for research purposes was authorized.

In the following article, the author identifies two distinct offenses: cloning and the use of other procedures aimed at selecting the race. He does not enter into the discussion - which he has already presented in other sections of the same paper - about whether or not the terms human being and person coincide in the light of Spanish positive law, whose civil code includes the natalist thesis on the beginning of legal personality; thus, he concludes that before the birth of two human beings with genetic identity, the obtaining of embryos with this characteristic would remain in the realm of the attempt.

Regarding the procedures oriented to race selection, it is interesting yet simple the argument to distinguish it from the crimes of genocide and genetic manipulations.

The analysis of the crime of formation of embryos without procreative purposes is well adjusted to most of the legal systems in force in the year of publication of this book; The authorization in the United Kingdom of the creation of mixed human embryos (human admixed embryos) makes us think that there are precisely hypotheses in which the related criminal offenses cannot be structured based on the prohibition of obtaining them without reproductive purposes, since this purpose would be the basis of the prohibition and the sanction in the case of mixed embryos (cybrids), to safeguard the interests of the very species. Or would it be the ones of the current species?

The work criticizes the offense of biological weapons production for not including in the prohibition the production of biochemical weapons obtained by procedures other than genetic engineering. In any case, the sanctioning of such conduct is part of the struggle of the entire international community to avoid the horror of considerably cruel extermination wars.

In interpreting the article that recognizes the crime of "application of assisted human reproduction without the woman's consent", Romeo Casabona presents the controversies related, for example, to the protected legal good, thus establishing exact differences between it and the crime of coercion; to the meaning given to the expression "assisted human reproduction" because outside the specialized field of criminalists, the definitions and the amplitude of its understanding are very varied. There is also the understanding of the expression "without their consent" and the possible interpretation coming from the civil law about the vices of consent, or the delimitation of the results required by the offense.

Romeo Casabona will return to all the topics mentioned in the 1996 publication in later writings, among them a book entitled Genetics, Biotechnology and Criminal Sciences, also published in Colombia in the international collection of the Faculty of Legal Sciences of the Pontificia Universidad Javeriana, printed by Grupo Editorial Ibáñez in 2009, for which I

have special affection, but on which I have not dared to comment given the depth of criminal knowledge it requires and which I do not have.

PART II

I had the opportunity to meet Professor Emilssen González de Cancino when I participated, between 2007 and 2009, in an important legal research project on Biobanks, called Latinbanks - Study on the Legal and Social Implications of the Creation of Banks of Human Biological Material in Latin America, a project coordinated by Professors Carlos María Romeo Casabona and Jürgen Simon, financed by the European Commission.

Since that first contact, my academic, professional, and personal admiration has not stopped growing. In this sense, inviting her to join me to present the dossier in recognition of Professor Romeo Casabona's work reveals the consolidation of the ties strengthened through my admiration and our mutual respect.

I am sure that Professor Emilssen is the one who best represents Latin America in this deserved tribute, both for her brilliant trajectory in the field of law and for the friendship she dedicates to the honored.

From the extensive, yet not exhaustive, bibliography presented above, commented on in-depth and notorious knowledge by Professor Emilssen, I would like to turn my attention to a fragment of the preface by Pedro Laín Entralgo to the book *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, which lent the title to the dossier:

> It is indeed admirable that a professor of Criminal Law, with already a solid prestige as an advocator of his university discipline, should have wanted to become a doctor of medicine with no other purpose than the correct possession of the medical knowledge required to the theory and practice of that field of law. And more admirable are, if it is possible, the vast bibliography that gives foundation to this study, the unequivocal intelligence with which the author has used it, and the wise consideration with which he has known to offer his conclusions before such controversial and thorny problems.[21]

This paragraph summarizes Romeo Casabona's dimension: a tireless researcher and teacher, always attentive to the realization of the dignity of the human person. A doctor of law

[21] "Admirable es, en efecto, que un profesor de Derecho Penal, ya con sólido prestigio como cultivador de su disciplina universitaria, haya querido hacerce doctor en Medicina, sin otro designio que la correcta posesión de los saberes médicos exigidos por la teoría y la práctica de esa rama del Derecho. Y más admirables son, si cabe, la amplísima bibliografía que da fundamento a este estudio, la clara inteligencia con que el autor la ha utilizado y la sabia ponderación con que ha sabido ofrecer sus conclusiones ante problemas tan controvertidos y espinhosos."

and medicine with successful humanistic activity. His writings are avant-garde and this statement is easy to verify: his book *El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana* dates from 1994 and the themes worked on there, as well as his text, continue to be current: biomedical sciences, bioethics, and law; the right to life and its protection; the right to life and procreation; the right not to procreate and preventive procedures; interventions on the human genome and the juridical protection of the embryo and the fetus; the right to death itself.

These are some of the great themes on which Professor Romeo Casabona has been dedicating himself throughout his rich and brilliant career, and the objective of this dossier is to bring to light texts written by many of his disciples all over the world. Six texts have been selected to compose this volume, along with the leading text which is Professor Romeo Casabona's insignia:

Our honoree signs the article entitled *Covid 19 and European policies on human rights*. The text begins with an approach to the evolution of the legal asset protected against the COVID-19 pandemic, with public health analysis to the protection of the human species. The author analyses the obligations of states in the face of the pandemic, focusing on solidarity among them and respect for citizens' rights. The text confronts public health and human rights and brings informative criteria to establish the prevalence of public health over fundamental rights. In the end, the question: what does the return to normality mean?

Iñigo de Miguel Beriain and Emilio José Armaza have written the text *Considerations on the crime of cloning* in which the authors address the crime of cloning foreseen in article 161.2 of the Spanish Penal Code and offer doctrinal proposals in order to stimulate debate. The text begins by addressing the evolution of the protected legal asset in the face of the COVID-19 pandemic, with an analysis of public health and the protection of the human species. The author analyzes the obligations of States in face of the pandemic, focusing on solidarity among them and respect for citizens' rights. The text confronts public health and human rights and provides informative criteria to establish the prevalence of public health over fundamental rights. What does a return to normality mean?

In *End of life decision-making: current situation and future perspectives in the Spanish law* authors Pilar Nicolás Jiménez, Sergio Romeo Malanda and Asier Urruela Mora analyze the legal contours of legislative projects presented by the Spanish Chamber of Deputies with the aim of regulating decision-making at the end of life. What will Spain decide in this regard?

Aliuska Duardo Sánchez and Ekain Payán Ellacuria, in the article entitled: *Ethical-legal implications of gene editing* investigate the ethical acceptability of gene therapy, focusing more specifically on the possibilities revealed by the CRISPR/Cas tool9 . The topic is approached taking into account the bioethical principles of autonomy, beneficence, non-maleficence, and justice. What is the limit for its use?

The use of CRISPR/Cas9 technology was also analyzed by Ana Thereza Meireles Araújo and Rafael Silva Verdival dos Santos. The arrival of this system represents a great evolution in the field of gene therapy because it is a more precise, efficient, and accessible procedure. Under the title *Bioethical-legal implications of using genetic editing as a therapeutic alternative in health relations in Brazil* the authors seek to answer the following questions: What are the ethical and legal implications of using genetic editing, using the CRISPR/Cas9 technique, as a relevant therapeutic alternative? How should the Brazilian legislation discipline the use of this technique?

Elena Atienza Macías and Aitziber Emaldi Cirión contribute with important reflections on the global health crisis that has occurred in the world due to COVID-19. In the article entitled *Ethical and legal implications of a global health crisis on sports law: from the Ebola threat to Covid-19* the authors analyze the ethical and legal implications of COVID in sports law. What is the extent of this impact?

The authors Ana Paula Myszczuk and Jussara Maria Leal de Meirelles subscribe to the article *Human Genome, scientific development and the 21st century: building bio-juridical interpretative foundations enlightened by the work of Carlos María Romeo Casabona*. The text aims to demonstrate the ineffectiveness of classical legal forms in answering the current questions of biotechnology in the 21st century and, to this end, proposes new bioethics interpretative bases. What are they?

Once the texts that make up this dossier are presented, it is necessary to remember, with nostalgia, the 1st Spain-Brazil International Congress (2010), when Professor Romeo Casabona received from PUC Minas the title of Doctor Honoris Causa. With a short excerpt of my greeting letter on that occasion, I close this editorial:

> Professor Romeo Casabona, this title also reflects the most vehement expression of our faith in the friendship that you dedicate to us and for which we try to return to you, even though it is far from your merits. Another meaning that we have gathered at this moment is in the very construction of your relationship with PUC Minas – "mineira" and international; innovative and discreet; coherent and unswerving in your principles; parsimonious and judicious in your homage, but which manifests itself in an explosion of generosity towards a legitimate partner of ideas. [...] Thank

you for sharing your experience and capacity with us. Our dear University, honored and moved, embraces you.

LA COVID 19 Y LAS POLÍTICAS EUROPEAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS*

A COVID 19 E AS POLÍTICAS EUROPEIAS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Carlos María Romeo Casabona[1]
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Resumen:
Es aceptado sin discusión que la pandemia del coronavirus está afectando de forma primaria a la salud pública, como bien jurídico colectivo, pero también sabemos que ha costado miles de vidas y daños a la salud individual de millones de personas. Dada la gravedad que ha ido adquiriendo la enfermedad covid 19, también se plantea desde una perspectiva más básica, aunque todavía sea muy remota, que puede afectar asimismo a la especie humana, a su supervivencia. Las restricciones y privaciones de la libertad ambulatoria o de movimientos ha afectado no solo a ésta sino también a una larga lista de derechos de los ciudadanos, no poco de ellos fundamentales. La vuelta a la normalidad, incorrectamente llamada por algunos "nueva normalidad", presenta sus propias complejidades, pero hay que volver a la situación anterior al inicio de la pandemia, de pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, aunque sea de forma gradual y acompasada a la evolución de la pandemia.
Palabras clave:
salud pública, especie humana, derechos fundamentales, cooperación entre los Estados, Grupo Europeo de Ética, Consejo de Europa, Comisión Europea, nueva normalidad, normalidad.

Resumo:
Admite-se sem discussão que a pandemia do coronavírus vem afetando principalmente a saúde pública, como bem jurídico coletivo, mas também sabemos que tem custado milhares de vidas e danos à saúde individual de milhões de pessoas. Dada a gravidade que a doença covid 19 vem adquirindo, também é apresentada de uma perspectiva mais básica, embora ainda seja muito remota, que pode afetar também a espécie humana, a sua sobrevivência. As restrições e privações da liberdade de movimentação ou de circulação vêm afetando não só esta, mas também uma longa lista de direitos dos cidadãos, muitos dos quais fundamentais. O retorno à normalidade, erroneamente denominado por alguns "nova normalidade", apresenta complexidades próprias, mas é preciso retornar à situação anterior, ao início da pandemia, de pleno exercício dos direitos dos cidadãos, ainda que de maneira gradual e acompanhando o ritmo da evolução da pandemia.
Palavras-chave:
saúde pública, espécie humana, direitos fundamentais, cooperação entre os Estados, Grupo Europeu de Ética, Conselho da Europa, Comissão Europeia, nova normalidade, normalidade.

1 LA EVOLUCIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO FRENTE A LA PANDEMIA DE LA COVID-19: DE LA SALUD PÚBLICA A LA PROTECCIÓN DE LA ESPECIE HUMANA

A lo largo del nacimiento y de la expansión de la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2 se ha considerado sin discusión que el bien jurídico objeto de tutela frente al virus es la salud pública. Nada puede objetarse contra esta posición, la cual ha merecido aceptación

* El presente trabajo se realiza en el marco de la financiación del Gobierno Vasco a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT1066-16).
[1] Dr. iur., Dr. med. Carlos María Romeo Casabona, Catedrático de Derecho Penal, Investigador Principal, G.I. Cátedra de Derecho. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5421-7115

de forma general, y en particular entre los profesionales de la salud, las autoridades sanitarias y los juristas. Es decir, un bien jurídico de naturaleza colectiva, y por ello supraindividual. Además, suele considerarse que es un bien jurídico intermedio, en cuanto que si bien la salud pública es el interés inmediato protegido, se trata en realidad de un bien jurídico instrumental, a través del cual se trata de proteger en último extremo la vida y la salud de las personas, es decir, de individuos concretos.

La enorme expansión mundial que ha experimentado la enfermedad COVID-19, con varios millones de infectados, de los cuales muchos han desarrollado la enfermedad y más de un millón de personas han fallecido, por el momento, lleva a pensar que la salud pública puede quedarse corta como bien jurídico protegido. Si a pesar de las medidas de prevención y tratamiento que se han adoptado en los diversos países que más han sufrido la enfermedad, con mayor acierto o desacierto no se ha podido evitar la catástrofe de tantos enfermos y fallecidos ni tampoco su extensión a numerosos lugares del planeta, si bien algunas zonas del mismo se mantienen todavía exentas del contagio, y ello por fortuna, dadas sus deficientes infraestructuras para atender las demandas sanitarias cotidianas de sus poblaciones, significa entonces que puede hacerse necesario identificar otro bien jurídico todavía más relevante.

Nos referimos con ello a la supervivencia de la especie humana, a la protección de la misma como bien jurídico protegido de carácter autónomo[2]. Está a su vez, puede presentar varias facetas. Una de ellas sería el mantenimiento de la especie humana con las características biológicas esenciales que la identifican y diferencian de las demás especies, como consecuencia, por ejemplo, de la aplicación de las modernas biotecnologías del ADN replicante o de la más reciente edición de genes. La especie se conservaría, pero con características muy diferentes. Lo que realmente puede llegar a plantearse como peligro para la supervivencia humana en relación con el coronavirus sería la existencia misma del ser humano, su permanencia en el planeta. No podemos afirmar en estos momentos que este peligro sea real o parezca inminente, dado que se han creado infraestructuras y se han almacenado productos sanitarios aparentemente suficientes para prevenir hipotéticos rebrotes, pero una nueva expansión no controlada, u otra semejante provocada por un patógeno diferente, en otras zonas

[2] No compartimos la posición de quienes consideran que ha de reconocerse a la especie humana como titular de derechos. Habría que preguntarse en qué consistirían estos derechos (no se acaban de ver otros intereses distintos a la supervivencia de la especie humana o a garantizar su integridad identitaria de especie), frente a quiénes o qué se ejercitarían (¿frente a los mismos seres humanos, u otros seres vivos?) y por quién (no la especie en si misma, que no tiene ni debería reconocérsele personalidad; ¿quién la representaría entonces?). Sin embargo, se propugna la titularidad de derechos por parte de la especie humana en A Pisanò (ed.), *Se la specie umana sia titolare di diritti*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pássim (165 y ss.).

del planeta hasta ahora inmunes podría alcanzar una dimensión de este rango cualitativamente diferente, mucho más grave, que es lo que se quiere identificar con esta reflexión.

Por consiguiente, baste ahora con dejar apuntada esta hipótesis de trabajo frente a una enorme expansión de la enfermedad COVID-19 u otra de semejante capacidad.

Y si hablamos de la supervivencia y de la protección de la especie humana será más fácil de entender la irrenunciable necesidad de cooperación de los estados para hacer frente a la pandemia actual en un marco de solidaridad interestatal y de respeto de los derechos humanos.

Esta cooperación tiene que concretarse en el máximo nivel, para que aspire a garantizar una mínima, pero relevante eficiencia. Es decir, comporta la implicación y actuación directa de los organismos internacionales gubernamentales de alcance universal. En primer lugar, por razón de la materia, la OMS, a la que correspondería tomar iniciativas de promoción de contención de la pandemia de que se trate (no sólo la causada más recientemente por el SARS-CoV-2; contamos con otros desgraciados y graves antecedentes); fomentar la investigación coordinado en relación con las enfermedades contagiosas más conocidas, en concreto las de origen viral, buscando descubrir los aspectos comunes de las etiologías de las enfermedades víricas que se han ido manifestando con cierta agresividad en la especie humana, sus posibles saltos interespecies, entornos favorables para éstos últimos, germinación, desarrollo y evolución de estas pandemias, pautas médicas de prevención de los contagios, vacunas y tratamientos disponibles o necesitados de nuevos recursos de diverso tipo (p. ej., moléculas o principios activos que pueden generar la obtención e introducción de nuevos fármacos), y otros aspectos socio-sanitarios de escala mundial, sin abandonar a grupos de población a su suerte (carencia de recursos, territorios, países).

2 LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS ANTE LA PANDEMIA COVID-19: LA SOLIDARIDAD ENTRE ELLOS Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

Son numerosos los actos de solidaridad que hemos conocido en el curso de la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2, tanto entre los ciudadanos, como por parte de ciertos profesionales que han ido más allá del estricto cumplimiento de sus deberes profesionales, como se ha podido comprobar con los profesionales de la salud, pero también por parte de los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad, el ejército y otros, algunos de los cuales han llegado a contraer y desarrollar la enfermedad COVID-19 y de entre ellos no pocos con resultado mortal.

Como ha señalado el Grupo Europeo de Ética de la Ciencia y de las Nuevas Tecnologías (EGE) [3], órgano independiente asesor del Colegio de Comisarios Europeos, la solidaridad se convierte en un concepto muy pobre si sólo la aplicamos a aquellos que son cercanos a nosotros o se plantea con condiciones y negociaciones. Es más potente y significativo cuando se extiende sin reservas también a los que son diferentes. De acuerdo con el EGE, es más importante que nunca en esta difícil situación mantener una forma de solidaridad que incluya a todos, que reconozca que el respeto se debe a todos, y que no es exclusiva de aquellos que viven en nuestra propia ciudad, región o país[4].

En concordancia con el criterio de este órgano europeo asesor la actual pandemia debe ser aprovechada para fomentar la solidaridad en los ámbitos europeo y mundial. Por consiguiente, los estados están concernidos en adoptar prácticas solidarias entre ellos, pensando en el beneficio de todos sus ciudadanos. Esta solidaridad debe manifestarse en acciones concretas, como son el leal intercambio y la puesta en común de información, experiencias, innovaciones y recursos. Los gobiernos de los estados deben ser transparentes en la toma de sus decisiones, fortalecer la ciencia y la investigación abiertas y cooperar internacionalmente[5].

Cuando se pide a los ciudadanos que confíen en aquellos que están en posiciones de conocimiento y de poder, y que se acepten sus reglas de gobierno, el respeto de los principios democráticos, la transparencia, la responsabilidad y el estado de derecho son más importantes que nunca. La pandemia es también un desafío para las nociones individualistas y nacionalistas de seguridad, salud y bienestar, concluye el EGE[6].

La solidaridad entre los estados, especialmente, pero no solo, si forman parte de una organización supranacional, como la Unión Europea, implica en nuestro parecer:

- Asumir como punto de referencia compartido entre los estados el conjunto de valores que informan los instrumentos jurídicos comunes, como subraya uno de los instrumentos jurídicos más relevantes de la UE, la Carta de Derechos Fundamentales[7]:

> "Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la

[3] European Group in Science and New Technologies (EGE), *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*, 4th April 2020. Como miembro de este Grupo y participante en la redacción de este documento (CM Romeo Casabona), a continuación seguimos muy de cerca las posiciones del mismo.
[4] EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.
[5] EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.
[6] EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.
[7] V. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Niza, 2000, y sustituida por la Carta 2010/C 83/02, una vez entrado en vigor el Tratado de Lisboa).

> solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación".

- Eliminar las acciones competitivas y descoordinadas entre los estados comunitarios para la obtención de medicamentos y productos sanitarios necesarios para combatir la pandemia o prevenir su extensión.
- Fomentar la colaboración de las industrias y de los científicos de los diversos países en la investigación para la obtención de vacunas, medicamentos y otros tratamientos más específicos para la enfermedad COVID-19. Para su introducción en el mercado y que lleguen a todas las personas en situación de riesgo (personas mayores, profesionales de la salud, agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad) habrá que llegar a acuerdos entre la industria y los gobiernos para fijar precios razonables que estén al alcance de los ciudadanos, con independencia de su situación económica individual.
- Actuar de forma coordinada en la toma de decisiones que puedan afectar a los ciudadanos de otros estados, en particular en relación con las restricciones de desplazamientos transfronterizos (medidas sobre el traspaso de las fronteras, en particular dentro del espacio Schengen) o con su relajación o finalización, con el fin de asegurar que las decisiones y prácticas de seguridad sean semejantes, sin perjuicio de atender las necesidades específicas de cada estado.
- Acceso a recursos económicos y financieros por los países más gravemente afectados por la pandemia con el fin de hacer frente a la crisis económica generada por la propia pandemia, es decir, derivada de las decisiones que deban tomarse contra ella y que pueden tener incidencia directa en la actividad productiva o en el mercado laboral, entre otros. Habrá que dejar para otros foros la discusión sobre la mejor o peor gestión de la misma en acciones preventivas de contagios y en el tratamiento de los pacientes, de lo que, al parecer, no se ha librado prácticamente ningún estado. La lluvia es para todos.

3 LA SALUD PÚBLICA CONFRONTADA A LOS DERECHOS HUMANOS

La imperiosa necesidad de frenar la rápida expansión del coronavirus, con una capacidad de contagio o transmisión desconocida hasta ahora, ha obligado a los poderes públicos de los diversos países a tomar medidas, en no pocas ocasiones drásticas, que han

afectado de forma directa a los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos[8].

Los organismos internacionales más atentos a garantizar la incolumidad de los derechos humanos han afirmado sin la menor reserva que las medidas que se adopten para combatir o prevenir la pandemia han de satisfacer la exigencia fundamental de respetar la dignidad humana y los derechos humanos[9].

El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo), redactado por el Comité de Bioética (DH BIO) del Consejo de Europa, aprobado por el Comité de Ministros y presentado a la firma de los estados por este organismo el año 1997 en la ciudad española de Oviedo[10], ofrece un marco jurídico relevante y contrastado sobre los derechos humanos y la biomedicina, incluyendo referencias a las situaciones de urgencia (art. 8).

Asimismo, prevé la posibilidad de introducir restricciones en el ejercicio de los derechos y disposiciones protectoras del propio Convenio, excepciones que van dirigidas a la protección de intereses supraindividuales o colectivos, como, entre otros que se mencionan explícitamente, la salud pública (art. 26).

Por consiguiente, tanto en el Derecho Internacional como en los Derechos internos de los Estados se incluye la adopción de medidas excepcionales, y se han tomado. La confrontación que puede surgir ante una pandemia tan grave y extendida como la del COVID-19, que requiere medidas, en ocasiones extremas, para combatir y prevenir la expansión de la pandemia, quedó expuesta más arriba: se produce entre la salud pública, por un lado, interés colectivo de especial relevancia (bien jurídico) tutelado por el derecho, que en una expansión mundial incontrolada podría derivar hacia el bien jurídico de la supervivencia de la especie humana en relación con un escenario por fortuna todavía hipotético; y los derechos de las personas, por otro, que pueden tener el rango de derechos fundamentales, y otros intereses legítimos supraindividuales.

En términos jurídicos, en particular en el marco del Derecho Penal, al que resulta muy familiar este tipo de conflictos, la confrontación mencionada se plantea como una colisión de

[8] V. en relación con medidas sanitarias, CM Romeo Casabona (Coord.) / A Urruela Mora (co-redactores) et al. (2020). *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, Ministerio de Sanidad, Madrid, 2 de abril de 2020; los mismos, *Stratégie de santé publique face au Covid-19 mise en œuvre par l'Espagne*, Revue Droit & Santé, nº 96, 2020, 549 y ss.

[9] V. Consejo de Europa, Committee of Bioethics (DH BIO), *Statement on human rights considerations relevant to the COVID-19 pandemic*, Strasbourg, 14 April 2020.

[10] Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Ratificado por el Reino de España el 23 de julio de 1999 (BOE 20 de octubre de 1999).

deberes entre los intereses colectivos (deber de proteger la salud pública) y los individuales y otros supraindividuales (deber de no lesionar derechos fundamentales y libertades públicas u otros bienes jurídicos colectivos)[11]. El conflicto se produce porque actúe como actúe la persona que está obligada a la observancia de los dos deberes infringirá necesariamente uno de ellos.

La solución de esta colisión deberá encontrarse procediendo a dar preferencia al cumplimiento del deber que tutele el interés jurídicamente preponderante en la situación concreta, teniendo en cuenta para ello todos los intereses en juego presentes[12].

Mutatis mutandis, este criterio es válido también para los poderes públicos: el poder legislativo al aprobar o convalidar normas restrictivas de derechos; el ejecutivo al dar cumplimiento a tales disposiciones o al recurrir a las facultades que la ley le otorga en tales situaciones de emergencia); y los jueces deberán resolver en sus sentencias tales colisiones de deberes en atención a los criterios que le marque la ley.

4 CRITERIOS INFORMADORES PARA ESTABLECER LA PREVALENCIA DE LA SALUD PÚBLICA SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Empezaremos dejando sentando que las posiciones que se han mantenido por algunos sectores inspirados en un neoliberalismo extremo, han quedado totalmente desarmadas por esta pandemia, al igual que ya se percibió en situaciones anteriores. Incluso desde esa perspectiva, escasamente viable en el contexto social contemporáneo, a pesar de sus esfuerzos de imponerse, sobre todo en el sector financiero y en parte empresarial, fenómenos tan graves para la salud como esta pandemia ponen en evidencia que ni las fortunas más elevadas están exentas de los riesgos gravísimos para la salud de cualquier ciudadano con independencia de su situación económica ni de los profundos problemas económicos y financieros que se avecinan. En consecuencia, debemos reafirmar la legitimidad de los poderes públicos para tomar las medidas necesarias contra la pandemia, dentro del marco de la ley[13]. E, incluso, es una obligación

[11] V. más ampliamente Vizueta Fernández, *La legítima defensa y el estado de necesidad justificante*, 234; Hernández Plasencia, *El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento*, 242 y s.
[12] Siguiendo en esto a Vizueta Fernández, *La legítima defensa y el estado de necesidad justificante*, 233 y s.; JU Hernández Plasencia, *El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento*, en el mismo lugar, 242 y s.
[13] Romeo Casabona (Coord.) / Urruela Mora (co-redactores) et al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, 5.

constitucional, como se recordará más abajo, la acción intervencionista de los poderes públicos[14].

La restricción de los derechos fundamentales solo puede admitirse si se cumplen algunos presupuestos o requisitos que avalen la prevalencia de la salud pública. A modo de ejemplo, apuntaremos algunos supuestos.

4.1 Presupuestos fácticos

4.1.1 Una situación de excepcionalidad

La pandemia de la Covid 19 ha demostrado serlo, por su rápida difusión (elevado número de personas contagiadas, que a su vez pueden transmitir el virus a otras, sobre todo si son asintomáticas), por su gravedad (altas tasas de mortalidad y de necesidad de tratamiento intensivo) y por la necesidad urgente de abundantes recursos sanitarios de todo tipo, incluidos los profesionales de la salud con formación para atender esta clase de pandemias.

4.1.2 Carácter temporal de la situación

La experiencia de situaciones anteriores indica que estas crisis de salud pública, aunque produzcan estragos en la población, son de duración limitada. Más dudoso es que lleguen a erradicarse, es decir, que desaparezcan del todo. Lo esperable, si no se progresa de manera definitiva en encontrar soluciones eficientes para prevenir la enfermedad de modo que su persistencia apenas sea relevante, nos podremos encontrar en procesos de cronificación de la situación, lo puede requerir la adopción de algunas medidas preventivas por lo general apenas gravosas.

En consecuencia, las restricciones de los derechos han de ser también temporales o transitorias.

No es fácil de prever a medio-largo plazo cuándo se deben recuperan los derechos restringidos o suprimidos. En ningún caso debería esperarse a conseguir la solución definitiva contra la pandemia, es decir, cuando se dispongan de vacunas y tratamientos efectivos; cualquier restricción únicamente es legítima en la medida y con la duración que sean estricta y probadamente necesarias para controlar la expansión de la pandemia.

La consecuencia más significativa que queremos subrayar ahora en relación con este presupuesto fáctico de temporalidad es, como se insistirá más abajo, el de gradualidad, es decir, de ir eliminando o reduciendo el alcance de las medidas restrictivas de los derechos ciudadanos

[14] Sobre este debate y contrario al enfoque liberal, Nuffield Council on Bioethics, *Public Health: ethical issues*, London, 2007, 13 y ss.

en paralelo con la desaparición, o más propiamente dicho, o limitación de los efectos expansivos más graves de la pandemia. Como veremos más abajo para el cumplimiento satisfactorio de esta trayectoria de gradualidad el principio de proporcionalidad constituye una referencia de orientación del máximo valor.

4.2 Principios aplicables

4.2.1 La entrada en juego de diversos principios compartidos en la cultura jurídica occidental

En el contexto de una pandemia destacan los principios de equidad (en el acceso a los recursos necesarios, incluso vitales, de las personas vulnerables por razón de su edad, de su estado mental o intelectual o por cualquier otro motivo), no discriminación, solidaridad (de los individuos, los grupos humanos, los territorios y los Estados), justicia, proporcionalidad y transparencia (en la toma de decisiones, en la difusión y manejo de la información)[15], entre otros, de acuerdo con el Informe del Ministerio de Sanidad español sobre los aspectos éticos de la pandemia[16].

Estos principios solo pueden ser aplicados y garantizados adecuadamente en un Estado de Derecho.

4.2.2 El principio de proporcionalidad

Merece interés detener la atención en el principio de proporcionalidad. Resulta un instrumento jurídico de imprescindible referencia en la toma de este tipo de decisiones por las autoridades competentes y para impugnarlas, en su caso, por parte de los partidos políticos, grupos parlamentarios y otros entes sociales legitimados, o directamente para criticarlas y rechazarlas en el ejercicio de la libertad de expresión. Así lo ha entendido el TC, cuando señala que el principio de proporcionalidad es un principio interpretativo y un instrumento jurídico de control de constitucionalidad en la toma de decisiones por los poderes públicos impeditivas o restrictivas de los derechos fundamentales[17].

---

[15] Según el Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, Berlin, 27 de marzo de 2020, 7, debe fomentarse una estrategia de información sólida: comunicación transparente y regular sobre las medidas adoptadas y elaboración de políticas en el contexto de enfermedades altamente infecciosas.

[16] Romeo Casabona (Coord.) / Urruela Mora (co-redactores) et al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2,*

[17] Ya las SsTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996; se añaden nuevos enfoques a partir de la STC 136/1999 Concordante en materia penal la STS 3458/2017.

La observancia de este principio comporta a su vez tres exigencias, como elementos de control: las medidas restrictivas de derechos han de ser estrictamente necesarias, es decir, idóneas para lograr el objetivo propuesto; no ha de estar disponible otro medio menos gravoso; y ha de guardarse la proporcionalidad en sentido estricto, ponderando los beneficios perseguidos y la entidad de los daños previstos como probables. Este principio es, asimismo, aplicable en relación con la ponderación de las sanciones que puedan proponer o imponer los agentes y miembros de los cuerpos de seguridad estatales, autonómicos y locales, de acuerdo con sus competencias respectivas, en este caso también las marcadas por la ley de excepción.

La propia ejecución de la medida conforme al principio de proporcionalidad requiere el seguimiento de su duración, evolución y cese.

4.2.3 El principio de precaución

Al principio de precaución se suele recurrir cuando existe el riesgo de producirse grandes catástrofes colectivas relacionadas con la vida y la salud de las personas, y la integridad y pervivencia de los hábitats y ecosistemas de los seres vivos (medio ambiente), que se tienen frecuentemente como irreversibles y cuyo curso causal no es suficientemente conocido (qué actividad humana ha podido ser, o podrá serlo, determinante del daño o efecto catastrófico temido). Puede deducirse con facilidad que también puede ser de interés para la protección de la salud pública y la bioseguridad y otras necesidades de seguridad más específicas, como las emisiones electromagnéticas, las radiaciones de centrales de energía nuclear y otras instalaciones, centros y herramientas con capacidad de emitirlas.

Desde su creación este principio no ha avanzado mucho en concretar su dimensión jurídica, si como principio regulativo, orientador de la actividad de los legisladores y de las administraciones públicas en la toma de sus decisiones vinculantes para los ciudadanos, o si como parte de la norma jurídica misma.

Este principio fue muy tenido en cuenta por la Comisión Europea ante determinadas crisis relacionadas con la salud pública (la epidemia de la encefalopatía espongiforme bovina, que podía ser transmitida a los seres humanos a través de priones de los bóvidos contaminados) y le llevó a establecer unos criterios para su aplicación[18]: a) evaluación científica del riesgo, reconociendo las incertidumbres, debiendo ser actualizada a la luz de nuevas pruebas; b)

[18] Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión sobre el principio de precaución*, Bruselas, 2000.

equidad y coherencia; c) consideración de los costos y beneficios de las acciones; d) transparencia; y e) proporcionalidad.

En realidad el principio de precaución continúa siendo en esencia una metodología de actuación e intervención por parte de las autoridades públicas, más que una norma en si misma (aunque contamos con ejemplos de su integración normativa y como elemento interpretativo de las sentencias judiciales). Por ello, al menos en la actual situación no consideramos que este principio pueda rendir una eficacia aplicativa directa suficiente[19]. Pero sí su remisión al principio de proporcionalidad, defendido más arriba, como se ha visto que propone la Comisión Europea, con el fin de acotar mejor los criterios de su aplicación, como han temido diversos sectores industriales, agropecuarios y empresariales.

4.3 Restricción o privación (suspensión) de derechos individuales y supraindividuales

La salud pública es un bien jurídico colectivo, por tanto, de titularidad supraindividual; en principio, la sociedad como tal. Pero es también un bien jurídico instrumental (bien jurídico intermedio) para adelantar la intervención protectora del Derecho (en su caso, del Derecho Penal) y lograr la protección de otros bienes individuales (vida y salud individuales) como objetivo final[20]. Dejaremos aquí tan solo apuntado que los conceptos de salud y de bioseguridad guardan una estrecha relación, lo que puede tener relevancia jurídica.

Las restricciones pueden afectar –y han afectado- a diversos derechos fundamentales o constitucionales[21]. Con frecuencia se ha apuntado, sobre todo en el pasado próximo, que el confinamiento, aislamiento o encierro de los ciudadanos afecta a la libertad ambulatoria (art. 17 CE) o libertad de movimiento para desplazarse sin restricciones de un lugar a otro o de permanecer en determinado lugar (distinto a la cuarentena, que se aplica a los sospechosos de estar infectados y a los ya enfermos, quienes ven asimismo mermado este derecho fundamental), así como a la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE). Lo cierto es que la realidad ha sido muy otra, pues también se han visto restringidos otros derechos de diversa naturaleza y rango:

---

[19] Algo más proclive a su aplicación, pero sin concretar demasiado sus posibilidades reales de aplicación se muestra el Nuffield Council on Bioethics, *Public Health: ethical issues*, London, 2007, 35 y ss., aunque prefiere denominarlo "enfoque precautorio" (*precautionary approach*), pues considera que es algo diferente a un principio.
[20] Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, art. 2º.
[21] CM Flood, B Thomas y K Wilson, *Civil Liberties vs. Public Health*, en CM Flood et al. (Eds.), Vulnerable. The Law, Policy and Ethics of COVID 19, University of Ottawa Press, 2020, 251 y ss., indican que frente a las posiciones enfrentadas existentes, los principios de proporcionalidad y de precaución pueden actuar de forma complementaria.

* *Las libertades de manifestación*, que ha tenido que expresarse por diversos procedimientos restringidos (p. ej., desde balcones y ventanas de las viviendas; dentro de vehículos en las vías públicas) y de *reunión* (art. 21 CE).

* *El derecho a la protección de la salud*, que en algunos sistemas jurídicos se identifica con el derecho a la salud, mientras que en otros son derechos diferentes y hasta de rango también diverso[22]. Desde nuestra perspectiva, la afectación del primero de ellos se ha visto comprometida cuando no se ha autorizado el desplazamiento a hospitales y otros centros sanitarios o de salud a todas las personas que necesitan un tratamiento intensivo, o no se han trasladado a centros no saturados de otras comunidades autónomas; o la realización de las habituales prácticas de deporte o de ejercicio (paseos) al aire libre. De escaso relieve han podido ser la cancelación o la postergación de consultas e intervenciones no urgentes relacionadas con patologías ajenas a la pandemia, que han sido sustituidas, cuando ello ha sido posible, por las llamadas consultas telefónicas o telemáticas, siempre que se haya contemplado la asistencia necesaria, incluso presencial, con internamiento e intervención, incluso quirúrgica[23], en casos graves.

* *El derecho al trabajo y a la libertad de empresa* (arts. 35 y 38 CE), pues salvo respecto a los calificados como trabajos esenciales o al teletrabajo, la población se ha visto privada de poder realizar su trabajo de la manera habitual, por no mencionar el elevadísimo número de personas que han perdido su puesto laboral, sin perjuicio de las medidas retributivas paliativas temporales (los llamados ERTE en nuestro país). Además, las restricciones de la actividad laboral y el desempleo comportan grandes costes y pérdidas para todo tipo de empresas y enormes desequilibrios económicos dentro de los estados y de las organizaciones supranacionales como la Unión Europea, lo que se manifiesta en un drástico descenso del PIB y un aumento elevadísimo de la deuda pública.

* *Los derechos relativos al consumo y al ocio* (arts. 43, 44 y 51 CE). Afectados por el cierre temporal de tiendas y centros comerciales, bares y restaurantes, discotecas, gimnasios, salas de teatro, cine y música, etc.

* *El libre ejercicio de los derechos y relaciones familiares y matrimoniales* (arts. 32 y 39 CE), como familias que quedan separadas de hecho desde el momento en que se declara el

[22] Así, en la CE se distinguen claramente ambos derechos, que tienen, además, un rango distinto: el derecho a la salud como derecho fundamental (art. 15, aunque no se mencione explícitamente); y el derecho a la protección de la salud, como derecho constitucional de rango inferior al anterior, pues no es un derecho fundamental (art. 43.1 CE).

[23] Al parecer algunos programas de trasplante de órganos, al menos los de riñón, fueron suspendidos durante el estado de alarma. V. www.alcer.org

confinamiento o medidas de encierro o aislamiento semejantes; imposibilidad de asistencia y ayuda a familiares enfermos o con riesgo de ser contagiados por encontrarse en residencias o en otros centros de alojamiento (personas mayores, discapacitados, inmigrantes adultos y menores en residencias de acogida), suspensión de la celebración de matrimonios.

* *La libertad religiosa en su ejercicio comunitario* (art. 16 CE). La prohibición de la celebración de actos religiosos colectivos de culto, como oraciones y rezos, misas, bautismos, funerales y entierros y otras prácticas religiosas no cristianas, incluidos los de las personas fallecidas como consecuencia del contagio de la enfermedad pandémica, y otros actos religiosos, como procesiones, etc.

* *El derecho a la intimidad personal y familiar, la vida privada y a la protección de los datos personales* (art. 18.1 y 4 CE). La recogida y el tratamiento de datos relacionados con la salud es un componente esencial de la lucha contra la pandemia de COVID-19, incluyendo el uso de tecnologías digitales, grandes datos (*big data*) e inteligencia artificial. Sobre este particular nada hay que objetar, al contrario, los ordenamientos jurídicos suelen contemplar excepciones o restricciones a la protección especial que merecen los datos relativos a la salud, cuando se persigue un objetivo epidemiológico. La cuestión es que también puede expresarse por medio de medidas de control de los ciudadanos con sospecha de hallarse infectados (enfermos asintomáticos) o para determinar la trazabilidad de la fuente de contagio respecto a una persona conocidamente contagiada, al manifestar síntomas de la enfermedad (p. ej., los llamados rastreadores, que suelen constituir el primer eslabón para la localización de personas contagiadas). La utilización de datos no anonimizados sin el consentimiento de los interesados supone ya una afectación al derecho fundamental, aunque esté animada por el propósito de combatir la pandemia. No cabe duda de que este objetivo puede contribuir a salvar la vida o proteger la salud de muchas personas, pero ha de estar de nuevo sometido al principio de proporcionalidad y para este supuesto recordaremos lo que mencionamos más arriba de que sea estrictamente necesario el tratamiento de datos personales sin el consentimiento del interesado[24], de modo que no pueda lograrse de otro modo el beneficio esperado. No es fácil establecer pautas más detalladas en abstracto.

El Reglamento General de Protección de Datos admite el tratamiento de los datos en el caso de una emergencia de salud pública[25]. No obstante, como se subraya en la Declaración

[24] Nuffield Council on Bioethics, *Guide to the ethics of surveillance and quarantine for novel coronavirus*, 2020, p.1.
[25] Según el considerando 46 del RGPD 2016/679, "ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento

Conjunta del Consejo de Europa sobre el derecho a la protección de datos en el contexto de la pandemia de COVID-19, "la amenaza resultante de la pandemia de COVID-19 [se abordará] con respeto a la democracia, el estado de derecho y los derechos humanos, incluido el derecho a la privacidad y la protección de datos"[26]. El artículo 10 del Convenio de Oviedo se refiere al derecho a la privacidad de la información en el campo de la salud, reafirmando así el principio introducido en el artículo 8 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. De acuerdo con el Convenio actualizado para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales[27], habrá que recordar que los datos relativos a la salud son datos sensibles, cuyo conocimiento o difusión ponen a los afectados en una situación de especial vulnerabilidad y, por lo tanto, su procesamiento está sujeto a condiciones de protección específicas y reforzadas[28].

La obtención de datos anonimizados en su origen y su procesamiento oportuno, no ofrece especiales consideraciones jurídicas, ni siquiera la necesidad de consentimiento de la persona de la que provienen, pues por definición, se desconoce de quién provienen[29]. Este criterio mantiene su validez mientras esos datos permanezcan siendo anónimos, pues en cuanto tales no son objeto de protección por la normativa sobre protección de datos, dado que no son personales (no están identificados ni permiten la identificación de la persona de la que proceden). La cuestión conflictiva surge al utilizar datos personales, es decir, identificados o identificables, como lo son los seudonimizados. En estos casos hay que acudir, una vez más al principio de proporcionalidad, con el fin de ponderar si la medida que se prevé tomar se adapta a las exigencias de este principio. En la ponderación sobre la concurrencia e este principio hay que tener en cuenta del lado del interés sacrificado que se trata de datos relativos a la salud de la persona implicada y de que pueden llegar a tratarse –incluida su obtención- sin el

es necesario para fines humanitarios, incluido el control de epidemias y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano".

[26] Según el presidente del Comité del Convenio 1081 y la Protección de Datos (Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (CETS No.108) Comisionado del Consejo de Europa.

[27] Council of Europe, *Convention for the Protection of individuals with regard to the processing of personal data (Convention 108+)*, art. 6, categorías especiales de datos, entre los que se incluyen los datos genéticos, los relativos a la salud o que puedan revelar el origen racial o étnico de las personas.

[28] Concordante el RGPD 2016-679, art. 9.1, donde incluye, entre otros, los datos genéticos, los datos biométricos y los datos relativos a la salud, sin perjuicio de las limitaciones de su apartado 2; este Reglamento considera datos relativos a la salud los "datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud" (art. 4.15).

[29] Nuffield Council on Bioethics, *Guide to the ethics of surveillance and quarantine for novel coronavirus*, p.1.

consentimiento de aquélla[30]. En armonía con este principio podemos situar en estas situaciones el principio de minimización de los datos, que resulta aplicable también en estos casos[31].

Similares reflexiones de naturaleza jurídica se presentan en relación con los controles de geolocalización de portadores de anticuerpos del virus o de personas de riesgo o que hayan estado en contacto con infectados[32], puede comportar una excesiva y hasta en algunos casos una desproporcionada intromisión en el derecho a la intimidad personal y familiar que garantiza la CE (art. 18.1). La posición de los estados está siendo diversa, en algunos de ellos estos datos incluyen la identificación de las personas controladas, mientras que en otros la información obtenida será anonimizada. Mientras que la primera posición debe ser rechazada, en cuanto que comporta una intromisión desproporcionada en un derecho fundamental, al menos mientras del principio de proporcionalidad aplicable al caso concreto no induzca a otra conclusión; el segundo criterio, el de la anonimización, si se hace con las garantías técnicas suficientes, no implicaría, al menos de entrada, un conflicto con el derecho fundamental. No obstante, debemos recordar las fundadas dudas que suscita en la actualidad la efectividad de los procedimientos tecnológicos y de otro tipo de anonimización.

5 LA VUELTA A LA NORMALIDAD

La vuelta a la normalidad comporta el regreso a la situación del pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, especialmente los fundamentales, existente antes del comienzo y expansión de la pandemia y de las decisiones tomadas por los poderes públicos con el fin de combatirla o prevenirla, a costa de la restricción o suspensión de tales derechos.

La recuperación de la normalidad significa, en último extremo, restablecer todas las condiciones propias del estado democrático y social de derecho: recuperación de las instituciones y de las prácticas democráticas (p. ej., plena actividad del parlamento, de la administración de justicia y otros órganos constitucionales, de los medios de comunicación social, etc.); el cese de la excepcionalidad en el procedimiento de producción normativa; la

[30] De acuerdo con el considerando 54 del RGPD: "El tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Ese tratamiento debe estar sujeto a medidas adecuadas y específicas a fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas. […] Este tratamiento de datos relativos a la salud por razones de interés público no debe dar lugar a que terceros, como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias, traten los datos personales con otros fines."
[31] Agencia Española de Protección de Datos, *Consulta nº 0017/2020*, 7.
[32] Controles aprobados por Orden SND/297/2020, del Ministerio de Sanidad.

recuperación de los derechos sociales más relevantes, como el derecho a la enseñanza, el pleno funcionamiento de la producción agrícola, industrial y de prestación de servicios, etc.

Se trata, por consiguiente, de una vuelta a la normalidad sin ningún tipo de adjetivos; o como mucho a una normalidad "normal" –discúlpese la tautología-, frente a la llamada por algunos políticos "nueva normalidad". Esta última expresión sugiere que los ciudadanos no van a recuperar la situación de ejercicio no restrictivo de los derechos fundamentales y libertades públicas anteriores a la manifestación de la pandemia y a la imposición de medidas restrictivas por el poder ejecutivo y/o legislativo (el estado de alarma en España y otros similares en otros países). La vuelta a la normalidad comporta que, aunque la situación social haya cambiado profundamente, el ejercicio de los derechos y libertades será pleno y deberán buscarse los recursos necesarios para que ello sea así.

Esta recuperación plena no significa que la vuelta a la normalidad no pueda ser gradual, en atención a preservar los intereses de la salud pública, previniendo una nueva extensión de la pandemia (rebrotes de casos de contagio)[33]. Es el resultado de la ponderación de intereses y del principio de proporcionalidad. Los ciudadanos debemos ser conscientes de que consiste en un proceso de paulatina recuperación social al amparo del estado democrático de derecho (pleno funcionamiento de los poderes públicos como instituciones democráticas y plena vigencia del principio de legalidad). En todo caso, una posible necesaria gradualidad en la recuperación de instituciones y derechos no debe confundirse con una reducción indefinida de las mismas.

Existe el riesgo de que se manifieste una tendencia por parte de los poderes públicos de mantener una "sociedad vigilada", prolongando en lo que no sea probada y estrictamente necesario restricciones de derechos, como la libertad ambulatoria, que es presupuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales, y el derecho a la vida privada, implantando nuevos sistemas de control telemático; sobre estas amenazas se han lanzado ya algunas denuncias respecto a las decisiones de las autoridades públicas de algunos países. De nuevo aquí, el principio de proporcionalidad se configura como un instrumento jurídico esencial para la contención de posibles desviaciones de los poderes públicos.

En todo caso, siendo conscientes de que una situación tan extraordinaria y desbordante como esta pandemia justifica en general las medidas que han sido tomadas por los gobiernos de los estados, éstos han de ser asimismo conscientes de los excepcionales y también extraordinarios poderes que les otorgan las constituciones políticas en el marco del estado de

[33] Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, 6 y s., propone la reevaluación continua de las medidas restrictivas de la libertad; cuando sea justificable, su retirada gradual y la reanudación de las actividades sociales y económicas.

derecho, razón por la cual deben ser utilizados con la máxima prudencia. Y los parlamentos deben velar porque ello sea así, al margen de otras consideraciones políticas. Una situación tan grave como la que estamos padeciendo no puede justificar nunca una quiebra o debilitamiento del Estado Democrático de Derecho.

6 UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL FUTURO

No haría falta insistir que una gran pandemia como ésta suscita numerosas reflexiones sobre cómo hacerle frente, pero sobre todo cómo prevenir ésta y otras semejantes que pudieran producirse en el futuro. Aquí el Derecho acentúa su función fundamentalmente instrumental y secundaria respecto a cómo tomarse en serio el futuro. Entre otras razones, porque parece que son de otra naturaleza las medidas que deberían adoptarse., sin perjuicio de su sometimiento constante al principio de legalidad.

En efecto, esta pandemia y otras de características semejantes (por su elevada capacidad expansiva, por su pronóstico grave en muchos casos, todavía se están evaluando las secuelas post-enfermedad y por la carencia de recursos para tratar o prevenir la enfermedad) que se han producido en el pasado más reciente reclaman un estudio más profundo. Tienen también en común su origen viral y que su hábitat natural parecen ser animales (sobre todo mamíferos, pero también otros vertebrados, como aves), a los que por lo general no atacan o lo hacen de forma benigna. Es decir, en los casos conocidos se ha producido un salto filogenético interespecies (de animal a humano).

Es necesario crear un programa de investigación científica relacionado con este tipo de enfermedades, a nivel mundial, tal vez coordinado por la OMS (ha habido ya laguna iniciativa similar hace unos años, pero sin ninguna puesta en marcha reseñable), o al menos en el marco europeo comunitario, con el fin de conocer mejor el origen de todas ellas y las vías de transmisión; configurar infraestructuras de prevención en el ámbito de la salud pública. Los poderes públicos y los ciudadanos debemos ser conscientes de que es necesario cambiar algunos comportamientos ciudadanos, relacionados con la bioseguridad, la sostenibilidad y el mantenimiento de los ecosistemas y de sus equilibrios internos. Asimismo, las relaciones interpersonales deberán someterse a ciertas adaptaciones inspiradas en la seguridad y la prevención.

Desde el punto de vista jurídico este tipo de reflexiones sobre acciones conjuntas mundiales en el campo científico y asistencial podría tener su reflejo paralelo respecto a instrumentos jurídicos internacionales dirigidos a combatir o prevenir las pandemias. Sin poder

ir más allá en este lugar, enseguida se vislumbran los problemas que generaría la aplicación de los instrumentos jurídicos con amplitud universal para asegurar su cumplimiento sin restricciones o desviaciones.

7 RECOMENDACIONES

De nuevo deben recordarse las recomendaciones del EGE dirigidas a los Estados miembros de la UE. Ellas sintetizan la expresión de lo que debe continuar siendo la UE desde sus principios fundamentales fundacionales, si no quiere verse defraudada la credibilidad de millones de ciudadanos europeos. Es obvio que las compartimos plenamente, pero la insistencia en la defensa de la validez de las mismas se refuerza en los tiempos presentes y venideros, en los que de nuevo parece abrirse una quiebra en lo que deberían ser intereses comunes y compartidos de todos los estados miembros de la UE[34]:

1. La protección de la salud humana tiene una prioridad mucho mayor en el sistema de valores de la UE que los intereses económicos. Los estados miembros de la UE deben perseguir conjuntamente la protección de la salud de los ciudadanos de la UE y ayudar a fortalecer y mantener la integridad de los sistemas de atención de la salud y otras infraestructuras públicas.

2. Las medidas adoptadas por muchos gobiernos para proporcionar de inmediato asistencia financiera y otros apoyos a individuos, familias y empresas de la comunidad deben continuar y ser reforzadas, y sugerimos que se adopten medidas adicionales para mejorar la seguridad de la vivienda, en particular en toda Europa.

3. Los Estados miembros que disponen de recursos suficientes para la atención sanitaria deben compartir sus recursos con aquellos que carecen de los recursos necesarios en una actitud de solidaridad.

4. Salvar vidas es el objetivo más importante y urgente. Las restricciones de los derechos y libertades que se imponen para salvar vidas en una situación de emergencia - incluidas las realizadas mediante la vigilancia tecnológica a través de la telefonía móvil y de dispositivos como los drones y las cámaras de vigilancia -, sin embargo, deben ser eliminados, y los datos deben ser destruidos, tan pronto como la emergencia termine. No se debe abusar de la emergencia de salud pública para usurpar el poder, o para suspender permanentemente la protección de los derechos y libertades.

[34] EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic.*

5. Una vez superada la crisis, las sociedades europeas deberían colaborar para aplicar las lecciones aprendidas durante el COVID-19. Una estrategia común para hacer frente a una pandemia y amenazas similares deberían elaborarse y aplicarse en el ámbito europeo y mundial. Toda estrategia debe tener en cuenta no sólo las amenazas para la salud, sino también las amenazas a nuestras democracias, a los derechos individuales y a la sostenibilidad económica. El COVID-19 ha demostrado, una vez más, que los más desfavorecidos socioeconómicamente son los más vulnerables a la enfermedad y a la dolencia.

A COVID 19 E AS POLÍTICAS EUROPEIAS SOBRE DIREITOS HUMANOS*

LA COVID 19 Y LAS POLÍTICAS EUROPEAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Carlos Maria Romeo Casabona[1]
Universidade do País Basco (UPV/EHU)

Resumo:
Admite-se sem discussão que a pandemia do coronavírus vem afetando principalmente a saúde pública, como bem jurídico coletivo, mas também sabemos que tem custado milhares de vidas e danos à saúde individual de milhões de pessoas. Dada a gravidade que a doença covid 19 vem adquirindo, também é apresentada de uma perspectiva mais básica, embora ainda seja muito remota, que pode afetar também a espécie humana, a sua sobrevivência. As restrições e privações da liberdade de movimentação ou de circulação vêm afetando não só esta, mas também uma longa lista de direitos dos cidadãos, muitos dos quais fundamentais. O retorno à normalidade, erroneamente denominado por alguns "nova normalidade", apresenta complexidades próprias, mas é preciso retornar à situação anterior, ao início da pandemia, de pleno exercício dos direitos dos cidadãos, ainda que de maneira gradual e acompanhando o ritmo da evolução da pandemia.
Palavras-chave:
saúde pública, espécie humana, direitos fundamentais, cooperação entre os Estados, Grupo Europeu de Ética, Conselho da Europa, Comissão Europeia, nova normalidade, normalidade.

Resumen:
Es aceptado sin discusión que la pandemia del coronavirus está afectando de forma primaria a la salud pública, como bien jurídico colectivo, pero también sabemos que ha costado miles de vidas y daños a la salud individual de millones de personas. Dada la gravedad que ha ido adquiriendo la enfermedad covid 19, también se plantea desde una perspectiva más básica, aunque todavía sea muy remota, que puede afectar asimismo a la especie humana, a su supervivencia. Las restricciones y privaciones de la libertad ambulatoria o de movimientos ha afectado no solo a ésta sino también a una larga lista de derechos de los ciudadanos, no poco de ellos fundamentales. La vuelta a la normalidad, incorrectamente llamada por algunos "nueva normalidad", presenta sus propias complejidades, pero hay que volver a la situación anterior al inicio de la pandemia, de pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, aunque sea de forma gradual y acompasada a la evolución de la pandemia.
Palabras clave:
salud pública, especie humana, derechos fundamentales, cooperación entre los Estados, Grupo Europeo de Ética, Consejo de Europa, Comisión Europea, nueva normalidad, normalidad.

1 A EVOLUÇÃO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO ANTE A PANDEMIA COVID-19: DA SAÚDE PÚBLICA À PROTEÇÃO DA ESPÉCIE HUMANA

Ao longo do nascimento e expansão da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, considerou-se sem discussão que o bem jurídico sujeito à proteção perante o vírus é a saúde pública. Nada pode ser contestado a esta posição, que recebeu aceitação geral, e em particular entre os profissionais de saúde, autoridades de saúde e juristas. Ou seja, um bem jurídico de natureza coletiva e, portanto, supra-individual. Além disso, costuma ser considerado um bem

* Este trabalho é realizado no âmbito do financiamento do Governo Basco para Grupos de Pesquisa do Sistema Universitário Basco (IT1066-16).
[1] Dr. iur., Dr. med. Carlos María Romeo Casabona, Catedrático de Derecho Penal, Investigador Principal, G.I. Cátedra de Derecho. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5421-7115
Tradução: Maria de Fátima Freire de Sá (PUC Minas). Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3485-4923

jurídico intermediário, no sentido de que embora a saúde pública seja o interesse imediato protegido, é na verdade um bem jurídico instrumental, por meio do qual se trata, em última instância, de proteger a vida e a saúde das pessoas, ou seja, de indivíduos específicos.

A enorme expansão global que a doença COVID-19 experimentou, com vários milhões de infectados, muitos dos quais desenvolveram a doença e mais de um milhão de pessoas morreram, por enquanto, sugere que a saúde pública pode falhar como um bem jurídico protegido. Se, apesar das medidas de prevenção e tratamento adotados nos diversos países que mais sofreram com a doença, com maior sucesso ou fracasso, não foi possível evitar a catástrofe de tantos enfermos e falecidos, também não o foi a contenção da propagação para muitas partes do planeta, embora algumas áreas ainda estejam livres de contágio, e isso felizmente, ainda que a infraestrutura seja deficiente para atender às demandas diárias de saúde de suas populações, significa que pode ser necessário identificar outro bem jurídico ainda mais relevante.

Com isso entendemos a sobrevivência da espécie humana, a sua proteção como um bem jurídico protegido de natureza autônoma[2]. E, por sua vez, pode apresentar várias facetas. Uma delas seria a manutenção da espécie humana com as características biológicas essenciais que a identificam e a diferenciam de outras espécies, como consequência, por exemplo, da aplicação de modernas biotecnologias de replicação de DNA ou da mais recente edição de genes. As espécies seriam conservadas, mas com características muito diferentes. O que realmente pode vir a ser considerado um perigo para a sobrevivência humana em relação ao coronavírus seria a própria existência do ser humano, sua permanência no planeta. Não podemos afirmar neste momento que este perigo seja real ou pareça iminente, visto que foram criadas infraestruturas e foram armazenados produtos médicos aparentemente suficientes para prevenir surtos hipotéticos, mas uma nova expansão descontrolada, ou outra semelhante causada por um patógeno diferente, em outras áreas do planeta até agora imunes, poderia atingir uma dimensão qualitativamente diferente, muito mais séria, que é o que esta reflexão quer identificar.

Portanto, basta agora advertir esta hipótese de trabalho diante de uma grande expansão da doença COVID-19 ou outra de capacidade semelhante.

---

[2] Não partilhamos a posição de quem considera que a espécie humana deve ser reconhecida como titular de direitos. Seria necessário perguntar em que consistiriam esses direitos (não se consegue ver outros interesses diferentes à sobrevivência da espécie humana ou a garantia da integridade da identidade de sua espécie), contra quem ou o que seriam exercidos (contra os mesmos seres humanos, ou outros seres vivos?) e por quem (não a própria espécie, que não tem e não deve ser reconhecida como personalidade; quem a representaria então?). No entanto, a propriedade dos direitos da espécie humana é defendida em A Pisanò (ed.), *Se la specie umana sia titolare di diritti*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, cisim (165 ff.).

E se falamos da sobrevivência e da proteção da espécie humana, será mais fácil entender a necessidade inalienável de cooperação dos Estados para enfrentar a atual pandemia em um marco de solidariedade interestadual e respeito aos direitos humanos.

Esta cooperação deve ocorrer ao mais alto nível, de forma a garantir uma eficiência mínima, porém relevante. Em outras palavras, compreende o envolvimento e a ação direta de organizações governamentais internacionais de alcance universal. Em primeiro lugar, em razão da matéria, a OMS, a quem caberia tomar iniciativas para promover a contenção da pandemia em questão (não só a provocada mais recentemente pelo SARS-CoV-2; temos outros infelizes e graves antecedentes); promover pesquisas coordenadas em relação às doenças contagiosas mais conhecidas, especificamente as de origem viral, buscando conhecer os aspectos comuns das etiologias das doenças virais que se têm manifestado com certa agressividade na espécie humana, seus possíveis saltos interespécies, ambientes favoráveis para estes últimos, germinação, desenvolvimento e evolução dessas pandemias, orientações médicas para a prevenção de contágios, vacinas e tratamentos disponíveis ou que necessitem de novos recursos de vários tipos (por exemplo, moléculas ou princípios ativos que possam gerar a obtenção e introdução de novos fármacos), e outros aspectos sócio-sanitários em escala mundial, sem abandonar os grupos populacionais à sua sorte (falta de recursos, territórios, países).

2 AS OBRIGAÇÕES DOS ESTADOS DIANTE DA PANDEMIA COVID-19: SOLIDARIEDADE ENTRE ELES E RESPEITO PELOS DIREITOS DOS CIDADÃOS

São inúmeros os atos de solidariedade que conhecemos no decorrer da pandemia provocada pelo vírus SARS-CoV-2, tanto de cidadãos como de alguns profissionais que foram além do estrito cumprimento das suas obrigações profissionais, como por exemplo, foi verificado com profissionais de saúde, mas também por agentes das forças de segurança, exército e outros. Alguns dos quais contraíram e desenvolveram a doença COVID-19 e entre eles não poucos com resultados fatais.

Como foi salientado pelo Grupo Europeu de Ética na Ciência e nas Novas Tecnologias (EGE)[3], órgão consultivo independente do Colégio de Comissários Europeus, a solidariedade torna-se um conceito muito pobre se apenas a aplicarmos àqueles que estão próximos de nós

[3] European Group in Science and New Technologies (EGE), *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*, 4th April 2020. Como membro deste Grupo e participante na redação deste documento (CM Romeo Casabona), então seguimos de perto as posições do mesmo.

ou surge com condições e negociações. É mais poderoso e significativo quando se estende sem reservas também àqueles que são diferentes. Segundo a EGE, é mais importante do que nunca nesta difícil situação manter uma forma de solidariedade que inclua a todos, que reconheça que o respeito é devido a todos e que não é exclusivo de quem vive na nossa cidade, região ou país[4].

De acordo com os critérios deste órgão consultivo europeu, a atual pandemia deve ser utilizada para promover a solidariedade a nível europeu e global. Consequentemente, os Estados se preocupam em adotar práticas solidárias entre si, pensando no benefício de todos os seus cidadãos. Essa solidariedade deve se manifestar em ações concretas, como a troca leal e a partilha de informações, experiências, inovações e recursos. Os governos dos Estados devem ser transparentes em suas tomadas de decisão, fortalecer a ciência e a pesquisa abertas e cooperar internacionalmente[5].

Quando os cidadãos são solicitados a confiar naqueles em posições de conhecimento e poder e a aceitar suas regras de governo, o respeito pelos princípios democráticos, a transparência, a responsabilidade e o Estado de Direito são mais importantes do que nunca. A pandemia também é um desafio para as noções individualistas e nacionalistas de segurança, saúde e bem-estar, conclui a EGE[6].

A solidariedade entre os Estados, especialmente, mas não só, se fizerem parte de uma organização supranacional, como a União Europeia, implica em nossa opinião:

- Assumir como ponto de referência partilhado entre os Estados o conjunto de valores que informam os instrumentos jurídicos comuns, conforme evidenciado por um dos instrumentos jurídicos mais relevantes da UE, a Carta dos Direitos Fundamentais[7]:

> "Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União assenta nos valores indivisíveis e universais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, e assenta nos princípios da democracia e do Estado de Direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca a pessoa no centro das suas ações".

[4] EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.
[5] EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.
[6] EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.
[7] V. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Nice, 2000, e substituído pela Carta 2010/C 83/02, uma vez que o Tratado de Lisboa entrou em vigor).

- Eliminar ações competitivas e descoordenadas entre os estados comunitários para a obtenção de medicamentos e produtos de saúde necessários para combater a pandemia ou prevenir sua propagação.
- Incentivar a colaboração de indústrias e cientistas de vários países na pesquisa para obtenção de vacinas, medicamentos e outros tratamentos mais específicos para a doença COVID-19. Para a sua introdução no mercado e que cheguem a todas as pessoas em situação de risco (idosos, profissionais de saúde, agentes dos órgãos e forças de segurança) será necessário chegar a acordos entre a indústria e os governos para fixar preços razoáveis disponíveis aos cidadãos, independentemente da sua situação econômica individual.
- Agir de forma coordenada na tomada de decisões que possam afetar os cidadãos de outros estados, em particular em relação às restrições ao movimento transfronteiriço (medidas de passagem das fronteiras, em particular dentro do espaço Schengen) ou com a flexibilização ou extinção, de forma a garantir a semelhança das decisões e práticas de segurança, sem prejuízo do atendimento das necessidades específicas de cada estado.
- Acesso a recursos econômicos e financeiros por parte dos países mais gravemente afetados pela pandemia para fazer frente à crise econômica gerada pela própria pandemia, ou seja, derivada das decisões que devem ser tomadas contra ela e que possam ter impacto direto na atividade produtiva ou no mercado de trabalho, entre outros. Será necessário deixar para outros fóruns a discussão sobre o melhor ou o pior manejo do mesma nas ações preventivas de contágios e no tratamento de pacientes, do que, aparentemente, praticamente nenhum estado foi poupado. A chuva é para todos.

3 SAÚDE PÚBLICA CONFRONTADA COM OS DIREITOS HUMANOS

A necessidade urgente de deter a rápida expansão do coronavírus, com capacidade de contágio ou transmissão até agora desconhecida, obrigou os poderes públicos dos diversos países a tomarem medidas, em muitas ocasiões drásticas, que afetaram diretamente direitos fundamentais e liberdades públicas dos cidadãos[8].

[8] V. em relação às medidas sanitárias, CM Romeo Casabona (Coord.) / A Urruela Mora (co-editores) et al. (2020). Relatório do Ministério da Saúde sobre aspectos éticos em situações de pandemia: SARS-CoV-2, Ministério da Saúde, Madrid, 2 de abril de 2020; os mesmos, Stratégie de santé publish face au Covid-19 mise en éuvre par l'Espagne, Revue Droit & Santé, nº 96, 2020, 549 et seq..

As organizações internacionais que estão mais atentas à garantia da segurança dos direitos humanos afirmaram sem a menor reserva que as medidas adotadas para combater ou prevenir a pandemia devem satisfazer o requisito fundamental do respeito à dignidade humana e aos direitos humanos[9].

O Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina (Convênio de Oviedo), elaborado pelo Comitê de Bioética (DH BIO) do Conselho da Europa, aprovado pelo Comitê de Ministros e apresentado para assinatura dos estados por este órgão em 1997 na cidade espanhola de Oviedo[10], oferece um marco jurídico relevante e comprovado em direitos humanos e biomedicina, incluindo referências a situações de emergência (art. 8).

Da mesma forma, prevê a possibilidade de introduzir restrições ao exercício dos direitos e das disposições protetivas do próprio Convênio, exceções que visem à proteção de interesses supraindividuais ou coletivos, como, entre outros que sejam explicitamente mencionados, a saúde pública (art. 26).

Consequentemente, tanto o Direito Internacional como o interno dos Estados incluem a adoção de medidas excepcionais, e elas foram tomadas. O enfrentamento que pode surgir diante de uma pandemia tão grave e generalizada como a da COVID-19, que requer medidas, às vezes extremas, para combater e prevenir a propagação da pandemia foi exposto acima: ocorre entre saúde pública, por um lado, um interesse coletivo de especial relevância (bem jurídico) amparado por lei, que em uma expansão mundial descontrolada poderia levar ao bem jurídico da sobrevivência da espécie humana em relação a um cenário felizmente ainda hipotético; e os direitos das pessoas, por outro lado, que podem ter a categoria de direitos fundamentais, e outros interesses supra-individuais legítimos.

Em termos jurídicos, especificamente no âmbito do Direito Penal, ao qual este tipo de conflito é bastante familiar, o referido confronto é entendido como uma colisão de deveres entre interesses coletivos (dever de proteção da saúde pública) e interesses individuais e outros supra-individuais (dever de não prejudicar os direitos fundamentais e as liberdades públicas ou outros bens jurídicos coletivos) [11]. O conflito ocorre porque, quem é obrigado a cumprir os dois deveres, necessariamente infringirá um deles.

---

[9] V. Conselho da Europa, Committee of Bioethics (DH BIO), *Statement on human rights considerations relevant to the COVID-19 pandemic*, Strasbourg, 14 April 2020.

[10] Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e da dignidade da ser humano com relação às aplicações da Biologia e da Medicina (Convênio relativo aos direitos humanos e biomedicina), feito em Oviedo em 4 de abril de 1997. Ratificado pelo Reino da Espanha em 23 de julho de 1999 (BOE 20 de outubro de 1999).

[11] V. mais amplamente Vizueta Fernández, *La legítima defensa y el estado de necesidad justificante*, 234; Hernández Plasencia, *El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento*, 242 y s.

A solução para esta colisão deve ser encontrada procedendo-se à preferência pelo cumprimento do dever que protege o interesse juridicamente preponderante na situação concreta, tendo em conta todos os interesses presentes em jogo[12].

Mutatis mutandis, este critério também é válido para os poderes públicos: o poder legislativo ao aprovar ou validar normas restritivas de direitos; o executivo no cumprimento de tais disposições ou ao recorrer aos poderes que a lei lhe confere em tais situações de emergência); e os juízes devem resolver essas colisões de funções em suas sentenças de acordo com os critérios estabelecidos em lei.

4 CRITÉRIOS INFORMADORES PARA ESTABELECER A PREVALÊNCIA DA SAÚDE PÚBLICA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Começaremos por afirmar que as posições que têm sido mantidas por alguns setores inspirados no neoliberalismo extremo, foram totalmente desarmadas por esta pandemia, como já se percebeu em situações anteriores. Mesmo sob essa perspectiva, dificilmente viável no contexto social contemporâneo, apesar de seus esforços para prevalecer, especialmente no setor financeiro e em parte no setor empresarial, fenômenos tão graves para a saúde quanto esta pandemia mostram que nem mesmo as maiores fortunas estão isentas dos riscos gravíssimos para a saúde de qualquer cidadão, independentemente da sua situação econômica ou dos profundos problemas econômicos e financeiros que se avizinham. Por conseguinte, devemos reafirmar a legitimidade dos poderes públicos para tomar as medidas necessárias contra a pandemia, no âmbito da lei[13]. E é mesmo uma obrigação constitucional, como será lembrada a seguir, a ação intervencionista dos poderes públicos[14].

A restrição de direitos fundamentais só pode ser admitida se forem atendidos certos pressupostos ou requisitos que sustentam a prevalência da saúde pública. Como exemplo, apontaremos algumas premissas.

4. 1. Pressupostos fáticos

[12] Seguindo nisso a Vizueta Fernández, *La legítima defensa y el estado de necesidad justificante*, 233 y s.; JU Hernández Plasencia, *El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo. El consentimiento,* no mesmo texto, 242 y s.

[13] Romeo Casabona (Coord.) / Urruela Mora (co-editores) et al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, 5.

[14] Sobre este debate e contrário à abordagem liberal, Nuffield Council on Bioethics, *Public Health: ethical issues*, London, 2007, 13 y ss.

4.1.1 Uma situação de excepcionalidade

A pandemia Covid 19 já provou ser assim, devido à sua rápida disseminação (elevado número de pessoas infectadas, que por sua vez podem transmitir o vírus a outras, principalmente se forem assintomáticas), devido à sua gravidade (altas taxas de mortalidade e necessidade de tratamento intensivo) e pela necessidade urgente de abundantes recursos de saúde de todos os tipos, incluindo profissionais de saúde treinados para lidar com este tipo de pandemia.

4.1.2 Natureza temporária da situação

A experiência de situações anteriores indica que essas crises de saúde pública, embora devastem a população, são de duração limitada. É mais duvidoso que sejam erradicadas, isto é, que desapareçam totalmente. O que se espera se não houver avanços definitivos na busca de soluções eficazes para prevenir a doença de forma que sua persistência seja pouco relevante, podemos nos encontrar em processos de cronificação da situação, podendo requerer a adoção de algumas medidas preventivas em geral dificilmente pesadas.

Consequentemente, as restrições aos direitos também devem ser temporárias ou transitórias.

Não é fácil prever a médio e longo prazo quando os direitos restringidos ou suprimidos deverão ser recuperados. Em nenhum caso deve-se esperar para conseguir a solução definitiva contra a pandemia, isto é, quando vacinas e tratamentos eficazes estiverem disponíveis; qualquer restrição só é legítima na medida e pela duração estrita e comprovadamente necessária para controlar a propagação da pandemia.

A consequência mais significativa que queremos sublinhar agora em relação a este pressuposto fático da temporalidade é, como será enfatizado a seguir, a do gradualismo, isto é, a eliminação ou redução gradual do alcance das medidas restritivas dos direitos dos cidadãos paralelamente ao desaparecimento, ou mais propriamente dito, ou limitação dos efeitos expansivos mais graves da pandemia. Como veremos a seguir, para o cumprimento satisfatório dessa trajetória de gradação, o princípio da proporcionalidade constitui uma referência de orientação do valor máximo.

4.2. Princípios aplicáveis

4.2.1 A entrada em jogo de vários princípios compartilhados na cultura jurídica ocidental

No contexto de uma pandemia, destacam-se os princípios da equidade (no acesso aos recursos necessários, inclusive vitais, de pessoas vulneráveis por sua idade, estado mental ou intelectual ou por qualquer outro motivo), não discriminação, solidariedade (de indivíduos, grupos humanos, territórios e Estados), justiça, proporcionalidade e transparência (na tomada de decisões, na divulgação e gestão da informação)[15], entre outros, conforme Relatório do Ministério da Saúde Espanhol sobre os aspectos éticos da pandemia[16].

Esses princípios só podem ser aplicados e adequadamente garantidos no Estado de Direito.

4.2.2 O princípio da proporcionalidade

Vale a pena prestar atenção ao princípio da proporcionalidade. É um instrumento jurídico de referência essencial na tomada deste tipo de decisões por parte das autoridades competentes e para contestá-las, se for caso disso, por partidos políticos, grupos parlamentares e outras entidades sociais legítimas, ou diretamente para criticá-las e rejeitá-las no exercício da liberdade de expressão. É assim que o TC o entende, ao apontar que o princípio da proporcionalidade é um princípio interpretativo e um instrumento jurídico de controle da constitucionalidade nas decisões dos poderes públicos que impedem ou restringem direitos fundamentais[17].

A observância desse princípio acarreta três requisitos, como elementos de controle: as medidas restritivas de direitos devem ser estritamente necessárias, ou seja, adequadas à consecução do objetivo proposto; nenhum outro meio menos oneroso deve estar disponível; e a proporcionalidade em sentido estrito deve ser mantida, ponderando os benefícios buscados e a entidade dos danos previstos como prováveis. Este princípio aplica-se também à ponderação das sanções que venham a serem propostas ou impostas pelos agentes e integrantes das forças de segurança estaduais, regionais e locais, de acordo com as respectivas competências, neste caso também as marcadas pela lei de exceção.

[15] De acordo com o Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, Berlim, 27 de março de 2020, 7 uma estratégia de informação sólida deve ser promovida: comunicação transparente e regular sobre as medidas tomadas e a formulação de políticas no contexto de doenças altamente infecciosas.
[16] Romeo Casabona (Coord.) / Urruela Mora (co-editores) et al., *Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2,*
[17] Já SsTC 66/1995, 55/1996 e 207/1996; novas abordagens são adicionadas a partir do STC 136/1999 Concordante em matéria penal STS 3458/2017.

A efetiva execução da medida de acordo com o princípio da proporcionalidade pressupõe o acompanhamento da sua duração, evolução e extinção.

4.2.3 O princípio da precaução

O princípio da precaução é geralmente utilizado quando há risco de grandes catástrofes coletivas relacionadas à vida e à saúde das pessoas, e à integridade e sobrevivência de hábitats e ecossistemas de seres vivos (meio ambiente), frequentemente vivenciados como irreversíveis e cujo curso causal não é suficientemente conhecido (qual atividade humana foi, ou pode ser determinante do dano ou efeito catastrófico temido). Pode-se facilmente deduzir que também pode ser de interesse para a proteção da saúde pública e biossegurança e outras necessidades de segurança mais específicas, como emissões eletromagnéticas, radiação de usinas nucleares e outras instalações, centros e ferramentas com capacidade para emiti-las.

Desde a sua criação, este princípio não avançou muito na especificação da sua dimensão jurídica, quer como princípio regulador, orientando a atividade do legislador e da administração pública na tomada de decisões vinculativas para os cidadãos, quer como parte da norma jurídica mesma.

Este princípio foi levado em consideração pela Comissão Europeia diante de certas crises relacionadas com a saúde pública (a epidemia de encefalopatia espongiforme bovina, que poderia ser transmitida ao homem através de príons bovinos contaminados) e levou-a a estabelecer alguns critérios para sua aplicação[18]: a) avaliação científica do risco, reconhecendo as incertezas, devendo ser atualizada à luz de novas evidências; b) equidade e consistência; c) consideração dos custos e benefícios das ações; d) transparência; e e) proporcionalidade.

Na realidade, o princípio da precaução continua a ser essencialmente uma metodologia de ação e intervenção das autoridades públicas, e não uma norma em si (embora tenhamos exemplos da sua integração normativa e como elemento interpretativo das decisões judiciais). Portanto, pelo menos na situação atual, não consideramos que este princípio possa produzir eficácia aplicativa direta suficiente[19]. Mas faz referência ao princípio da proporcionalidade,

[18] Comissão Europeia, *Comunicación de la Comisión sobre el principio de precaución*, Bruselas, 2000.
[19] Um pouco mais propenso à sua aplicação, mas sem especificar muito suas reais possibilidades de aplicação, é mostrado o Nuffield Council on Bioethics, Public Health: Ethics Issues, Londres, 2007, 35 et seq., Embora prefira chamá-lo de "abordagem preventiva" (*precautionary approach*), porque considera que é algo diferente de um princípio.

acima defendido, como se viu que a Comissão Europeia propõe, a fim de delimitar melhor os critérios de sua aplicação, como temiam vários sectores industriais, agrícolas e empresariais.

4.3. Restrição ou privação (suspensão) de direitos individuais e supra-individuais

A saúde pública é um bem jurídico coletivo, portanto, de propriedade supra-individual; em princípio, a sociedade como tal. Mas é também um bem jurídico instrumental (bem jurídico intermediário) para fazer avançar a intervenção protetora do Direito (no caso, do Direito Penal) e alcançar a proteção de outros bens individuais (vida e saúde individuais) como objetivo final[20]. Ressaltamos aqui apenas que os conceitos de saúde e biossegurança estão intimamente relacionados, o que pode ter relevância jurídica.

As restrições podem afetar - e afetaram - vários direitos fundamentais ou constitucionais[21]. Tem sido frequentemente apontado, especialmente no passado próximo, que o confinamento, isolamento ou enclausuramento de cidadãos afeta a liberdade de circulação (art. 17 CE) ou a liberdade de movimento para se deslocar sem restrições de um lugar para outro ou para permanecer num determinado local (diferente da quarentena, que se aplica aos suspeitos de estarem infectados e aos já doentes, que também veem este direito fundamental diminuído), bem como à liberdade de residência e circulação (art. 19 CE). A verdade é que a realidade tem sido bem diferente, pois outros direitos de diferentes naturezas e abrangências também foram restringidos:

* *As liberdades de manifestação*, que tiveram de ser expressas por meio de vários procedimentos restritos (por exemplo, de varandas e janelas de casas; dentro de veículos em vias públicas) e de reunião (art. 21 CE).

* *O direito à proteção da saúde*, que em alguns sistemas jurídicos se identifica com o direito à saúde, enquanto em outros são direitos diferentes e até mesmo diferentes em classificação[22]. Do nosso ponto de vista, a afetação do primeiro deles foi comprometida quando o deslocamento para hospitais e outros centros de saúde não foi autorizado para todas as pessoas que necessitam de tratamento intensivo, ou não foram transferidos para centros não

[20] Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, art. 2º.

[21] CM Flood, B Thomas y K Wilson, *Civil Liberties vs. Public Health*, en CM Flood et al. (Eds.), Vulnerable. The Law, Policy and Ethics of COVID 19, University of Ottawa Press, 2020, 251 y ss., indicam que, diante das posições opostas existentes, os princípios da proporcionalidade e da precaução podem atuar de forma complementar.

[22] Assim, na CE ambos os direitos são claramente distinguidos, os quais também têm uma classificação diferente: o direito à saúde como um direito fundamental (art. 15, embora não seja explicitamente mencionado); e o direito à proteção da saúde, como direito constitucional inferior ao anterior, por não ser um direito fundamental (art. 43.1 CE).

saturados de outras regiões; ou a realização de práticas esportivas habituais ou práticas de exercício (caminhadas) ao ar livre. Têm sido de pouca importância o cancelamento ou adiamento de consultas não urgentes e intervenções relacionadas a outras doenças que não a pandemia, sendo substituídas, quando possível, por consultas telefônicas ou telemáticas, desde que a assistência necessária tenha sido contemplada, inclusive presencial, com internação e intervenção, mesmo cirúrgica[23], em casos graves.

* *O direito ao trabalho e à liberdade de negócios* (arts. 35 e 38 CE), pois, exceto aquelas classificadas como empregos essenciais ou teletrabalho, a população tem sido privada de poder exercer o seu trabalho da forma usual, sem falar o número muito elevado de pessoas que perderam o emprego, sem prejuízo das medidas de compensação paliativa temporária (as chamadas ERTE no nosso país). Além disso, as restrições à atividade laboral e ao desemprego implicam grandes custos e perdas para todos os tipos de empresas e enormes desequilíbrios econômicos dentro dos Estados e organizações supranacionais, como a União Europeia, que se manifesta numa queda drástica do PIB e um aumento muito elevado da dívida pública.

* *Os direitos relativos ao consumo e ao lazer* (arts. 43, 44 e 51 CE). Afetados pelo encerramento temporário de lojas e centros comerciais, bares e restaurantes, boates, academias, teatros, cinemas e shows, etc.

* *O livre exercício dos direitos e relações familiares e matrimoniais* (arts. 32 e 39 CE), na medida em que famílias efetivamente separadas desde o momento do confinamento ou medidas de enclausuramento ou isolamento semelhantes sejam declaradas; impossibilidade de assistência e ajuda aos familiares doentes ou em risco de infecção por se encontrarem em residências ou outros centros de acolhimento (idosos, deficientes, imigrantes adultos e menores em lares de acolhimento), suspensão da celebração de casamentos.

* *A liberdade religiosa no seu exercício comunitário* (art. 16 CE). A proibição da celebração de atos religiosos coletivos de culto, como orações e preces, missas, batismos, funerais e sepultamentos e outras práticas religiosas não cristãs, incluindo aquelas de pessoas que morreram como resultado do contágio da doença pandêmica e outros atos religiosos, como procissões, etc.

* *O direito à privacidade pessoal e familiar, à vida privada e à proteção dos dados pessoais* (art. 18.1 e 4 CE). A coleta e processamento de dados relacionados à saúde é um componente essencial da luta contra a pandemia COVID-19, incluindo o uso de tecnologias

[23] Aparentemente, alguns programas de transplante de órgãos, pelo menos os de rim, foram suspensos durante o estado de emergência. V. www.alcer.org

digitais, big data e inteligência artificial. Não há nada a objetar a esse respeito, pelo contrário, os sistemas jurídicos costumam contemplar exceções ou restrições à proteção especial que os dados de saúde merecem, quando se busca um objetivo epidemiológico. A questão é que também pode ser expressa por meio de medidas de controle de cidadãos suspeitos de estarem infectados (pacientes assintomáticos) ou para determinar a rastreabilidade da fonte de contágio em relação a uma pessoa sabidamente infectada, ao manifestar sintomas da doença (por exemplo, os chamados rastreadores, que geralmente constituem a primeira peça para localizar pessoas infectadas). A utilização de dados não anonimizados sem o consentimento das partes interessadas já constitui uma violação do direito fundamental, embora seja incentivada com o objetivo de combater a pandemia. Não há dúvida de que este objetivo pode ajudar a salvar a vida ou proteger a saúde de muitas pessoas, mas deve mais uma vez estar sujeito ao princípio da proporcionalidade e para este pressuposto, lembraremos o que mencionamos acima de que é estritamente necessário o tratamento de dados pessoais sem o consentimento do interessado[24], desde que o benefício esperado não possa ser alcançado de outra forma. Não é fácil estabelecer diretrizes mais detalhadas em abstrato.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados admite o tratamento de dados em caso de emergência de saúde pública[25]. No entanto, conforme sublinhado na Declaração Conjunta do Conselho da Europa sobre o direito à proteção de dados no contexto da pandemia COVID-19, "a ameaça resultante da pandemia COVID-19 [será tratada] com respeito à democracia, ao estado de direito e aos direitos humanos, incluindo o direito à privacidade e à proteção de dados"[26]. O artigo 10 do Convênio de Oviedo refere-se ao direito à privacidade das informações na área da saúde, reafirmando assim o princípio introduzido no artigo 8 do Convênio Europeu de Direitos Humanos de 1950. De acordo com o Convênio atualizado para proteção das pessoas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais[27], recorde-se que os dados relativos à saúde são dados sensíveis, cujo conhecimento ou divulgação coloca os

[24] Nuffield Council on Bioethics, *Guide to the ethics of surveillance and quarantine for novel coronavirus*, 2020, p.1.
[25] De acordo com o considerando 46 do RGPD 2016/679, "certos tipos de tratamento podem responder tanto a razões importantes de interesse público quanto a interesses vitais da parte interessada, como quando o tratamento é necessário para fins humanitários, incluindo o controle de epidemias e sua propagação, ou em situações de emergência humanitária, especialmente no caso de desastres naturais ou de origem humana".
[26] De acordo com o presidente do Comitê do Convênio 1081 e Proteção de Dados (Convênio para a proteção de pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento automatizado de dados pessoais (CETS nº 108), Comissário do Conselho da Europa.
[27] Council of Europe, *Convention for the Protection of individuals with regard to the processing of personal data (Convention 108+)*, art. 6, categorias especiais de dados, incluindo dados genéticos, dados relacionados à saúde ou que possam revelar a origem racial ou étnica das pessoas.

afetados em situação de especial vulnerabilidade e, por conseguinte, o seu processamento está sujeito a condições de proteção específicas e aprimoradas[28].

A obtenção de dados anonimizados na origem e seu processamento oportuno não oferece considerações jurídicas especiais, nem mesmo a necessidade do consentimento da pessoa de quem provêm, pois, por definição, não se sabe de quem provêm[29]. Este critério mantém-se válido enquanto estes dados se mantiverem anônimos, visto que, como tal, não estão protegidos pelas normas de proteção de dados, uma vez que não são pessoais (não são identificados ou permitem a identificação da pessoa de onde provêm). A questão conflitante surge ao usar dados pessoais, isto é, identificados ou identificáveis, como dados pseudoanonimizados. Nestes casos, é necessário recorrer, mais uma vez, ao princípio da proporcionalidade, para ponderar se a medida a tomar se adapta aos requisitos deste princípio. Na ponderação sobre a concorrência neste princípio, é necessário levar em consideração o lado do interesse sacrificado de que se trata de dados relativos à saúde da pessoa envolvida e que podem ser processados - inclusive sua obtenção - sem o consentimento dela[30]. Em consonância com este princípio, podemos colocar o princípio da minimização de dados nestas situações, o que também é aplicável nestes casos[31].

Reflexões semelhantes de natureza jurídica são apresentadas em relação aos controles de geolocalização de portadores de anticorpos de vírus ou pessoas em risco ou que estiveram em contato com pessoas infectadas[32], pode implicar uma interferência excessiva e até mesmo em alguns casos desproporcional no direito de privacidade pessoal e familiar garantida pelo CE (art. 18.1). A posição dos estados é diversa, em alguns deles esses dados incluem a identificação das pessoas controladas, enquanto em outros as informações obtidas serão anônimas. Embora a primeira posição deva ser rejeitada, na medida em que envolve uma ingerência desproporcional em um direito fundamental, pelo menos enquanto o princípio da proporcionalidade aplicável ao caso concreto não conduza a outra conclusão; o segundo critério, o do anonimato, se feito com garantias técnicas suficientes, não implicaria, pelo

[28] De acordo com o RGPD 2016-679, art. 9.1, que inclui, entre outros, dados genéticos, dados biométricos e dados relativos à saúde, sem prejuízo das limitações de sua seção 2; Este Regulamento considera os dados relativos à saúde como "dados pessoais relativos à saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informação sobre o seu estado de saúde" (art. 4.15).
[29] Nuffield Council on Bioethics, *Guide to the ethics of surveillance and quarantine for novel coronavirus*, p.1.
[30] De acordo com o considerando 54 do RGPD: "O tratamento de categorias especiais de dados pessoais, sem o consentimento do interessado, pode ser necessário por razões de interesse público no âmbito da saúde pública. Este tratamento deve ser sujeito a medidas adequadas e específicas de modo a proteger os direitos e liberdades das pessoas singulares. [...] Este tratamento dos dados relativos à saúde por razões de interesse público não deve levar a terceiros, como empresários, seguradoras ou bancos, o tratamento dos dados pessoais para outros fins".
[31] Agencia Española de Protección de Datos, *Consulta nº 0017/2020*, 7.
[32] Controles homologados pela Portaria SND/297/2020, do Ministério da Saúde.

menos à primeira vista, um conflito com o direito fundamental. No entanto, devemos lembrar as dúvidas fundadas que atualmente levantam a eficácia dos procedimentos tecnológicos e de outro tipo de anonimização.

5 O RETORNO À NORMALIDADE

O retorno à normalidade implica um retorno à situação de pleno exercício dos direitos dos cidadãos, especialmente os fundamentais, existentes antes do início e da expansão da pandemia e das decisões tomadas pelos poderes públicos para combatê-la ou preveni-la, à custa da restrição ou suspensão de tais direitos.

A recuperação da normalidade significa, em última instância, o restabelecimento de todas as condições do estado democrático e social de direito: recuperação das instituições e práticas democráticas (por exemplo, plena atividade do parlamento, a administração da justiça e outros órgãos constitucionais, meios de comunicação, etc.); a cessação da excepcionalidade no procedimento de produção normativa; a recuperação dos direitos sociais mais relevantes, como o direito à educação, o pleno funcionamento da produção agrícola e industrial e a prestação de serviços, etc.

É, portanto, um retorno à normalidade sem quaisquer adjetivos; ou, no máximo, a uma normalidade "normal" - desculpem a tautologia -, em comparação com o apelo de alguns políticos de "novo normal". Esta última expressão sugere que os cidadãos não irão recuperar a situação de exercício não restritivo dos direitos fundamentais e liberdades públicas anteriores à manifestação da pandemia e da imposição de medidas restritivas por parte do poder executivo e/ou legislativo (estado de emergência na Espanha e similares em outros países). O retorno à normalidade implica que, embora a situação social tenha mudado profundamente, o exercício dos direitos e das liberdades será pleno e devem ser buscados os recursos necessários para que isso aconteça.

Essa recuperação plena não significa que o retorno à normalidade não possa ser gradativo, a fim de preservar os interesses da saúde pública, evitando uma nova propagação da pandemia (surtos de casos de contágio) [33]. É o resultado da ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade. Os cidadãos devem estar cientes de que se trata de um processo de gradual recuperação social sob a proteção do estado democrático de direito (pleno

[33] Deutscher Ethikrat, *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise*, 6 y s., propõe a contínua reavaliação das medidas restritivas da liberdade; quando justificável, sua retirada gradual e a retomada das atividades sociais e econômicas.

funcionamento dos poderes públicos como instituições democráticas e plena vigência do princípio da legalidade). Em todo caso, não deve ser confundida uma eventual gradação necessária na recuperação das instituições e direitos com uma redução indefinida dos mesmos.

Corre-se o risco de haver uma tendência dos poderes públicos a manterem uma "sociedade tutelada", prolongando-se no que não é comprovado e estritamente necessário as restrições de direitos, como a liberdade de circulação, condição para o exercício de outras direitos fundamentais e direito à privacidade, implementando novos sistemas de controle telemático; Já foram feitas algumas reclamações sobre essas ameaças em relação às decisões das autoridades públicas de alguns países. Mais uma vez, o princípio da proporcionalidade configura-se como um instrumento jurídico essencial para conter possíveis desvios do poder público.

Em todo o caso, estando cientes de que uma situação tão extraordinária e avassaladora como esta pandemia geralmente justifica as medidas que têm sido tomadas pelos governos dos Estados, devem também estar cientes dos poderes excepcionais e também extraordinários que são outorgados pelas constituições políticas no âmbito do estado de direito, razão pela qual devem ser usados com a maior prudência. E os parlamentos devem garantir que assim seja, independentemente de outras considerações políticas. Uma situação tão grave como a que vivemos não pode justificar a falência ou o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

6 UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE O FUTURO

Não seria necessário insistir que uma grande pandemia como esta suscita muitas reflexões sobre como lidar com ela, mas, sobretudo como prevenir esta e outras semelhantes que poderão ocorrer no futuro. Aqui, o Direito enfatiza seu papel fundamentalmente instrumental e secundário com relação a como levar o futuro a sério. Entre outras razões, porque parece que as medidas que devem ser adotadas são de natureza diversa, sem prejuízo da sua constante sujeição ao princípio da legalidade.

Com efeito, esta pandemia e outras com características semelhantes (devido à sua elevada capacidade expansiva, devido ao seu grave prognóstico em muitos casos, as sequelas pós-doença que ainda continuam a ser avaliadas e a falta de recursos para tratar ou prevenir a doença) produzidas no passado mais recente exigem um estudo mais aprofundado. Elas também têm em comum sua origem viral e que seu habitat natural parecem ser animais (especialmente mamíferos, mas também outros vertebrados, como pássaros), que geralmente

não atacam ou o fazem de forma benigna. Ou seja, em casos conhecidos, houve um salto filogenético interespécies (de animal para humano).

É necessário criar um programa de pesquisas científicas relacionadas a esses tipos de doenças, em nível global, talvez coordenado pela OMS (já houve uma iniciativa semelhante há alguns anos, mas sem uma implementação notável), ou pelo menos no marco da Comunidade Europeia, a fim de melhor compreender a origem de todas elas e as vias de transmissão; configurar infraestruturas de prevenção no âmbito da saúde pública. Os poderes públicos e os cidadãos devem estar cientes de que é necessário mudar alguns comportamentos dos cidadãos, relacionados com a biossegurança, a sustentabilidade e a manutenção dos ecossistemas e dos seus equilíbrios internos. Da mesma forma, o relacionamento interpessoal deve sofrer certas adaptações inspiradas na segurança e na prevenção.

Do ponto de vista jurídico, este tipo de reflexões sobre ações globais conjuntas no campo científico e da saúde poderia ter uma reflexão paralela no que diz respeito aos instrumentos jurídicos internacionais voltados para o combate ou prevenção de pandemias. Sem poder ir mais longe neste ponto, vislumbram-se imediatamente os problemas que geraria a aplicação dos instrumentos jurídicos com âmbito universal para assegurar o seu cumprimento sem restrições ou desvios.

7 RECOMENDAÇÕES

Mais uma vez, as recomendações do EGE dirigidas aos Estados-membros da UE devem ser recordadas. Sintetizam a expressão daquilo que a UE deve continuar a ser a partir dos seus princípios fundamentais, para que a credibilidade de milhões de cidadãos europeus não seja desiludida. É claro que as compartilhamos plenamente, mas a insistência em defender sua validade se reforça nos tempos presentes e futuros, nos quais uma falência parece se reabrir no que deveriam ser interesses comuns e compartilhados de todos os estados-membros da UE[34]:

1. A proteção da saúde humana tem uma prioridade muito mais elevada no sistema de valores da UE do que os interesses econômicos. Os estados-membros da UE devem, em conjunto, procurar proteger a saúde dos cidadãos da UE e ajudar a fortalecer e manter a integridade dos sistemas de saúde e de outras infraestruturas públicas.

[34] EGE, *Statement on European Solidarity and the Protection of Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic*.

2. As medidas tomadas por muitos governos para fornecer assistência financeira imediata e outro tipo de apoio a indivíduos, famílias e empresas na comunidade devem continuar e serem fortalecidas, e sugerimos que medidas adicionais sejam tomadas para melhorar a segurança da habitação, especialmente em toda a Europa.

3. Os Estados-membros que dispõem de recursos suficientes para os cuidados de saúde devem partilhar os seus recursos com aqueles que não dispõem dos recursos necessários numa atitude de solidariedade.

4. Salvar vidas é o objetivo mais importante e urgente. As restrições aos direitos e liberdades que são impostas para salvar vidas em uma situação de emergência - incluindo aquelas feitas por vigilância tecnológica por meio de telefonia móvel e dispositivos como drones e câmeras de vigilância - devem, no entanto, ser apagados, e os dados devem ser destruídos, assim que a emergência terminar. A emergência de saúde pública não deve ser aproveitada para usurpar o poder ou para suspender permanentemente a proteção de direitos e liberdades.

5. Uma vez superada a crise, as sociedades europeias devem colaborar para aplicar as lições aprendidas durante a COVID-19. Uma estratégia comum para lidar com uma pandemia e ameaças semelhantes deve ser desenvolvida e implementada a nível europeu e global. Qualquer estratégia deve levar em consideração não apenas as ameaças à saúde, mas também as ameaças às nossas democracias, aos direitos individuais e à sustentabilidade econômica. A COVID-19 mostrou, mais uma vez, que os mais desfavorecidos socioeconomicamente são os mais vulneráveis a doenças e enfermidades.

CONSIDERACIONES EN TORNO AL DELITO DE CLONACIÓN*

CONSIDERATIONS ON THE CRIME OF CLONING

Iñigo de Miguel Beriain [1]
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
Emilio José Armaza Armaza [2]
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Resumen:
En el presente trabajo se analizan algunos problemas interpretativos que giran en torno al delito de clonación previsto en el artículo 161.2 del CP español. Se examina, críticamente, su escasa consistencia y la ambigüedad de su literalidad, ofreciendo, a cambio, alguna sugerencia de mejora. Por otra parte, se analizan, también críticamente, las dos principales propuestas doctrinales en relación con la identificación del bien jurídico tutelado y se ofrecen nuevas propuestas con el fin de alentar el debate y, con ello, el progreso del saber penal.
Palabras clave:
Clonación, Delito, Bien jurídico, Integridad genética, Identidad genética, Supervivencia de la especie humana.

Abstract:
This paper analyzes some of the interpretative problems surrounding the crime of cloning (Article 161.2 of the Spanish Criminal Code). It critically examines its lack of consistency and the ambiguity of its wording, offering, in return, some suggestions for improvement. The two main doctrinal proposals regarding the identification of the legally protected interest are, also, critically analyzed, and new proposals are offered with the aim of encouraging debate and, thus, the progress of Criminal Law.
Keywords:
Cloning, Crime, Legally protected interest, Genetic Integrity, Genetic Identity, Survival of the human species.

1 INTRODUCCIÓN

A lo largo de los últimos años, hemos asistido atónitos a la consecución de una serie de descubrimientos científicos que han cambiado radicalmente las circunstancias en las que han de desenvolverse ciencias como la medicina, la biología, o la genética. La aparición de una circunstancia como la clonación celular, o el logro de hitos del calibre de la elaboración del primer mapa del Genoma Humano, o el desarrollo de técnicas tan prometedoras como las que hacen posible las terapias génicas han modificado sustancialmente muchas de nuestras ideas

* El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de las ayudas del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco para apoyar las actividades de Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano con Ref. IT1066-16 y Grupo de Investigación COMERCIO: Constitución, mercados e integración con Ref. IT1386-19). Asimismo, se elabora en el marco del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 —Ayuda Ramón y Cajal con Referencia RYC-2016-20708.
[1] Ikerbasque Research Professor - Investigador del G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano - Universidad del País Vasco UPV/EHU (Bilbao, España). Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2650-5280
[2] Investigador "Ramón y Cajal" y Profesor de Derecho Penal - Universidad de Deusto - Investigador Colaborador del G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano - Universidad del País Vasco UPV/EHU (Bilbao, España). Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8816-9606

acerca de lo que es posible y lo que no lo es, siendo así que cada día resulta más complicado distinguir la realidad de la ciencia-ficción.

Esta revolución científica ha generado nuevos y sorprendentes escenarios para la vida humana, siendo así que no es exagerado, a nuestro juicio, decir que el hombre se halla, a principios del siglo XXI, en una situación decididamente compleja. De un lado, las enormes posibilidades que se abren ante nuestros ojos son motivo de alegría y optimismo. De otro, surge inevitable la inquietud hacia los posibles desastres a los que podría abocarnos una mala interpretación de los valores en juego o, simplemente, un uso inadecuado de estos nuevos conocimientos y de las tecnologías que surgen a su sombra [3]. La conciencia de esta situación ha llevado, inevitablemente, al nacimiento de dos nuevos saberes, la Bioética y el Bioderecho, que podrían definirse como las ramas de la Ética o del Derecho que se ocupan de las ciencias de la vida [4].

Junto a ellos, no obstante, se situará siempre el Derecho Penal, en su posición de herramienta de particular importancia en la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, una vocación desde la que no puede asistir impertérrito a la aparición de unas tecnologías que son magníficas oportunidades, pero también pueden constituir serias amenazas para el ser humano. De ahí que la mayoría de los códigos penales actuales incluyan referencias explícitas a los delitos de manipulaciones genéticas o de clonación. De hecho, nuestro texto empezará por

[3] Preocupación, en cualquier caso, plenamente justificada, por cuanto, como muy bien ha descrito el profesor ROMEO CASABONA, "más que ninguna otra rama del saber, las Ciencias Biomédicas comportan una incidencia directa sobre el ser humano en todo su proceso vital y en su propia identidad colectiva" (Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., "La relación entre la Bioética y el Derecho", en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *Derecho Biomédico y Bioética*, Comares, Colección Biblioteca Comares de Derecho y Ciencias de la Vida, nº 1, Granada, 1998, pág. 162). En el mismo sentido, Lydia FEITO ha señalado que "la magnitud de los poderes que ostenta la biomedicina y, en general, la ciencia y la técnica actuales, es enorme en comparación con épocas pasadas. Tales logros han permitido a la humanidad situarse en una posición de dominio del entorno natural que supera con creces los pronósticos más optimistas que cualquier hombre o mujer del pasado hubiera podido concebir. Sin embargo, también son gigantescas las responsabilidades adquiridas con tales poderes. También es este uno de los puntos álgidos en la historia de la humanidad en cuanto a necesidad de reflexión ética se refiere. La preocupación fundamental reside en la necesidad imperiosa de impedir que se abra, o se agrande, una sima entre la ciencia y la ética" (Cfr. FEITO GRANDE, L., "Poner en marcha la ética: elementos básicos para el análisis de la terapia génica humana", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 4, 1996, pág. 141 y 142).

[4] La idea misma de si la Bioética es o no una rama de la Ética general ha suscitado cierta polémica. Aquí, no obstante, nos mostraremos de acuerdo con esa hipótesis, haciéndonos así eco de las palabras del profesor ROMEO CASABONA cuando escribe que "la Bioética no suele ser entendida como una disciplina especial, sino especializada, dentro de la Ética general (de la cual se nutre en buena parte de sus fundamentos, y a la inversa, desarrolla aquélla), no tanto como Ética teórica como cuanto aplicada" (Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., "La relación entre la Bioética y el Derecho", en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *Derecho Biomédico y Bioética*, cit., págs. 153 y 154). Véase también: MINETTI, J. A. y M. J. BERTOMEU, "La fundamentación de la ética biomédica", en *Jano*, nº 649, 1985, pág. 50. En este mismo sentido, ROMEO CASABONA señala que el Bioderecho ha de ser entendido como el "conjunto de materias jurídicas relacionadas con todos los seres vivos en general, abarcando toda la materia viva presente en el planeta, es decir, animales y plantas, y en particular el ser humano, sus ecosistemas y su evolución" (Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., "Bioderecho y Bioética", en ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Comares, Granada, 2011, pág. 188.

ilustrar el ejemplo del Código Penal español. Por desgracia, tendremos que criticar seriamente la escasa consistencia y la ambigüedad de su literalidad, ofreciendo, a cambio, alguna sugerencia de mejora.

No obstante, nuestro análisis se centrará especialmente en el concepto de bien jurídico protegido, que resulta fundamental en cualquier caracterización del delito. Llegados a ese punto, intentaremos tanto mostrar las principales tendencias doctrinales en este sentido, como las razones por las que disentimos de la opinión expresada por la mayor parte ellos. En compensación, intentaremos ofrecer nuevas y, esperamos, estimulantes propuestas, que sirvan para superar el marco jurídico actual. Por último, terminaremos con algunas conclusiones y observaciones finales que permitan sintetizar todo lo expuesto en el presente texto. Esperemos que sean útiles para salvar los obstáculos que ahora mismo encontramos en nuestros marcos normativos.

2 LA REGULACIÓN DEL DELITO DE CLONACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Como acabamos de anunciar, la primera parte de este texto irá enfocado a analizar la forma en que se ha querido normativizar el delito de clonación. Para ello recurriremos al ejemplo de España, que nos resulta particularmente familiar, y que además resulta muy útil por las disfunciones que presenta. Permítasenos, por tanto, citar aquí el artículo 161 del Código Penal vigente, que señala, a este respecto, literalmente lo siguiente:

> *Artículo 161*
> *1. Serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.*
> *2. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de razas.*

Su redacción, como cabe apreciar, es sumamente farragosa, lo que hace que la interpretación, siempre necesaria en un texto, aunque haya quien todavía defienda otros postulados (más bien decimonónicos) sea, en esta ocasión, particularmente exigente. Pues bien, intentando desentrañar qué se dice ahí de las conductas clonatorias, conviene empezar señalando que, desde luego, el primer número del artículo citado no se refiere a la clonación, por cuanto el mero hecho de que exista un fecundación lo excluye. En cuanto al segundo punto, llama poderosamente la atención que se hable de creación de seres humanos idénticos ¿por

clonación? Esta construcción nos lleva a la conclusión de que la técnica legislativa utilizada para criminalizar este delito no puede, sino, ser calificada de absurda. En efecto, el legislador señala que la finalidad del autor del delito ("creación de seres humanos idénticos") se ha de alcanzar con el uso de un medio muy específico ("por clonación") y que, en puridad, no es un medio comisivo sino, también, la propia finalidad perseguida por el autor (el legislador, por tanto, identifica una técnica con la finalidad que persigue)[5]. Crear seres humanos idénticos es clonar seres humanos, con las salvaguardas que introduciremos después. Por tanto, no tiene sentido introducir una fórmula que, de tomarnos en serio, vendría a decir que "*se castigará la clonación por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de razas"*.

La única interpretación razonable de la inclusión de esa extraña coletilla ("por clonación") sería deducir que lo que el legislador deseaba decir (pensamos, aunque resulta difícil adivinarlo) era algo así como que se penalizará la creación de seres humanos genéticamente (curiosamente, esta palabra, esencial, no figura en el texto) idénticos mediante transferencia nuclear. Saber si, además, el autor de esta tropelía tenía en mente la prohibición de la otra forma de clonar un ser humano, esto es, la división del embrión o gemelación artificial, esto es, la partición en laboratorio de un embrión en sus primeras fases de desarrollo, resulta mucho más complejo[6], por cuanto la frase *"otros procedimientos dirigidos a la selección de razas"* es un auténtico enigma, al menos para nuestro torpe entendimiento[7]. ROMEO MALANDA, por ejemplo, considera que la inclusión de la paráfrasis citada avala esta hipótesis, cosa que, de otro lado, sería coherente con lo dispuesto en el Convenio de Oviedo.

[5] La errática técnica legislativa utilizada, quizás ha incluso condicionado las construcciones conceptuales de una parte de la doctrina española, llevándola, en cierta medida, a reflejar esta cuestionable caracterización del delito de clonación. Así, según QUERALT JIMÉNEZ, "la clonación es la técnica de reproducción artificial en cuya virtud se obtiene de una célula o conjunto de células de un sujeto otro idéntico, sin mediar fecundación de ningún tipo. Clonar es, en definitiva, copiar, pero no reproducir. De esta suerte, encontrados un sujeto o sujetos satisfactorios —¿para quién?—, se podría obtener dobles que tanto podrían convertirse en los amos del universo como en esclavos de los que lo fueran o se tuvieran por tales" (QUERALT JIMÉNEZ., J. J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, José María Bosch Editor, S. L., Barcelona, 1996, pág. 54). Obviamente, el autor identifica la técnica transferencia de núcleos celulares con la finalidad de clonar un ser humano.

[6] Véanse al respecto las siguientes referencias: ROMEO CASABONA, C. M., "Los delitos relativos a la manipulación genética", cit., pág. 359; ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, Granada, 2007, pág. 366 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal español de 1995", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 5, 1996, pág. 70.

[7] Véase, al respecto, REY DEL CASTILLO, J., "La situación de la clonación humana en el ámbito internacional", en *Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review*, Núm. 24, pág. 188. De hecho, y como ha puesto de manifiesto ROMEO MALANDA, la redacción del Código Penal permite preguntarse, en primer lugar, si nos hallamos ante un único tipo delictivo o si, por el contrario, son dos (Cfr. ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, cit., pág. 365 y ss.). Pero es que, además, hay al menos cuatro interpretaciones que pueden derivarse de la redacción del precepto (Véase: ROMEO CASABONA, C. M., "Los delitos relativos a la manipulación genética", págs. 355 y ss.; DEL MORAL, A., "Clonación y Derecho Penal", en PÉREZ DEL VALLE, C. (Dir.), *Genética y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 85).

Sin embargo, creemos que también es posible considerar lo contrario, si la expresión *"otros procedimientos"* se liga inseparablemente a la selección de razas [8].

La duda más relevante que surge en este punto, no obstante, atañe a la primera parte de la definición, esto es, la que habla de la "creación" de un ser humano. Aquí la cuestión trascendental es si la transferencia nuclear llega a crear o no un "ser humano" y, caso de que la respuesta sea afirmativa, en qué momento. Caben, de hecho, dos interpretaciones diferentes. De acuerdo con la primera, sólo estaría prohibido el intento de crear un ser humano idéntico a un adulto que ya existe, esto es, un intento que incluyera la posibilidad de que la criatura llegara a nacer, lo que implicaría su transferencia a un útero, con lo que la transferencia nuclear, de por sí, no estaría penalizada, sino solo la introducción del clon en el cuerpo de una gestante [9]. La segunda posible interpretación, no obstante, concluiría que no es necesario un resultado de este tipo, sino que la aplicación de la técnica, de por sí, crearía siempre una persona [10].

Este dilema conoce difícil respuesta, si tenemos presente que hay una profunda división de opiniones acerca del sentido de la expresión "ser humano", así como con respecto al hecho de si esta técnica lo acaba generando inevitablemente o no o, incluso, si es necesario que llegue a producirse un nacimiento o no [11]. La duda, en todo caso, queda en el aire, demostrando de

[8] El propio ROMEO MALANDA considera que la gemelación artificial no se halla sancionada, siempre que todos los embriones producidos a través de esta técnica se transfieran a un útero al mismo tiempo (Cfr. ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, cit., pág. 377). En el mismo sentido, Stella MARIS MARTÍNEZ ha escrito que "la formulación de este tipo resulta tan genérica que permite sostener que, no sólo está prohibida la clonación propiamente dicha, sino también aquella destinada a optimizar las chances de una fecundación asistida, esto es, la que denomináramos gemelación, entiendo que, no existiendo en este procedimiento manipulación genérica alguna sino imitación de un proceso reproductivo natural tal hipótesis debe excluirse radicalmente, entendiendo que la prohibición sólo alcanza a la transferencia nuclear" (Cfr. MARIS MARTÍNEZ, S., "Derecho a la vida vs. Derecho a una determinada calidad de vida. Reflexiones sobre la clonación humana", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 18, 2003, pág. 95).

[9] Sustenta esta interpretación, por ejemplo: GUARDIOLA GÓMEZ, J. O., "Estudio jurídico internacional sobre clonación y manipulación genética", en *Lo Canyeret*, nº 27, mayo-junio 2002, pág. 6.

[10] Es la opinión mantenida por: GARCÍA GONZÁLEZ, J., *Límites Penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Edersa, Madrid, 2001, pág. 367; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, "Delitos relativos a la manipulación genética", en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Colex, Madrid, 2ª edición, 2004, pág. 93; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Los delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal español de 1995", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 5, 1996, pág. 69.

[11] En este sentido, se ha de señalar que hay algunos autores que consideran que no es imprescindible que el ser clónico llegue a nacer para dar por consumado el delito (Véase, por ejemplo, MINAHIM, M. A., *Diereito Penal e Biotecnologie*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2004, pág. 143). Otros, por el contrario, opinan que el delito sólo llega a consumarse si se produce el nacimiento (Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., "Los llamados delitos relativos a la manipulación genética: ¿Derecho Penal simbólico?", en ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.), *Genética y Derecho Penal*, Comares, Bilbao-Granada, 2001, págs. 366 y 371; PÉREZ MANZANO, "Manipulación Genética", en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, vol. I, pág. 488; MARTÍN URANGA, A., *La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas*, Comares, Bilbao-Granada, 2003, pág. 427; DEL MORAL, A., "Clonación y Derecho penal", en PÉREZ DEL VALLE, C. J. (Dir.), *Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 87; CUERDA RIEZU, A., "¿Es punible o sancionable la clonación terapéutica en España", en A.A. V.V., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 1259.

nuevo la escasa pulcritud de la norma ahora citada [12]. Una redacción mucho más afortunada sería, a nuestro juicio la siguiente: *"2. Con la misma pena se castigará la transferencia al cuerpo de una mujer de la entidad resultante de un proceso de transferencia nuclear"*. Con ello se conseguiría, en primer lugar, diferenciar entre técnica, sea la que sea, y finalidad, la clonación y, en segundo lugar, aclarar que sólo se producirá esta clonación cuando se intente crear una persona y no, por ejemplo, cuando sólo se genere la copia de un embrión mediante gemelación artificial. Claro que esta redacción excluiría del tipo la palabra "clonación" y eso es un tanto complejo de aceptar, dada la "vis atractiva" del término.

Esta discusión, con su importancia, tiene menor trascendencia [13] que la que abordaremos a continuación. Como es habitualmente conocido, la cuestión de la construcción e identificación del bien jurídico protegido es absolutamente capital en lo que atañe a la teoría del delito, constituyendo, en palabras de COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN, el nódulo o corazón del delito, pues ofrece un criterio material decisivo en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito, y de los tipos en particular [14]. No cabe, en suma, caracterizar un delito si antes no determinamos cuál es el bien jurídico que se desea proteger. No hay conducta antijurídica que no lesione un bien y ha de tratarse forzosamente de un bien jurídico, sin que base un daño en el sentido sociológico del término.

De forma particular, la identificación o construcción y delimitación del bien jurídico tutelado en el delito de clonación, especialmente para el análisis que ocupa nuestra atención, constituye una actividad de particular relevancia en la medida que, la elección de uno u otro [bien jurídico] trae consigo consecuencias trascendentales para la calificación de las conductas que puedan ser sometidas al correspondiente juicio de subsunción. En este sentido, resulta clave establecer si el interés jurídicamente protegido en el delito de clonación se refleja ora en un

[12] Bien es cierto, no obstante, que la práctica ha venido a demostrar que la interpretación más correcta debería ser la que niega la inclusión directa de la SCNT en el supuesto. De lo contrario, tendríamos que asumir que en los últimos años se han cometido cientos de delitos contra el bien jurídico protegido por el artículo que, permanecen, sin embargo, libres de toda persecución.

[13] Más aún si tenemos en cuenta que la deficiente técnica legislativa reflejada en el Código Penal español, podría ser vista como *peccata minuta* en comparación con la muy desafortunada redacción del artículo 324 del Código Penal peruano que, del mismo modo, se incorpora con el fin de castigar el delito de clonación (o de castigar el delito de manipulación genética —puesto que no se ha incorporado otro tipo penal específicamente destinado a castigarla—, o de castigar ambos delitos —una oferta 2x1 en toda regla—, o de no castigar ninguno de ellos por la imposibilidad material de la configuración conjunta, en el mundo del ser, de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo de lo injusto previstos en dicho artículo —al menos si se considera que, con el término "manipulación genética", se hace referencia a la modificación del patrimonio genético, esto es, a la manipulación genética en sentido estricto—). En efecto, dicho artículo reza de la siguiente manera: "Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8".

[14] COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1996, p. 289.

bien jurídico individual, ora en uno colectivo (¿se podría pensar, incluso, que se trata de un delito pluriofensivo?). Si el bien jurídico es colectivo ¿de qué bien jurídico estamos, concretamente, hablando?, ¿cabría pensar que, en consecuencia, se trata de un delito de mera actividad y, por tanto, de peligro abstracto? Teniendo en cuenta que, desde esta perspectiva, el tipo carecería de desvalor de resultado ¿procede negar la admisibilidad de la tentativa como forma imperfecta de ejecución del delito o, por el contrario, dicha posibilidad no queda excluida [15]?

Por el contrario, si el bien jurídico es más bien uno de naturaleza individual ¿cuál sería, concretamente, dicho bien jurídico?, ¿la vida humana prenatal?, ¿la integridad personal del individuo clónico?, ¿la falta de doble dotación genética —paterna y materna—?, ¿la identidad genética del clon? [16] o ¿la identidad genética del ser humano clonado? Como es evidente, la cuestión no es banal, el alcance del delito se ve directamente condicionado por la elección de uno u otro bien jurídico; incluso, la titularidad del bien jurídico puede recaer sobre personas distintas (el ser humano clónico o el ser humano clonado). De otro lado, si bien se despejan las dudas sobre la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución (al concebirse el delito como uno de resultado material), no es menos cierto que empiezan a surgir otros dilemas tales como los relacionados con la cuestión de si el bien jurídico es disponible o si, por el contrario, no lo es (discusión que tendría sentido si consideramos que el bien jurídico es la identidad genética del individuo clonado y que, por tanto, nos lleva a reflexionar sobre la posibilidad de admitir que el consentimiento que otorga quien da permiso para que se utilice su material biológico con el fin de crear un ser humano idéntico a él puede —o podría— llegar a operar como una causa de atipicidad de la conducta).

3 LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO (I): LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

El debate sobre cuál es el bien jurídico protegido en los delitos de clonación permanece abierto en la doctrina del Derecho Penal, siendo múltiples las diferentes posturas adoptadas: desde los que consideran que existe un único bien jurídico protegido, hasta los que consideran

[15] Lo cual dependerá, en buena medida, del concepto de consumación que se tome como punto de partida (formal o material). Cfr. con más detalle, GIL GIL, A. *et al*, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2ª edición, 2015, págs. 340 y 341.

[16] Véase un análisis pormenorizado respecto de los problemas y admisibilidad de cada uno de estos bienes jurídicos en: ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, cit., págs. 373 y ss.

que son varios; desde los que apuestan por un bien individual hasta los que defienden la existencia de uno colectivo. En este trabajo partiremos de esta última clasificación. En este apartado hablaremos de estos últimos mientras que en el siguiente abordaremos el análisis de los que propugnan un bien jurídico de carácter individual.

3.1 Exposición

Para los que sostienen que el bien jurídico protegido en los delitos de clonación es de naturaleza colectiva, éste estaría constituido por la diversidad genética de la especie humana, pues un atentado contra ésta podría implicar un riesgo muy elevado para la supervivencia de la humanidad [17] (allí radica su naturaleza colectiva). No se nos ocurre mejor descripción de estos posicionamientos que la elaborada por Sergio ROMEO MALANDA quien, sin adscribirse a tales planteamientos, indica:

> "[…] nos encontramos ante otro grupo de supuestos que pueden afectar igualmente a la supervivencia de la especie humana pero en un sentido más apocalíptico. No se trata ya de garantiza su integridad genética o biológica, y de este modo su identidad como especie que la diferencia biológicamente de los demás seres vivos […] sino de asegurar su mera existencia biológica en el planeta. A este respecto podemos referirnos a […] los riesgos derivados de la clonación reproductiva, la cual puede suponer una pérdida de la diversidad genética y con ello la imposibilidad biológica de adecuación a las nuevas circunstancias. Esto puede conducir, en última instancia, a la desaparición de la especie.
> En efecto, si la reproducción asexual no es la forma predominante de reproducción en la naturaleza, habrá que preguntarse, en consecuencia, por las ventajas de la reproducción sexual. Las dos hipótesis principales sugieren dos tipos de ventajas: a) la generación continua de variabilidad genética; y b) evitar la acumulación de mutaciones deletéreas. La primera hipótesis (a) propone que la principal ventaja de la reproducción sexual consiste en que la recombinación de genes de los progenitores da lugar a la generación continua de nuevos genotipos. La variabilidad genotípica resultante facilita la adaptación de ambientes cambiantes y, aún más importante, constituye una ventaja en la defensa frente a parásitos o agentes infecciosos que mutan muy rápidamente. […] la segunda hipótesis (b) propone que la reproducción sexual evita la acumulación de mutaciones deletéreas que pueden llevar a la extinción en linajes asexuales.
> […] En definitiva, con vistas a la protección de la integridad genética y el desarrollo evolutivo de la especie humana, lo cual tiene su razón de ser última en la evitación del empobrecimiento de su patrimonio genético y, a fin de cuentas, en la garantía de su supervivencia, está ampliamente admitida la necesidad de prohibir determinadas conductas, que pueden concretarse […] en las siguientes: la creación artificial de individuos genéticamente iguales […]". [18]

[17] MUÑOZ CONDE, cit. pág. 150.
[18] Cfr. ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, cit., págs. 150 y 371. Véase otra descripción sobre de tales planteamientos en URRUELA MORA, A., "La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España", en *Revista Penal*, n.º 21—Enero 2008, pág. 167.

3.2 Crítica

Una de las principales críticas contra esta primera propuesta tiene que ver con el tipo de delito que configuraría un bien jurídico de este tipo. Como ha señalado ROMEO MALANDA [19], unas afirmaciones como las intercaladas nos llevarían a afirmar que, el ilícito material de estudio sería un delito de peligro abstracto. Aunque la doctrina dominante ha negado la posibilidad de que el bien protegido sea éste, no podemos obviar que este interés —el de proteger la diversidad genética de la especie— más bien constituiría la *ratio legis* [20] por la cual el legislador decidió criminalizar dicha conducta [21]. Frente a esta crítica, hay autores que han reiterado que nos hallamos ante un delito de resultado, que sólo se perfecciona cuando se produce efectivamente la alteración del genotipo, con la consiguiente afectación del bien jurídico "integridad de la especie y su normal desarrollo", pues de otra forma, la alteración de genotipo no ostentará interés penal [22]

A nuestro juicio, y con independencia de la verosimilitud o no de lo que señala el profesor ROMEO MALANDA, es que no se entiende muy bien cómo y en qué sentido podría o debería considerarse un bien jurídico *la normal evolución del ser humano,* que es lo que al parecer *no puede dejarse al arbitrio de quien puede tener acceso a los genes.* Nuestra estupefacción radica, en este caso, en la desmedida fe de los citados autores en la normal evolución del ser humano, concepto que parece conceder a la naturaleza de un sentido y sentimiento protector sobre nuestro destino que no resulta, a nuestro juicio, conciliable con lo que la ciencia afirma sobre los mecanismos de la evolución. Hasta donde sabemos, las teorías darwinistas se basan en la idea de que las mutaciones genéticas son absolutamente azarosas, de tal modo que es la interacción con el medio ambiente la que contribuye o no a perpetuarlas, dependiendo de si contribuyen o no a mejorar la capacidad de adaptación de la especie. No obstante, la lucha por la supervivencia no siempre resulta favorecida por este mecanismo, ya sea porque actúa demasiado lentamente o porque una variante concreta deviene letal para el grupo. Lo cierto es que la mayor parte de las especies que han poblado nuestro planeta han acabado extinguidas, lo que incluye, por supuesto, a numerosas especies de homínidos

[19] ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, cit., pág. 371.
[20] Por otra parte, siguiendo la misma lógica, podemos afirmar que la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa, efectivamente son intereses que constituyen una *ratio legis* más, sin llegar a constituir éstos ningún bien jurídico-penalmente protegido. En ese sentido cfr. ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, cit., pág. 376.
[21] Así, ROMEO CASABONA, C. M., "La clonación humana, presupuestos para una intervención jurídico penal", en ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), *Genética y Derecho penal, Previsiones en el Código Penal Español de 1995*, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2001, nota 48, pág. 152.
[22] Véase, por ejemplo: MORILLAS CUEVA, L., *Curso de Derecho Penal Español*, cit., pág. 184; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., pág. 825; VALLE MUÑIZ, J.M., ibíd., pág. 769.

inteligentes. De ahí que la idea de confiar en la normal evolución del ser humano no parece fácil de conciliar con la conceptualización habitual de lo que es un bien jurídico, ni mucho menos. Más bien al contrario, lo que podría, incluso, considerarse como un bien sería la posibilidad de apartarse de esa línea de evolución natural para controlar los cambios que se van introduciendo en nuestro genoma desde el ingenio humano y a través de mecanismos bien asentados, como el principio de precaución, que la naturaleza no tiene, desde luego, por qué cumplir.

Puede ser, desde luego, que quienes se alinean con estos planteamientos no asuman los postulados darwinistas citados. Puede que partan de alguna forma de creacionismo, o de una visión de la evolución que considera como un hecho la divina providencia. Puede ser también —aunque ello nos dejaría un tanto concernidos, cuando no desolados— que, desde una posición un tanto misántropa, lo que considerarían en realidad un bien sería dejar actuar a la evolución, depositando sus esperanzas en que ello condujera más temprano que tarde a la extinción de la especie humana. No lo parece a tenor de las explicaciones dadas, pero podría deducirse del espíritu de dicho argumento en su conjunto. Sea cual sea el caso, entendemos que esta clase de consideraciones no deberían tener demasiado pábulo en una ciencia del Derecho Penal ni en ninguna otra ciencia que aspira a liberarse de según qué tipo de anclajes colectivos que muestran, en general, poca confianza en el ser humano [23]. La cuestión, a nuestro juicio, no debe ser en ningún caso caer en un naturalismo extremo que ponga en duda la aceptabilidad de un comportamiento humano razonable, como la alteración de la evolución natural.

4 LA CUESTIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO (II): LA INTEGRIDAD O LA IDENTIDAD GENÉTICA DEL CLON

4.1 Exposición

Frente a las corrientes que acabamos de describir, hay otra [24], mayoritaria, que se decanta por considerar que el bien jurídico tutelado estaría constituido fundamentalmente por la identidad genética del clon, lo que no significa necesariamente que ambos bienes sean excluyentes. Incluso cabría pensar en otros más. Así, por ejemplo, ROMEO CASABONA ha escrito

[23] Hay que señalar que, en este caso, ROMEO CASABONA concede que por el momento no hay razones para pensar que esta técnica pudiera poner en peligro la variabilidad genética humana, por lo que no sería razón suficiente para propugnar la intervención del Derecho Penal (ROMEO CASABONA, C. M., "Bienes jurídicos implicados en la clonación", en *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, nº 2, 2000, pág. 148).
[24] Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., op. cit., págs. 150-152; y ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, cit., págs. 375-376.

que en una primera fase se podría considerar como un bien jurídico a proteger la integridad física de los niños producidos a través de esta técnica, que al menos en su primera fase entrañaría graves riesgos y altas probabilidades de crear personas aquejadas de ciertas taras físicas [25]. No obstante, tanto él mismo como VALLE MUÑIZ y TAMARIT SUMALLA [26] consideran que más allá del riesgo que la clonación humana supone para la integridad física del individuo así creado, lo preponderante ha de ser la defensa de los intereses relativos a la identidad genética del ser obtenido mediante clonación.

Carlos María ROMEO CASABONA, de hecho, considera que la creación de seres humanos idénticos por clonación puede comportar un atentado a la identidad e irrepetibilidad genética del ser humano (como parte del derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto a los demás) cuando ello ha sido predeterminado deliberadamente por la acción de otro ser humano. Cierto es, no obstante, que concede que un clon no sólo viene a resultar determinado por su identidad genética, sino por otros muchos factores, lo que vendría a atenuar el presunto perjuicio a su identidad [27]. Ello no obstante, caben pocas dudas de que la conformación genética de cada uno es una de las bases de nuestra irrepetibilidad, siendo así que algunos autores, como JONAS, al que Romeo cita en su argumentación profusamente, han llegado, incluso, a considerarla como una condición previa para la protección del libre desarrollo de la persona [28]. Por su parte, y en este mismo sentido, Sergio ROMEO MALANDA, a su vez, apunta que "En definitiva, lo que se está protegiendo es la necesidad de que cada individuo tenga un genotipo propio, en el sentido que sea un genotipo originario, que no posea

[25] ROMEO CASABONA, C. M., "Bienes jurídicos implicados en la clonación", cit., pág. 148.
[26] VALLE MUÑIZ, J. M. & TAMARIT SUMALLA, J. M., "Título V. Delitos relativos a la manipulación genética", cit., págs. 169 y s.
[27] Vid. ROMEO CASABONA, C. M., "Bienes jurídicos implicados en la clonación", cit., págs. 149 y ss.
[28] El principal promotor de esta idea ha sido, probablemente, Hans JONAS, a quien se deben las siguientes palabras: "el hecho sencillo y sin precedente es que el —hipotético— clon sabe (o cree saber) demasiado de él. Ambos hechos, el propio y el supuesto saber y el de los otros, son paralizantes para la espontaneidad de su llegar a ser "él mismo", y el segundo hecho también para la autenticidad del trato de otros con él (…) Da igual que el supuesto saber sea verdadero falso (…): es pernicioso para la obtención de la propia identidad. Porque lo esencialmente significativo es que la persona clonada piensa —tiene que pensar— que no es lo que "es" objetivamente, en el sentido sustancial del ser. En resumen: al producto de la clonación se le ha robado de antemano la libertad, que sólo puede prosperar bajo la protección de la ignorancia. Robar premeditadamente esta libertad a un futuro ser humano es un crimen inexpiable, que no debe ser cometido ni una sola vez" (Cfr. JONAS, H., *Técnica, Medicina y Ética*, págs. 127 y ss.). Véase también, en este mismo sentido: KAUFMANN, A., *Filosofía del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pág. 556; HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Paidós, Barcelona, 2002, págs. 86 y ss.; GAFO, J., "El nuevo "homo habilis", en BARBERO SANTOS, M. (Ed.)., *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Madrid, 1989, pág. 168; PUIGPELAT, F., "Clonación, dignidad humana y constitución", en *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, nº 42, 2003, pág. 59; RUIZ MIGUEL, A., "Azar, igualdad y biotecnología", en A.A. V.V., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Madrid, 1995, pág. 2133, nota 3; VALLE MUÑIZ, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., "Delitos relativos a la manipulación genética", en QUINTERO OLIVARES, G. y R. MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 825.

o haya poseído otro ser humano con anterioridad a él, pues de lo contrario se vería afectada su identidad genética" [29].

Nos encontramos, en suma, con que los citados autores han procedido a enlazar la idea de identidad genética con la de identidad personal, extendiendo así el derecho al libre desarrollo de la personalidad, proclamado en el art. 10.1 de nuestra Carta Magna, a esta materia en concreto [30]. Otros autores que podríamos adscribir en cierta medida a esta corriente son, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, quien, sostiene que el bien jurídico está constituido "no solo por la individualidad e identidad genética del ser humano, sino también por todo el riesgo que ello representa para la propia humanidad", asumiendo de esta manera la coexistencia de un bien jurídico individual y uno colectivo [31], o Alfonso SERRANO GÓMEZ y Alfonso SERRANO MAÍLLO, que han manifestado que lo que se quiere proteger es más bien la identidad personal de cada individuo, la dignidad humana y la propia libertad de los individuos [32].

Hay, en cualquier caso, que aclarar que el hecho de compartir un mismo ADN con otra persona no significa por sí mismo una pérdida de identidad genética. Piénsese, en este sentido, que lo que hace que una persona pueda sentirse privada de su libertad, o de su dignidad, o de cualquier otro de los bienes de los que hablábamos más arriba no es compartir un mismo ADN con otro ser humano, sino verse reflejado en él, conocer de antemano su propia historia, sentirse como la prolongación de otro, etc. Pero todos estos factores no concurren cuando uno posee el mismo ADN que un ser humano creado en el mismo momento que él. He aquí una vital importancia entre la creación de gemelos, aunque sea artificialmente, y la de clones. El clon procede de un adulto. Los gemelos surgen simultáneamente. Por eso mismo, y como confirma nuestra experiencia, no sufren de ninguna de las taras que, se supone afligirían a los clones. Y es que, si fijamos una mirada atenta sobre la cuestión, nos daremos cuenta rápidamente de que el problema real no es el de compartir un mismo ADN con otro ser humano, sino el de compartirlo con una persona que vive en un intervalo temporal diferente.

---

[29] Cfr. ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, cit., págs. 375 y 376.

[30] A este respecto, ROMEO CASABONA ha escrito que "la Constitución española, cuando proclama el libre desarrollo de la personalidad como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1), sitúa en este marco la cuestión" (Cfr: ROMEO CASABONA, C. M., "La Clonación Humana: presupuestos para una intervención jurídico–penal", en ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), *Genética y Derecho Penal*, Comares, Granada, 2001, pág. 139.

[31] Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte especial*, Decimoquinta edición, Tirant lo Blach, Valencia, 2004, pág. 150.

[32] SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho penal, Parte especial*, Décima edición, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 151.

De este modo, cobra sentido, a pesar de que, con loables excepciones [33], no se haga, la distinción entre los conceptos de *individualidad genética*, que consiste en la posesión de un ADN único, *originalidad genética*, que implica la posesión de un código genético diferente al de cualquier otro ser humano nacido en un momento temporal diferente, y el de *identidad genética*, ya descrito como el hecho de ser uno mismo. Siguiendo esta distinción es más sencillo entender por qué creemos que la partición de embriones no atenta contra la identidad genética de los gemelos creados gracias a ella. Dado que la identidad genética, como tal, se halla relacionada con la idea de originalidad genética, pero no, en cambio, con la de individualidad genética, es obvio que la gemelación artificial no supone una amenaza contra la identidad genética, ya que lo que crea son seres genéticamente idénticos entre sí, pero dotados de ADN original, como acabamos de señalar. Hay, con todo, que hacer una salvedad a este aforismo general, que tiene que ver con la posibilidad de congelar algunos de esos embriones. En tales casos, esto es, en los casos de transferencia de embriones gemelos en intervalos temporales diferentes, tendríamos que remitirnos a lo que a continuación diremos sobre la clonación de seres humanos ya nacidos.

4.2 Crítica

A primera vista, las consideraciones introducidas por todos los autores citados parecen muy razonables, por cuanto la identidad genética, esto es, la posesión de un ADN original, es, como tal, un bien, esto es, algo que "es susceptible de contribuir al bienestar y perfeccionamiento físico o psíquico de la persona" [34], porque es bueno que un ser humano sea único, irrepetible y diferente a otros seres vivos preexistentes, estén vivos o muertos [35]. Esto, desde luego, no significa que la posesión de un ADN único y la identidad genética, tal y como la hemos definido, sean lo mismo, como muchos de esos autores han subrayado, ya que es perfectamente posible que dos personas que posean un mismo ADN no se sientan por ello, en absoluto, idénticas [36]. No obstante, sigue siendo cierto que la posesión de una conformación genética original es algo valioso para la persona.

---

[33] En este sentido, merece especial alabanza, por su esfuerzo clarificador, el trabajo del doctor ROMEO MALANDA, quien diferencia entre identidad e individualidad genética y originalidad genética. Lo primero no es realmente esencial, lo segundo, sí (Cfr. ROMEO MALANDA, S., *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal*, cit., págs. 155 y ss.).

[34] Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, págs. 29 y ss. y RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1977, pág. 19.

[35] Cfr. ROMEO CASABONA, C. M., "Bienes jurídicos implicados en la clonación", cit., pág. 148.

[36] Piénsese, por ejemplo, en los gemelos.

Ahora bien, a pesar del ingente esfuerzo desarrollado por la doctrina con el fin de defender las consideraciones anteriormente descritas (consideraciones que, además, son hoy defendidas por la doctrina más autorizada y dominante) creemos que la argumentación con la que se respalda dicho planteamiento puede, en efecto, ser cuestionada y, por tanto, refutada, desde el prisma de la lógica —salvo, claro está, que la tesis subyacente a dicho argumento sea la de que vivir como un clon es mucho peor que no haber existido nunca y esto, de ser así, requeriría una explicación y justificación mucho más evidente, sosegada y consistente—. Permítasenos explicar la cuestión con cierto detalle, no tanto por el ánimo de evidenciar los problemas de coherencia lógica que presentan estos planteamientos, sino por el de contribuir a avanzar en el desarrollo de la ciencia jurídica.

Empecemos por lo más simple. Como es de sobra conocido, el Derecho Penal sólo debe intervenir cuando se dan razones más que justificadas que amparan esta intervención. En este sentido, es opinión dominante en la doctrina española, que al Derecho Penal le incumbe la "tarea de protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad" [37], en otras palabras es función primaria de este sector del ordenamiento jurídico la protección de los bienes jurídicos. Esta afirmación determina, en cierta medida, el horizonte del Derecho Penal y ha facilitado la incorporación de múltiples principios y garantías limitadoras del poder punitivo. A efectos del análisis que ocupa nuestra atención, resultan especialmente relevantes los tres principios siguientes:

a) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: El cual implica, en palabras de BOLDOVA PASAMAR, que "solo tiene sentido que se prohíban u ordenen los comportamientos en relación con la necesidad de otorgar la protección del Derecho a lo bines jurídicos esenciales […] [38]".

b) Principio de lesividad u ofensividad: El cual, a su vez, nos lleva a afirmar que es preciso que la conducta del autor lesione, si quiera mínimamente, al bien jurídico protegido o que, al menos, lo ponga en peligro de ser lesionado.

c) Principio de proporcionalidad: Del cual derivan, además del sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto, los sub-principios de necesidad y de adecuación a un fin determinado (o de idoneidad). Este último sub-principio reviste un especial interés para nuestro análisis puesto que se encuentra referido al hecho de que es una exigencia del Estado de

[37] CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I Introducción*, Tecnos, Madrid, 6ta edición, 2004, pág. 13.
[38] BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los principios del Derecho Penal*, en ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords), *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito*, Comares, Granada, 2013, pág. 42.

Derecho que la imposición de la consecuencia jurídica del delito no sea gratuita, sino apta (útil, idónea) para la consecución de los fines a los que se dirige. Y el fin al que se dirige la pena dispuesta para la comisión del delito de clonación, no sería otro que reprochar al autor la lesión del bien jurídico protegido (sin perjuicio de que, en consonancia con la teoría de pena asentada en nuestra doctrina, puedan coexistir, junto a esta finalidad, otras de naturaleza preventiva y de particular relevancia).

Dicho de otra forma, la intervención del Derecho Penal queda habilitada cuando, entre otras, se cumplan las dos siguientes condiciones: que la intervención sea útil e idónea para la consecución del fin propuesto (esto es, que sirva efectivamente para reprochar al autor la lesión del bien jurídico) y que sea necesaria (esto es, que no quepa otra forma de proteger el bien jurídico eficientemente). Es cierto que el valor que atribuyamos al bien jurídico será también decisivo para establecer la clase y el rigor de la pena que se ha de imponer a aquellas conductas que lo lesionen o lo pongan en peligro, pero lo fundamental, en todo caso, es el cumplimiento adicional de las dos condiciones previamente mencionadas.

En el caso de la clonación, es muy obvio que, si el bien jurídico protegido es la identidad genética del clon, entonces la intervención el Derecho Penal (y de cualquier otra rama del Derecho que pretenda proteger este bien) será injustificable, no por desproporcionada, sino por inútil. Y ello es así por un simple motivo: no cabe crear clones con identidad genética propia. Con lo que el dilema se resume, simplemente, bien en permitir que existan seres sin ese bien, o bien en impedir que existan. Pero lo que es imposible es que lleguen a este mundo con el bien jurídico que se desea proteger (presuntamente): su identidad genética (o su integridad física, si fuera el caso).

Pongamos un ejemplo: imaginemos que el científico A crea un embrión clónico (un clon) al que denominaremos B. Pues bien, ahora pensemos que desea implantarlo en el útero de una mujer, cosa prohibida por el Derecho. Supongamos que, en su ignorancia de las normas, o conociéndolas pero decidido a pasar a la historia, finalmente lo hace. En tal caso, y si todo sale bien, acabará naciendo un niño sin identidad genética propia. Luego el bien jurídico protegido no existirá. Hasta aquí, todo en orden: no se ha protegido porque el Derecho Penal no ha impedido la acción criminal, aunque habrá que aplicar la sanción. Pensemos ahora, no obstante, que A, alertado de la sanción que podría ocasionarle la transferencia, decide no llevarla a cabo. Obviamente, ya no habrá un sujeto -B- nacido sin identidad genética propia. ¿Victoria para el Derecho Penal? ¿Ha conseguido preservar un bien jurídico propio de B? Permítasenos responder a esta pregunta formulando otra: ¿dónde está B? Que sepamos, seguirá en la placa de Petri. Y eso si no lo han congelado o, directamente, tirado a la basura. Y ni

siquiera será B, sino un embrión que podría convertirse en B. Luego, en caso de éxito del Derecho Penal, simplemente, B no existirá. Salvo que B pensara que vivir sin identidad genética propia, no parece que la enérgica defensa de sus intereses por parte del Derecho Penal le haya sido de gran ayuda. Pero, en todo caso, está claro que el bien jurídico que se deseaba preservar, esto es, la identidad (o la integridad física) de B, no se preservaría: si B no existe, las cualidades de B se resienten sobremanera.

Intentemos explicarlo, por si ayuda, de otra forma. Imaginemos ahora que A llega a crear a B y éste nace con su integridad física muy afectada por su origen. Pues bien, a juicio de los autores citados, se habría consumado un atentado contra un bien jurídico de B. Curiosamente, hay un detalle en el que no reparan: el ser humano nacido mediante transferencia de núcleos celulares difícilmente podría presentar queja alguna por sus patologías, ya que nunca hubiera nacido sin ellas. De hecho, si sus progenitores hubieran elegido otro método reproductivo, habría sido otro el embrión creado, y otro el ser humano nacido. De modo que, salvo en el caso excepcional de que las patologías que le afligieran fueran tan espantosas que le hicieran desear no haber nacido, el ser humano clónico nunca podría lamentarse de las condiciones en las que fue traído al mundo, porque nunca pudo ser engendrado en otras [39]. Quien, por el contrario, podría quejarse sería el ser humano preterido por sus progenitores a favor del anterior, pero, dado precisamente que nunca llegaría a existir, tampoco sería consciente de su pérdida, con lo que tampoco sufriría daño alguno [40]. Convendría, en este sentido, tener bien presente lo aportado al respecto por mentes tan lúcidas como Derek PARFIT [41] por desgracia poco citado en el ámbito de nuestro Derecho Penal.

[39] Véase: HARRIS, J., *Superman y la mujer maravillosa*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 105; ROBERTSON, J. A., "The question of human cloning", en *Hastings Center Report*, nº 24 (2), 1994, págs. 6-14.

[40] En este sentido, HEYD ha escrito, con tino, que "el niño sordo potencial no tiene derecho a no nacer; ni el niño sano a nacer" (Cfr. HEYD, D., *Genetics, Moral Issues in the Creation of People*, University of California Press, Berkeley, 1992, págs. 109-110 y 157-158). PARFIT, por su parte, expresó ya en los años 80 del pasado siglo que "cuando afirmamos que fue bueno para alguien que se le hiciera existir, no implicamos que si no se le hubiera hecho existir eso habría sido malo para él. Y nuestras afirmaciones se aplican solamente a persona que siempre seguirán siendo meramente posibles. No estamos afirmando que sea malo para personas posibles que no lleguen a ser reales" (Cfr. PARFIT, D., *Reasons & Persons*, OUP, Oxford, 1984, pág. 490). En lo que respecta a este punto, es particularmente elogiable el esfuerzo esclarecedor realizado por nuestro admirado Johh HARRIS. A dicho autor se deben las siguientes palabras: "a las personas les afecta lo que les ocurrió como prepresonas. Sin embargo, el hacer cosas a prepersonas que les impidan llegar a ser personas no se puede someter a una moralidad que afecta a las personas, salvo en la medida en que tengan efectos segundarios que afecten a las personas. Esto nos deja con una simetría abstrusa entre las obligaciones para con individuos que llegan a ser personas y obligaciones con individuos que no lo consiguen (...) He intentado mostrar que esta asimetría debe persistir hasta que de la prepersona hay surgido la persona" (Cfr. HARRIS, J., *Superman y la mujer maravillosa*, cit., págs. 92 y 93).

[41] PARFIT, D., *Reasons and Persons*, Oxford University Press, New York, 1984.

5 ALTERNATIVAS RAZONABLES

La alternativa más razonable consiste en pensar que el bien jurídico protegido es la identidad genética, sí, pero no del clon, sino del ser humano clonado. Es, de hecho, curioso, que prácticamente nadie haya planteado los problemas éticos y jurídicos asociados a la clonación desde el punto de vista del ser clonado, y no desde la del clónico, cuando, en realidad, el perjuicio que nos puede causar ver nacer a una fotocopia de nosotros mismos puede ser tan grave o más que el que supone nacer siendo la copia de otra persona. ¿O es que acaso no resultaría traumático descubrir que nuestro clon es un genio del ajedrez y que nosotros nunca llegamos a desarrollar esa habilidad porque no nos enseñaron las claves de este juego-ciencia que lo contrario, esto es, que sepamos que si nos ponemos a jugar al ajedrez probablemente nos convirtamos en grandes maestros? Formulado de una manera más académica, uno podría decir que clonar atenta contra un bien jurídico fundamental del ser clonado: su originalidad genética. Pero no la del clónico o clon, claro, sino la de la persona que sí poseía esa identidad propia antes de que surgiera el clon y de la que se vio provista por su nacimiento: el clonado.

A este primer candidato a bien jurídico, habría que añadir otro, directamente relacionado con nuestra obligación de comportarnos de una forma que maximice la felicidad alcanzada con la acción. La cuestión, por tanto, sería afirmar que los progenitores deberían elegir traer al mundo hijos en las mejores condiciones posibles por un respeto a lo que podría denominarse el bien común, o el interés general, o un deber de conciencia que nos lleva a preferir que los seres que llegan a este mundo sean todo lo felices que se pueda [42]. Todo lo que, en principio, se suele resumir en la idea de Beneficencia Procreativa [43]. La base del razonamiento es, en suma,

[42] En lo que a ello respecta, merece la pena citar aquí de nuevo a HARRIS, quien ha escrito que, en esta clase de casos, "la injusticia será la de traer sufrimiento evitable al mundo, la injusticia de elegir deliberadamente incrementar innecesariamente la cantidad de perjuicio o sufrimiento en el mundo, o de elegir un mundo con más sufrimiento en vez de uno con menos" (Cfr. HARRIS, J., *Superman y la mujer maravillosa*, cit., pág. 129. Véase también, en este mismo sentido: HARRIS, J., *On cloning*, Routledge, Londres, 2004, pág. 88). En sentido parecido, HEYD ha afirmado que "aunque los menores no pueden reclamar daños por haber nacido con deficiencias, una vez nacidos sus intereses han de ser satisfechos por la sociedad. Y la sociedad (...) se encuentra definitivamente en la posición de reclamar que sus intereses han sido dañados por la negligencia que condujo a la concepción del menor (...) Si los negligentes son los padres, hay razones para que la sociedad repercuta los gastos, forzándoles a arrostrar el coste de criar al niño" (Cfr. HEYD, D., *Genetics, Moral Issues in the Creation of People*, cit., págs. 109-110 y 157-158). Citaremos, además, a ABELLÁN, quien ha escrito que "la libertad de autodeterminación reproductiva de cualquier persona y su derecho a tomar decisiones significativas sobre su propia vida, no puede conferirlas un derecho absoluto a decidir si evitar o potenciar determinadas condiciones transmisibles genéticamente, y ello porque tales decisiones ayudan a dar forma a la naturaleza de la sociedad en la que otros van a vivir, lo que origina cierta razón para que la sociedad realice una toma de decisiones colectiva" (Cfr. ABELLAN, F., "Diagnóstico Genético Embrionario y Libertad Reproductiva en la Procreación Asistida", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 25, 2006, pág. 48 y 49). Véase también, sobre este punto: FEINBERG, J., *Harm to Others*, OUP, Nueva York, 1984, pág. 102.

[43] El principio de Beneficencia Procreativa goza de indudable raigambre histórica, hallándose ya presente, por ejemplo, en la obra de Derek PARFIT (Cfr. PARFIT. D., *Rights, Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford,

sencillo: dado que un ser humano que padece graves problemas de salud será más desdichado, *ceteris paribus* que diría un economista, que otro que no las posee, hay una razón sólida por la que sugerir que debemos optar por un método reproductivo que implique menos riesgos de morbilidad que por otro más peligroso para el ser humano así creado.

Obviamente, alguien podría señalar que, en caso de que la procreación a través de transferencia nuclear no conociera alternativa, se podría seguir adelante sin atentar contra el bien jurídico citado. Pero con esto se estaría perdiendo la segunda parte de nuestra argumentación. Y es que hay, además, otra buena razón por la que justificar la elección preferente de métodos que crean embriones más sanos. Cuando traemos un ser humano al mundo lo hacemos presumiendo que, en caso de que nuestro hijo pudiera ser consultado, daría su consentimiento [44]. Esta presunción es más sólida cuanto más feliz pudiera resultar su vida. Y hay motivos racionales por los que creer que es preferible no padecer patología alguna que lo contrario. Por tanto, elegir un método proclive a crear un embrión afectado por taras graves en lugar de aquellos otros que no presentan este problema sería contrario a la lógica del consentimiento imaginado [45]. Y, en último término, si la patología fuera especialmente grave, hasta el punto de vista de que la vida pudiera considerarse un mal, la procreación sería un grave

1984, Part IV). Sin embargo, su formulación explícita se debe al conocido bioético australiano Julian SAVULESCU, quien acuñó la denominación en un artículo publicado en 2001 en la revista *Bioethics* y le dotó de una formulación precisa: las parejas (o los progenitores únicos) deberían seleccionar a sus hijos, o los posibles hijos que pudieran tener, que presumiblemente vivieran las mejores vidas, o al menos tan buenas como las de todos los demás, de acuerdo con la información relevante disponible en cada momento. Más aún, SAVULESCU argumentaba allí que este principio implicaba tanto como que las parejas deberían emplear el diagnóstico genético no sólo para detectar posibles alteraciones patológicas, sino también para hallar otro tipo de rasgos que pudieran afectar a la felicidad de las criaturas y la sociedad debería permitirles realizar estas formas de discriminación incluso si acabaran resultando en un incremento de la desigualdad social (Cfr. SAVULESCU J., "Procreative beneficence: why we should select the best children", en *Bioethics*. 2001 Oct;15(5-6):413-26).

[44] En este sentido, PEÑA y AUSÍN han escrito que "cuando las circunstancias hacen totalmente dudosa la previsión de tal consentimiento, es lícito imponer la vida. No porque en tales circunstancias la vida haya de ser un mal, o sea mejor no vivir que vivir. Ni siquiera necesariamente porque, en tales circunstancias, tenga que ser preferible una situación de no vivir antes que la concreta situación de vivir así y asá (que no es lo mismo que vivir a secas, ni siquiera cuando sea imposible o humanamente irrealizable el vivir de otro modo). Sobre qué sea preferible cabe opinar. No es cierto que carezca de sentido la comparación ni que carezcamos de criterios ampliamente compartidos, aunque ni son *a priori* ni son estáticos ni son unánimemente aceptados" (Cfr. PEÑA, L. y T. AUSÍN, "Libertad de vivir", en *Isegoría*, nº 27, 2002, págs. 131-150). Véase también, al respecto, PEÑA, L. y T. AUSÍN, "Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, volumen XV, 1998, págs. 13-30.

[45] Esta preferencia general, en cualquier caso, y sea cual sea el motivo elegido, no se basa en que creamos que los seres que no se hallan aquejados de estas patologías son más valiosos que los que sí las padecen. La persona es valiosa por el mero hecho de ser autónoma o de ser reconocida como tal por un ser que lo es, como veremos más adelante. Esa condición, a su vez, no depende de sus características físicas o psíquicas concretas, sino del cumplimiento de la regla de reconocimiento de la propia comunidad de personas. Del hecho de que creamos que es más valioso tener dos piernas que tener una, por consiguiente, no puede extrapolarse que pensemos que una persona con una pierna es menos valiosa que la que tiene dos, por la sencilla razón de que la razón de preferencia se establece sobre las piernas, no sobre las personas. Véase al respecto: HARRIS, J., *Superman y la mujer maravillosa,* cit., pág. 108.

atentado contra los intereses del ser humano afectado, que habría preferido no llegar a ser engendrado, si hubiera podido elegir esa opción.

6 CONCLUSIONES

De todo lo dicho a lo largo de las páginas precedentes, se pueden extraer una serie de conclusiones que hilan con el propósito fundamental de este trabajo: ofrecer una alternativa al análisis de los problemas planteados y, desde luego, alimentar el debate en relación con la interpretación del artículo 161.2 CP, así como con la política criminal y la técnica legislativa que ha sido utilizada por el legislador penal español de 1995 al regular la criminalización de la clonación humana. Quizás una de las primeras cuestiones que merece la pena recordar es, precisamente, el hecho de que el continuo e imparable avance de las biotecnologías trae consigo grandes, nuevas y prometedoras posibilidades para el cuidado y el progreso de nuestra civilización (la humana en su conjunto) pero, desde luego, también conlleva diversos riesgos que derivan del uso descuidado o, incluso, del uso malintencionado de las tecnologías que progresivamente van llegando. Tal es el caso de la clonación que, como se ha visto, podría ser aplicada a los seres humanos con fines reproductivos (de forma indiscriminada y masiva). En este sentido, parece que la voluntad del legislador penal español es tajante en relación con la prohibición del uso y aplicación de los avances en biotecnología para poder crear seres humanos idénticos (o, dicho de otro modo, para clonar seres humanos), ello se desprende de la lectura del artículo 161.2 del CP que tipifica y castiga el delito de clonación.

Como se ha visto en las páginas precedentes, la técnica legislativa utilizada para la tipificación del delito de clonación resulta, sin duda, desafortunada. Y ello por varios motivos: la redacción es sumamente farragosa, redundante, el legislador no hace un correcto uso de los términos utilizados en la redacción del tipo penal, a la luz de las distintas posibilidades ofrecidas por el avance de la biotecnología, no se establece con certeza el alcance y, por tanto, los límites del delito. En general, y como se ha intentado demostrar, todas estas deficiencias han provocado que la doctrina interprete de manera diversa el alcance y contenido del delito en cuestión. Ello, desde luego, genera una gran inseguridad jurídica.

El segundo de los aspectos analizados en este trabajo ha estado constituido por el análisis de las dos tesis más conocidas y difundidas entre la doctrina en relación con la identificación del bien jurídico que el legislador aspira a tutelar por medio del delito de clonación. No es necesario que insistamos más en la importancia que tiene la correcta construcción e identificación del bien jurídico, simplemente hemos de recordar que de él pueden depender una

serie de factores de capital importancia, tales como el alcance del delito, el momento de la consumación, la posibilidad de admisión de las formas imperfectas de ejecución del delito, etc. En relación con ambas tesis, cabe señalar que en el presente trabajo se ha defendido que es inadmisible considerar como válida la protección de ninguno de los dos bienes jurídicos analizados. En este sentido, se ha defendido que carece de lógica el brindar protección a la "supervivencia de la especie humana" (como bien jurídico colectivo protegido) mediante, precisamente, el alejamiento del ser humano del control que puede llegar a tener sobre su propio genoma (control que nos pueda, eventualmente, permitir superar una alteración grave de nuestro entorno que, de otro modo habría sido letal para la civilización humana). En efecto, la naturaleza, a diferencia de lo que ocurre con la ciencia y la tecnología, no está (ni puede estar) orientada o programada para buscar los mecanismos más precisos para perpetuar la supervivencia de nuestra especie.

De otro lado, y en contraposición a lo defendido por la doctrina dominante, se han expuesto las razones por las que creemos que la identidad genética del clon (esto es, la posesión de un ADN original y diferente al de otros seres humanos ya nacidos) no debería poder ser concebido como el bien jurídico tutelado por el artículo 161.2 del CP. En efecto, si considerásemos que dicho bien es, e, efecto, el interés protegido por el ordenamiento jurídico, tendríamos que llegar a la conclusión de que la intervención del Derecho Penal no es, en absoluto, idónea (o, dicho de otra forma, es inútil) para la consecución de los fines que se aspiran conseguir (ello en la medida de que no es posible crear clones con identidad genética propia, es decir, es imposible que un clon llegue a este mundo dotado del bien jurídico que se desea proteger). Por último, y con el ánimo de someter a valoración de la comunidad científica una interpretación alternativa, hemos defendido que la propuesta más razonable en relación con la identificación del bien jurídico tutelado por medio del artículo 161.2 del CP, pasa por considerar que el bien jurídico protegido es la identidad genética del individuo clonado (no la identidad genética del individuo clónico). Desde luego, la propuesta defendida en este trabajo, nos lleva a plantearnos, al menos, otras interrogantes que, por sus propias características merecen un estudio individualizado y pormenorizado: ¿Puede, el bien jurídico propuesto, ser concebido como uno "disponible"? ¿qué valoración —desde la perspectiva de la teoría jurídica del delito— merecería la creación de seres humanos idénticos ante los supuestos en los que el titular dicho bien jurídico haya dado su consentimiento para el uso y replicación de su genoma? En una publicación posterior abordaremos estas cuestiones [**].

[**] Nos gustaría, por último, dejar constancia de nuestro agradecimiento a los miembros del equipo de investigación al que pertenecemos (G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano) pues sus valiosas sugerencias, consejos y

REFERENCIAS

ABELLAN, F., "Diagnóstico Genético Embrionario y Libertad Reproductiva en la Procreación Asistida", en **Revista de Derecho y Genoma Humano**, nº 25, 2006.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los principios del Derecho Penal*, en ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coords), **Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del Delito**, Comares, Granada, 2013.

CEREZO MIR, J., **Curso de Derecho Penal Español. Parte General. I Introducción**, Tecnos, Madrid, 6ta edición, 2004.

COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T.S., **Derecho Penal, Parte General**, Valencia, 1996.

CUERDA RIEZU, A., "¿Es punible o sancionable la clonación terapéutica en España", en A.A. V.V., **Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo**, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal español de 1995", en **Revista de Derecho y Genoma Humano**, nº 5, 1996.

DEL MORAL, A., "Clonación y Derecho Penal", en PÉREZ DEL VALLE, C. (Dir.), **Genética y Derecho**, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

FEINBERG, J., **Harm to Others**, OUP, Nueva York, 1984.

FEITO GRANDE, L., "Poner en marcha la ética: elementos básicos para el análisis de la terapia génica humana", en **Revista de Derecho y Genoma Humano**, nº 4, 1996.

GAFO, J., "El nuevo "homo habilis", en BARBERO SANTOS, M. (Ed.)., *Ingeniería genética y reproducción asistida*, Madrid, 1989.

GARCÍA GONZÁLEZ, J., **Límites Penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano**, Edersa, Madrid, 2001.

GIL GIL, A. *et al*, **Curso de Derecho Penal. Parte General**, Dykinson, Madrid, 2ª edición, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., **Comentarios al Código Penal de 1995**.

reflexiones han enriquecido este trabajo. Merece la pena hacer constar algunas de sus publicaciones más recientes: EMALDI CIRIÓN, A., "Surrogacy in Spain and the proposal of a legislative change for its regulation. A global phenomenon in Europe, *Revista de Derecho y Genoma Humano Genética, Ed. Dykinson*, 2018, págs. 75- 99; EMALDI CIRIÓN, A., "Derechos Constitucionales y análisis jurídico en relación con el diagnóstico genético preimplantatorio en el contexto de la reproducción asistida", *Retos del Derecho ante un Mundo Global*, Ed. Tirant Lo Blanc, 2020, págs. 325-350; NICOLÁS JIMÉNEZ, P., "Aspectos éticos y jurídicos", *Cáncer Hereditario*, 3ª ed, Sociedad Española de Oncología Médica, Madrid, 2019; ATIENZA MACÍAS, E., "Gestión democrática de la diversidad cultural: la lengua como valor identitario de las minorías lingüísticas. Reflexiones en torno a la opción canadiense por el `acomodo razonable´ de derechos", *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, REGUEIRO GARCÍA, M. T. / PÉREZ ÁLVAREZ, S. (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 589-625.

GUARDIOLA GÓMEZ, J. O., "Estudio jurídico internacional sobre clonación y manipulación genética", en **Lo Canyeret, nº 27**, mayo-junio 2002.

HABERMAS, J., **El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?**, Paidós, Barcelona, 2002.

HARRIS, J., **On cloning**, Routledge, Londres, 2004.

HARRIS, J., **Superman y la mujer maravillosa**, Tecnos, Madrid, 1998.

HEYD, D., *Genetics,* **Moral Issues in the Creation of People**, University of California Press, Berkeley, 1992.

JONAS, H., *Técnica*, **Medicina y Ética**.

KAUFMANN, A., **Filosofía del Derech***o,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

MARIS MARTÍNEZ, S., "Derecho a la vida vs. Derecho a una determinada calidad de vida. Reflexiones sobre la clonación humana", en **Revista de Derecho y Genoma Humano**, nº 18, 2003.

MARTÍN URANGA, A., **La protección jurídica de las innovaciones biotecnológicas**, Comares, Bilbao-Granada, 2003.

MINAHIM, M. A., **Diereito Penal e Biotecnologie**, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2004.

MINETTI, J. A. y M. J. BERTOMEU, "La fundamentación de la ética biomédica", en *Jano*, nº 649, 1985.

MORILLAS CUEVA, L., **Curso de Derecho Penal Español**.

MUÑOZ CONDE, F., **Derecho penal, Parte especial**, Decimoquinta edición, Tirant lo Blach, Valencia, 2004.

PARFIT, D., *Reasons and Persons*, Oxford University Press, New York, 1984.

PEÑA, L. y T. AUSÍN, "Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte", en **Anuario de Filosofía del Derecho**, volumen XV, 1998.

PEÑA, L. y T. AUSÍN, "Libertad de vivir", en **Isegoría, nº 27**, 2002.

PÉREZ MANZANO, "Manipulación Genética", en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), **Compendio de Derecho Penal. Parte Especial**, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

POLAINO NAVARRETE, M., **El bien jurídico en el Derecho Penal**, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

PUIGPELAT, F., "Clonación, dignidad humana y constitución", en **Revista Brasileira de Ciencias Criminais**, nº 42, 2003.

QUERALT JIMÉNEZ., J. J., **Derecho Penal Español. Parte Especial**, José María Bosch Editor, S. L., Barcelona, 1996.

REY DEL CASTILLO, J., "La situación de la clonación humana en el ámbito internacional", en **Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review**, Núm. 24.

ROBERTSON, J. A., "The question of human cloning", en **Hastings Center Report,** nº 24 (2), 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., **Derecho Penal. Parte General**, Civitas, Madrid, 1977.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, "Delitos relativos a la manipulación genética", en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), **Manual de Derecho Penal. Parte Especial**, Colex, Madrid, 2ª edición, 2004.

ROMEO CASABONA, C. M., "Bienes jurídicos implicados en la clonación", en **Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales**, nº 2, 2000.

ROMEO CASABONA, C. M., "Bioderecho y Bioética", en ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.), **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**, Tomo I, Comares, Granada, 2011.

ROMEO CASABONA, C. M., "La clonación humana, presupuestos para una intervención jurídico penal", en ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.), **Genética y Derecho penal, Previsiones en el Código Penal Español de 1995**, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Editorial Comares, Bilbao-Granada, 2001.

ROMEO CASABONA, C. M., "La relación entre la Bioética y el Derecho", en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), **Derecho Biomédico y Bioética**, Comares, Colección Biblioteca Comares de Derecho y Ciencias de la Vida, nº 1, Granada, 1998.

ROMEO CASABONA, C. M., "Los llamados delitos relativos a la manipulación genética: ¿Derecho Penal simbólico?", en ROMEO CASABONA, C. M. (Dir.), **Genética y Derecho Pena***l*, Comares, Bilbao-Granada, 2001.

ROMEO MALANDA, S., **Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho Penal**, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, Granada, 2007.

RUIZ MIGUEL, A., "Azar, igualdad y biotecnología", en A.A. V.V., **Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo**, Thomson Civitas, Madrid, 1995.

SAVULESCU J., "Procreative beneficence: why we should select the best children", en **Bioethics**, 2001.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., **Derecho penal, Parte especial,** Décima edición, Dykinson, Madrid, 2005.

URRUELA MORA, A., "La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España", en **Revista Penal**, n.º 21—Enero 2008.

VALLE MUÑIZ, J. M. y TAMARIT SUMALLA, J. M., "Delitos relativos a la manipulación genética", en QUINTERO OLIVARES, G. y R. MORALES PRATS (Coord.), **Comentarios al Nuevo Código Penal**, 3ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

Submissão em 23/11/2020 / Aceito em 05/12/2020

TOMA DE DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español

END-OF-LIFE DECISION MAKING: current situation and future perspectives in the spanish law

Pilar Nicolás Jiménez[1]
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
Sergio Romeo Malanda[2]
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC)
Asier Urruela Mora[3]
Universidad de Zaragoza (UNIZAR)

Resumen:
El presente trabajo pretende abordar, desde una perspectiva eminentemente jurídica, una serie de iniciativas legislativas presentadas en el Congreso de los Diputados durante la presente legislatura orientadas a la regulación de la toma de decisiones al final de la vida. Con dicho fin, partiendo de la realidad legislativa actualmente vigente en España se procede a analizar, por un lado, sendas Proposiciones de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida (Grupo Parlamentario Popular y Grupo Parlamentario Ciudadanos) así como, por otro lado, la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la eutanasia (Grupo Parlamentario Socialista) que, a la vista de las mayorías parlamentarias concurrentes, está llamada a constituir la norma que regule dicha materia en el futuro próximo en España.
Palabras clave: Toma de decisiones al final de la vida. Cuidados paliativos. Eutanasia. Suicidio asistido. Muerte digna.

Abstract:
This paper analyzes, from a strictly legal perspective, the different legislative initiatives presented in the Spanish Congress of Deputies during the present legislature aimed at the regulation of End-of-life decision making. To this end, starting from the legislative reality currently in force in Spain, the paper proceeds to analyze, on the one hand, two Proposals of Law on rights and guarantees of the dignity of the person during the final process of his life and, in the other hand, the Proposal of Organic Law for the Regulation of euthanasia which, in view of the concurrent parliamentary majorities in Spain, is called to constitute the norm that regulates this field in the near future in Spain.
Keywords: End-of-life decision making. Palliative care. Euthanasia. Assisted suicide. Dignified death.

1 INTRODUCCIÓN

El derecho a la vida está expresamente reconocido en varias normas jurídicas que forman parte del ordenamiento jurídico español: art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); art. 2 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades

[1] Investigadora Doctora Permanente, G.I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Departamento de Derecho público. Universidad del País Vasco/EHU (España).
[2] Profesor Titular de Derecho penal, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España). *Adjunct Associate Professor*, Facultad de Derecho, Universidad de Tasmania (Australia)
[3] Profesor Titular de Derecho Penal (Catedrático *acred.),* Universidad de Zaragoza (España). Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9519-7069

fundamentales (1950); art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); art. 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000); art. 15 de la Constitución española (1978).

Aunque dicho reconocimiento es claro, sí es objeto de discusión su objeto, alcance y contenido (cfr. ARRUEGO RODRÍGUEZ, 2019b, pp. 15 y ss.), muy especialmente la cuestión relativa a la disponibilidad de la vida por parte de su titular. En concreto, existen dudas sobre si el reconocimiento de este derecho implica un deber de vivir; si, como contraposición al mismo, existiría un derecho a morir; o si ello únicamente se limita a generar una obligación del Estado de respetar o proteger la vida de sus ciudadanos.

Lo cierto es que todos los ordenamientos jurídicos prevén normas legales dirigidas a proteger, de una u otra forma, la vida humana. El máximo exponente de dicha protección sería la consideración como delito de la causación de la muerte de otra persona a través de los delitos de homicidio y asesinato. Pero lo cierto es que las intervenciones en el contexto del fin de la vida pueden ser muy variadas y la respuesta a cada una de ellas sí puede variar significativamente de un país a otro.

En este trabajo vamos a analizar cómo aborda el ordenamiento jurídico español los principales escenarios posibles de actuaciones vinculadas a la intervención, de una u otra forma, en el proceso de fin de la vida. También se analizarán las propuestas existentes actualmente en el Parlamento español para reformar la legislación vigente en relación con alguno de dichos escenarios.[4]

2 TOMA DE DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA: ESCENARIOS POSIBLES Y REGULACIÓN ACTUAL

2.1 Escenario nº 1: causar la muerte de una persona sin su consentimiento

El primer escenario que conviene analizar es el relativo a aquellos comportamientos que van dirigidos a la causación de la muerte de otra persona no existiendo un deseo de morir por

[4] En el marco de la presente exposición partimos del hecho de que el término eutanasia ha adquirido en la actualidad un carácter polisémico (no todo el mundo entiende lo mismo cuando habla de eutanasia). Como ha puesto de manifiesto TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2011, p. 831), dicha disparidad enmaraña enormemente el debate y conduce a equívocos indeseables. Además, este vocablo (neutro desde un punto de vista etimológico: buena muerte), ha ido adquiriendo con el tiempo una alta carga ideológica que dificulta sobremanera un análisis de la cuestión objeto de estudio lo más objetivo y aséptico posible. No obstante, existen apartados del presente trabajo (en particular, epígrafe 4) donde no se podrá prescindir por completo del término eutanasia, pues la propia proposición de ley orgánica que centra el debate en España en estos momentos en relación con las decisiones al final de la vida utiliza expresamente el mencionado concepto (Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia de 2020).

parta de la misma (bien porque así lo haya manifestado expresamente o simplemente porque no se haya pronunciado en otro sentido). El deseo de no querer morir deber presumirse con carácter general.

La vida humana es considerada un bien jurídico de primer nivel. De ahí que la realización de dichos actos encaje sin mayores problemas en los delitos de homicidio o asesinato. Además, es común que sean estos delitos los que prevén las penas más altas en todos los ordenamientos jurídicos.

En el caso español, así se recoge en los arts. 138 y ss. del Código penal[5] (en adelante, CP). De este modo, el art. 138.1 CP establece que "el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años". El art. 142 CP castiga la misma conducta si el resultado de muerte se ha producido a través de un comportamiento imprudente, pero únicamente si se trata de una imprudencia grave (pena de prisión de uno a cuatro años) o menos grave (pena de multa de tres meses a dieciocho meses). De este modo, el ordenamiento jurídico español no sanciona penalmente el homicidio por imprudencia leve, sin perjuicio de que dicha conducta pueda generar responsabilidad civil.

Atendiendo a las circunstancias, medios o formas en las que se haya producido la muerte, la pena puede variar, pudiendo ser considerado el hecho como asesinato en vez de homicidio (arts. 139 y 140 CP). Algunas conductas pueden llegar ser castigadas con la pena de prisión permanente revisable.

Ahora bien, aunque puede parecer lógico castigar siempre el hecho de causar la muerte de una persona sin su consentimiento, no podemos desconocer que no siempre y en todo caso este hecho produce un rechazo social, incluso pudiendo no llegar a ser penalmente antijurídico. Así sucede, por ejemplo, cuando la muerte se ha producido en legítima defensa o por ejecución de una condena a pena de muerte, en aquellos países donde está vigente. Y lo mismo podría plantearse en un contexto en el que el acto "homicida" se produjera por motivos humanitarios, como se expondrá en los escenarios nº 10 y 11.

En relación con este delito, un elemento típico esencial es, indudablemente, la causación de la muerte de otra persona. Sin embargo, esta circunstancia no siempre es fácil de determinar y no todos los países coinciden a la hora de establecer qué requisitos deben concurrir para considerar que una persona ha fallecido.

Este hecho es esencial para poder aplicar este delito, pero también es de indudable trascendencia en otros ámbitos, como puede ser el de proceder al trasplante de órganos. De

[5] Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

hecho, el concepto legal de muerte empleado por la doctrina y jurisprudencia dominantes en España es el recogido en el Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. En el mismo se prevé que el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basará en la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatoria y respiratoria o de las funciones encefálicas (muerte encefálica) (Anexo I). No obstante, ello no deja de ser un debate abierto (cfr. MOYA GUILLEM, 2020, pp. 141-156).

2.2 Escenario nº 2: Causar la propia muerte sin intervención de terceros (suicidio)

Un segundo escenario en el que se toman decisiones vinculadas al final de la vida es el de la decisión libre adoptada por una persona que desea su propia muerte, esto es, el suicidio. Aquí no nos referimos, por lo tanto, a los casos en los que alguien sufre una anomalía psíquica que le provoca impulsos suicidas, sino a los llamados casos de suicidios "lúcidos", esto es, decisiones libres y voluntarias de una persona de poner fin a su vida, o al menos asumir este resultado como necesaria consecuencia de su conducta, lo cual puede producirse por diferentes razones, a saber, y sin ánimo de exhaustividad, por motivos políticos o ideológicos (personas que se queman a lo bonzo o se autoinmolan como forma de protesta o de presión política, pudiéndose incluir en este grupo las huelgas de hambre, etc.); por honor (como el harakiri japonés); para no enfrentarse a un futuro indeseado (por ejemplo, para evitar ser detenido o ingresar en prisión: sirvan los ejemplos al respecto de las escenas finales de películas como "Thelma y Louise" o "Cadena perpetua"); o incluso porque se concluye que la vida ya no tiene nada más que ofrecer y se entiende que ya ha se ha cumplido suficientemente el proyecto vital, como es el conocido caso del científico australiano de 104 años David Goodall[6].

El ordenamiento jurídico español no sanciona el suicidio como tal. Parece evidente que no es posible imponer una sanción a la persona que se ha suicidado, consumando así su libre deseo de poner fin a su vida. Pero tampoco se castiga el suicidio intentado, castigando a quien haya tratado de causar su muerte, sin haberlo logrado. Este no es, sin embargo, un tratamiento jurídico comúnmente aceptado. Como exponen MISHARA/WEISSTUB (2016, pp. 54-74), tras analizar las legislaciones penales de 192 países, en 25 estados se prevé expresamente el castigo de la tentativa de suicido (en Bahamas, por ejemplo, la pena prevista es la de cadena perpetua),

[6] https://www.elmundo.es/salud/2018/05/02/5ae9e1b222601dc0648b4579.html

y en otros 20 estados musulmanes, donde se aplica el derecho islámico o *Sharia*, también podría llegar a castigarse dicha conducta.

2.3 Escenario nº 3: Rechazo de tratamientos médicos vitales

Otra decisión que puede adoptarse y que es susceptible de afectar seriamente a la continuación de la vida es el rechazo a un tratamiento vital. En ocasiones será el rechazo a un tratamiento complejo y muy invasivo que se plantea como única alternativa viable a la muerte (quimioterapia o radioterapia para tratamientos de cáncer, amputaciones de miembros o extracción de órganos que pueden afectar seriamente a la calidad de vida del paciente, etc.); pero en otros casos puede consistir simplemente en el rechazo a un tratamiento simple, cuyo rechazo puede conllevar también la pérdida de la vida. Ciertamente las decisiones en estos casos pueden adoptarse más por condicionantes de carácter ideológico, como puede ser el rechazo a las transfusiones de sangre por parte de los testigos de Jehová.

Evidentemente, esta cuestión está estrechamente vinculada al requisito del consentimiento informado para llevar a cabo un acto médico, sin el cuál este sería considerado ilícito. Según establece el art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LPA), "[1] toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso (…) [5] El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento".

El derecho a negarse al tratamiento viene declarado explícita e inequívocamente reconocido en la Ley. Según la LAP: "Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constara por escrito" (art. 2.4). A este respecto, el propio Tribunal Constitucional español ha establecido que los tratamientos médicos coactivos, esto es, no consentidos por el paciente, constituyen una vulneración del derecho fundamental a la integridad física, recogido en el art. 15 CE (STC 37/2011, de 28 de marzo).

Las consecuencias de la negativa son, en primer lugar, el respeto escrupuloso de la decisión adoptada por el paciente, y en aportarle otras medidas alternativas, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y sean aceptados por el paciente. Si no concurren conjuntamente estas dos últimas circunstancias, se invitará al paciente a firmar el alta voluntaria y si tampoco accede a esto último, entonces se prevé el alta forzosa. Según el

art. 21.1 LAP: “En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del medico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedaran debidamente documentadas”. En el caso de que también ésta fuera rechazada, la dirección del centro comunicará estos hechos al juez, para que confirme o revoque la decisión del alta forzosa. De acuerdo con el art. 21.2 LAP: “En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión”.

2.4 Escenario nº 4: Adecuación de los cuidados médicos al final de la vida

Los profesionales sanitarios que atienden a un paciente se ven obligados a ir ajustando los tratamientos a su situación clínica. Hasta el punto de que, en algunos casos, cuando se entiende que los tratamientos existentes ofrecen una escasa posibilidad de respuesta, se hace necesario valorar la conveniencia de retirar o no instaurar aquellas medidas terapéuticas que únicamente lograrían prolongar la vida biológica del paciente, pero sin que exista posibilidad alguna de que le puedan proporcionar una recuperación funcional con una mínima calidad de vida.

Tradicionalmente se han venido denominando estas decisiones como "limitación del esfuerzo terapéutico", pero esta terminología no resulta adecuada, ya que no se limita el esfuerzo, sino que cambian los objetivos terapéuticos (orientándose a otras áreas como sedación, analgesia, apoyo psicológico, etc.). Por ello, en la actualidad se va imponiendo el término "adecuación del esfuerzo terapéutico". Aunque aún mejor sería hablar de "adecuación de cuidados al final de la vida" pues realmente la asistencia médica prestada al paciente no supone ciertamente un esfuerzo como tal para el equipo médico.

En España no existe una legislación a nivel nacional que dé expreso amparo legal a estas decisiones, pero no cabe duda de que forman parte de la *lex artis* médica y, si se realizan de acuerdo a los procedimientos establecidos de toma de decisiones en el ámbito clínico, serían plenamente lícitas y conforme a derecho.

Así, el propio Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España (2011) señala en su art. 36.2 que "el médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza de beneficios para el enfermo, inútiles u

obstinadas. Ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar dicho tratamiento para prolongar su vida. Cuando su estado no le permita tomar decisiones, tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriormente hechas y la opinión de las personas vinculadas responsables". La infracción de estas normas deontológicas puede dar lugar también a responsabilidad legal (LIBANO BERISTAIN, 2011, pp. 375 y ss.).

Además, 10 de las 17 Comunidades Autónomas de España han aprobado legislación propia que regula y ampara estas decisiones, a la espera de una normativa a nivel nacional (véase apartado 3)[7].

2.5 Escenario nº 5: Sedación paliativa

En ocasiones, el equipo médico puede considerar oportuna la administración de ciertos fármacos para reducir el nivel de consciencia del paciente, a fin de disminuir o anular la percepción por parte de este de síntomas que, por su elevada intensidad o nula respuesta a los tratamientos habitualmente empleados, producirían un sufrimiento innecesario. Este procedimiento se conoce como "sedación paliativa".

Hay que tener claro que los fármacos empleados en la sedación paliativa no causan la muerte del paciente, sino que únicamente reducen o anulan su nivel de consciencia (pudiendo ser ello generalmente revertido, de tal forma que, si deja de suministrarse el fármaco, el paciente recobraría la consciencia). Los más comunes son las benzodiacepinas (midazolam), los neurolépticos sedativos (clorpromazina o levomepromazina), los anticonvulsivantes (fenobarbital) y los anestésicos (propofol).[8] Suele entenderse que uno de sus posibles efectos secundarios es la reducción del tiempo de vida del paciente. Sin embargo, algunos estudios ponen en duda esta afirmación (MALTONI *ET AL*., 2009, pp. 1163–1169; MALTONI *ET AL*. 2012, pp. 1378-1383).

---

[7] Serían los casos de Andalucía (Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte), Comunidad Foral de Navarra (Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte), Aragón (Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte), Islas Canarias (Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida), Islas Baleares (Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir), Galicia (Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales), País Vasco (Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida), Comunidad de Madrid (Ley 4/2017, de 9 de marzo, de garantías y derechos de las personas en el proceso de morir), Principado de Asturias (Ley del Principado de Asturias 5/2018, de 22 de junio, sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida), Comunidad Valenciana (Ley 16/2018, de 28 de junio, de la Generalitat, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida).

[8] Por el contrario, cuando lo que se busca es directamente producir la muerte, el fármaco más comúnmente empleado es el pentobarbital sódico.

Como en el escenario anterior, no existe una ley española a nivel nacional que regule esta práctica, pero no por ello deja ser lícita y acorde con la *lex artis* médica, y sí está prevista en la normativa autonómica anteriormente mencionada, que reconoce el derecho de los pacientes a la administración de sedación paliativa cuando esté médicamente indicado.

De igual manera, el referido Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España (2011) señala en su art. 36.5 que "la sedación en la agonía es científica y éticamente correcta sólo cuando existen síntomas refractarios a los recursos terapéuticos disponibles y se dispone del consentimiento del paciente implícito, explícito o delegado".

2.6 Escenario nº 6: Cooperación no necesaria al suicidio

Un escenario distinto, y más complejo de afrontar tanto ética como legalmente, es aquél en el que una persona ha tomado la decisión de quitarse la vida y solicita ayuda a un tercero para lograr su propósito. Más arriba hemos explicado que el suicidio no está sancionado en España (ni siquiera la tentativa), pero hay que analizar hasta que punto sí estaría prohibida y castigada la conducta de un tercero que colabora en el suicidio de otra persona. En todo caso, estamos en un escenario en el cual el suicida es una persona con plena capacidad jurídica, que ha tomado la decisión de morir de forma libre y voluntaria.

Cuando hablamos de cooperación no necesaria nos referimos a intervenciones de menor relevancia. Se trataría de conductas que han favorecido de alguna manera la producción de la muerte, pero sin las cuales el fallecimiento se hubiera logrado de igual manera, pues el suicida podría haber reemplazado la ayuda fácilmente o incluso podría haber prescindido totalmente de la misma para conseguir su objetivo. Desde una perspectiva jurídico-penal, estos supuestos de cooperación no necesaria se corresponderían, en el derecho español, con la figura de la complicidad. Por ello, es posible acudir a los criterios que ha venido empleando la doctrina científica y la jurisprudencia para hacer esta distinción. Así, por ejemplo, es de uso frecuente la teoría de los bienes escasos (SÁNCHEZ LÁZARO, 2016, p. 178), según la cual estaríamos ante una cooperación no necesaria (complicidad) cuando se aportan bienes abundantes, esto es, objetos (o acciones) que están al alcance de cualquiera, siendo de fácil obtención debido a que no tienen un precio muy elevado o bien porque se puedan conseguir sin dificultades, atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar. Para ello se hace preciso tener en cuenta los factores especiales que concurren en la persona concreta que recibe la cosa. Por ejemplo, dar información sobre técnicas suicidas que podría ser fácilmente accesible a través de internet, o

entregar el producto que va a causar la muerte, siempre que se trate de un producto de fácil acceso.

Aunque son muchos los países que sí castigan, de una u otra manera, conductas como las expuestas, este no es el caso de España, donde no se prevé sanción alguna para quien coopere con actos no necesarios al suicidio de una persona.

2.7 Escenario nº 7: Cooperación necesaria al suicidio

En ocasiones, la ayuda que se presta al suicida puede tener una entidad mayor, aportándose algo que el sujeto no podría haber conseguido de otro modo, o le hubiera supuesto un gran esfuerzo. Por ejemplo, un medicamento de difícil acceso, o porque se trata de una persona con una discapacidad que le dificulta ejecutar el hecho suicida y requiere de asistencia externa para ello.

Pues bien, esta tipología de conductas sí que se encuentran prohibidas y castigadas en el ordenamiento jurídico español. Así, el art. 143.2 CP establece que "se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona".

A resultas de lo anteriormente expuesto, la pregunta que cabría hacerse es si el suicidio, como acto que refleje la libre determinación del sujeto, lesiona algún otro bien jurídico que permita afirmar su lesividad social, pues si afirmamos que la vida humana únicamente debe protegerse en tanto en cuanto su titular lo desee no habría razón alguna para castigar el suicidio por no tratarse de un hecho antijurídico. Pero si ello es así, no se sostendría desde una perspectiva dogmática el castigo de la participación en un hecho plenamente lícito. En efecto, si entendemos que el derecho fundamental a la vida, así como el bien jurídico que emana de aquél, no abarca la vida no deseada por su titular, habría que entender, como hace CARBONELL MATEU (2010, pp. 90 y ss.), que el castigo de la participación en el suicidio sería inconstitucional[9], por lo que lo coherente sería la descriminalización de cualquier conducta de cooperación al suicidio. A lo sumo, podría alegarse como razón de política-criminal para la criminalización de los supuestos de cooperación al suicidio la dificultad de probar, en muchos casos, que el consentimiento del sujeto pasivo haya sido un consentimiento libre y válidamente emitido. De ahí que podría justificarse que en la legislación penal se partiera

[9] Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional alemán en una sentencia de 26 de febrero de 2020, declarando inconstitucional una ley de 2015 que prohibía el suicidio asistido con ayuda de empresas comerciales, argumentando que privaba a los pacientes de su derecho a determinar su propia muerte. El suicidio asistido realizado por particulares no era objeto de sanción penal tampoco previamente.

de una presunción de ausencia de consentimiento libre y, en consecuencia, aun cuando sea con penas mínimas, castigar a los partícipes (CORCOY BIDASOLO, 2011, p. 50).

Otra opción es considerar que el suicidio sí lesionaría algún interés de carácter supraindividual, de tal manera que la decisión de su no punición encajaría estructuralmente más en el ámbito de la inexigibilidad o de la no punibilidad de la conducta por entenderse que el castigo en estos casos no resulta necesario. En dichos supuestos, sí sería defendible el castigo de ciertos actos de participación en el mismo. En este sentido, un sector de la doctrina ha justificado la existencia de estos delitos basándose que se trataría de un delito de peligro abstracto en el que lo que se protege no es la vida del suicida, sino el tabú de la intangibilidad de la vida ajena, o, dicho de otro modo, las vidas de otras personas que, de ser levantada la prohibición, podrían verse eventualmente afectadas en contra de su voluntad debido a la falta de unos adecuados mecanismos de control en las práctica de estas conductas (DE LA GÁNDARA VALLEJO, 1995, pp. 85 y ss. y 181 y ss.; DEL ROSAL BLASCO, 1999, pp. 680 y 696).

Otra forma de abordar esta cuestión es desde la perspectiva de la consideración del suicidio como problema social. En efecto, el suicidio es hoy en día considerado un problema de salud pública (SUELVES/ROBERT, 2012, pp. 137 y ss). De ahí que podría pensarse que los supuestos de participación en el suicidio no son modalidades de delitos contra la vida (y, por lo tanto, dirigidos a la protección de un bien jurídico individual), sino figuras muy especiales de delitos contra la salud pública (bien jurídico colectivo).

Esta relación entre suicidio, salud pública y Derecho penal no es novedosa (CURRAN, 1970, pp. 163 y s.), pero sí se vería reforzada con estudios recientes, los cuales indican que las personas con vínculos emocionales con el suicida están en riesgo de reacciones de duelo intensas, desordenes mentales e, incluso, de un futuro suicidio (CEREL/JORDAN/DUBERSTEIN, 2008, pp. 38 y ss.; ANDRIESSEN/KRYSINSKA, 2012, pp. 24 y ss.; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2014, p. 40). Ello justificaría plenamente que, aunque se decida no castigar la actuación del suicida, sí se desvalore la participación en el mismo.

2.8 Escenario nº 8: Cooperación ejecutiva al suicidio

Podría darse el caso de que el sujeto que desea libre y voluntariamente poner fin a su vida no reúna las condiciones físicas o psicológicas para realizar por sí mismo el acto último

causante del fallecimiento. En estos casos, una tercera persona debería llevar a cabo dicha conducta. Por ejemplo, inyectando directamente el pentobarbital sódico.

En estos casos, para poder seguir hablando de un suicidio (y no de un homicidio consentido o a petición -véase escenario nº 9-), el sujeto pasivo debería estar consciente y guiar la actuación del actuante, debiendo tener en todo momento el control de la situación, de tal forma que aquél mantendría el dominio del hecho (ROMEO CASABONA, 2004, p. 114). De esta forma, el sujeto activo únicamente está siendo el instrumento en manos del suicida, actuando bajo su voluntad. Igualmente, el sujeto pasivo podría, en cualquier momento, cambiar de opinión, debiendo, en tal caso, suspender la acción el sujeto activo.

Este escenario, que se correspondería con el de una cooperación ejecutiva al suicidio, no se presenta, en cambio, como el más común. Pero sí esta expresamente prohibido en los códigos de deontología médica[10], así como en la legislación penal española. Así, el art. 143.3 CP señala que "será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte".

2.9 Escenario nº 9 (concreción de los escenarios nº 7 y 8): cooperación al suicido con fines humanitarios

Como se ha afirmado, el ordenamiento jurídico español castiga los actos consistentes en una cooperación necesaria o ejecutiva en el suicidio de una persona. Pero puede darse el caso de que algunas de estas conductas tuvieran una finalidad humanitaria, llevándose a cabo para poner fin a una vida sin esperanza vital o con graves sufrimientos cuyo titular quiere poner fin, por ejemplo, si el sujeto padece una enfermedad terminal con pronóstico fatal a corto plazo o si el sujeto padece una enfermedad o dolencia que le produce dolores o graves padecimientos físicos o psíquicos o no.

Ejemplos claros de cooperación (necesaria) al suicidio en estas circunstancias serían los casos de Ramón Sampredo (plasmado en la película *Mar adentro*) o María José Carrasco[11]. En ambos casos, la persona con una clara y firme voluntad de morir no podía ejecutar su muerte por padecer una enfermedad o discapacidad que se lo dificultaba: la condición de tetrapléjico el primero; y el padecimiento de esclerosis múltiple la segunda. También coincide en ambos

[10] El Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España (2011) señala en su art. 36.3 que "el médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste".
[11] https://elpais.com/noticias/caso-maria-jose-carrasco/

supuestos la forma en la que se prestó la ayuda, preparando el cooperador el compuesto mortal y acercándolo a la boca del sujeto para que este lo bebiera a través de una pajita, teniendo que tomar este la decisión última sobre si ingerirlo o no.

Cuando la persona que presta la ayuda a morir es un profesional de la salud y la ayuda se presta en un contexto sanitario se suele hablar de "suicidio médicamente asistido".

Pues bien, la legislación penal española prevé un tipo penal atenuado en las circunstancias descritas. Así el art. 143.4 CP establece lo siguiente: "El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo".

Por consiguiente, en estos casos la pena podría reducirse hasta los seis meses de prisión para conducta de cooperación necesaria, y de un año y seis meses para los supuestos de cooperación ejecutiva al suicidio. No se exige, sin embargo, que el sujeto activo tenga la condición de personal sanitario para beneficiarse de la atenuación penológica.

2.10 Escenario nº 10: Causar la muerte de una persona con su consentimiento

Como decíamos, distinto de la cooperación ejecutiva al suicidio es el homicidio consentido o a petición. La diferencia entre uno y otro supuesto radicaría es que, mientras en el primer caso la víctima mantiene en todo momento el dominio sobre la actuación del sujeto activo (guiando su comportamiento y pudiendo decidir, en todo momento, su cese), en el segundo, aquella no tiene capacidad de intervenir en el proceso de muerte. Por ello, carecería del dominio del hecho (ROMEO CASABONA, 2004, pp. 113 y s.), si bien, en un momento anterior sí manifestó su voluntad sería e inequívoca de querer morir y dejó en manos del actuante la ejecución del hecho, sobre el cual ha perdido ya la posibilidad de intervenir.

Un ejemplo de este escenario podría ser el de la persona que, queriendo acabar con su vida para que su familia pueda cobrar un seguro, contrata a un sicario para que lo mate haciendo que parezca un homicidio, perdiendo en un determinado momento el control sobre el sicario, que planificará el acto y actuará por libre, causando la muerte de la víctima, pero habiendo manifestado esta su deseo de morir, llegando a solicitar, incluso, la muerte.

Más común, ya en el ámbito sanitario, serían los casos de pacientes que sufren enfermedades crónicas, de requerir la intervención de terceros para causarles la muerte llegado

un cierto momento de desarrollo de su enfermedad, cuando ellos no tengan ya la capacidad de decidir, bien por ser una patología neurodegenerativa, bien por pérdida de la consciencia. Esta voluntad puede haberse manifestado verbalmente, pero podría, incluso, haber quedado plasmada por escrito, por ejemplo, en unas instrucciones previas.

El art. 11.1 LAP define el documento de instrucciones previas como aquel en el que "una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo (...)"[12]. Ahora bien, según se dispone en el apartado 3º, "no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas (...)".

No estando prevista, en la legislación española vigente, la posibilidad de causar la muerte a un sujeto de forma directa, incluso con su voluntad, dichas instrucciones no tendrían ningún efecto. Y pese a tratarse de una causación de la muerte deseada y requerida por su voluntad, no podría dejar de ser calificado como un homicidio, previsto y penado en los arts. 138 y ss. CP.

En estos casos, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de las lesiones, tampoco se prevé una atenuación de la pena para los supuestos de homicidios consentidos[13].

2.11 Escenario nº 11 (concreción del escenario nº 1): Causar la muerte de una persona sin su consentimiento con fines humanitarios

El último escenario posible que conviene mencionar sirve para cerrar el círculo de posibles decisiones que pueden tomarse en el final de la vida, conectando de nuevo con el escenario nº 1. Se trataría de supuestos en los que un sujeto decide acabar con la vida de otra persona que no ha manifestado su voluntad en dicho sentido. Sin embargo, ahora se trataría de personas que no han tenido la oportunidad de hacerlo, bien por ser menores de (corta) edad, por carecer de capacidad (como personas con una discapacidad psíquica, por ejemplo), o bien por

[12] Muchas Comunidades Autónomas han aprobado normas específicas para desarrollar este instrumento de manifestaciones anticipadas de la voluntad, y que pueden incluir voluntades sobre la toma de decisiones en un escenario de final de la vida.

[13] En efecto, según el art. 155 CP, "en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección".

haber perdido la capacidad de tomar decisiones sin haber manifestado nada al respecto a lo largo de su vida.

El dilema se plantearía cuando estas personas padecen enfermedades graves, en muchos casos terminales, y que les pueden hacer padecer dolor o sufrimiento físico o psíquico, afectando seriamente a su calidad de vida.

En estos casos podría considerarse la adecuación de los cuidados y la sedación paliativa, siempre que se dieran los requisitos médicos, tal y como se ha expuesto anteriormente. Sin embargo, cualquier intervención dirigida a la causación de la muerte también sería constitutiva de un delito de homicidio *ex* arts. 138 y ss. CP, aunque lo fuera por razones humanitarias. El régimen jurídico español vigente tampoco prevé atenuantes específicas en estos casos.

3 INICIATIVAS LEGISLATIVAS RELATIVAS A LOS DERECHOS Y LAS GARANTÍAS DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA ANTE EL PROCESO FINAL DE SU VIDA

3.1 Antecedentes

Como se adelantó hace años en la Guía de cuidados paliativos de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL), la atención de enfermos en fase avanzada y terminal es uno de los retos que tiene planteados la sanidad española. El envejecimiento de la población y el creciente número de personas con enfermedades cronicodegenerativas y con cáncer en las sociedades desarrolladas, donde, además, el soporte familiar es decreciente, supone que muchas personas, al final de su vida, padezcan un sufrimiento intenso y precisen una atención sanitaria y social que implica a todos los ámbitos asistenciales.

Lo cierto es que entre las medidas que reclamaba la SECPAL para afrontar este reto no se mencionaba ninguna iniciativa legislativa, sino la disponibilidad de recursos específicos, la mejora de la atención en los recursos ya existentes (atención primaria, hospitales generales y Centros de larga estancia), la formación de profesionales y la educación de la sociedad y su participación a través del voluntariado.

Este conjunto de acciones comprende, desde el punto de vista clínico, según la guía mencionada, el uso de analgésicos, medidas encaminadas a paliar problemas digestivos o relacionadas con la alimentación y la nutrición, tratamiento de síntomas respiratorios, adecuada estrategia de comunicación e información, y atención a la familia. A éstas, hay que añadir otras acciones, como el apoyo espiritual para quien lo reclame o lo haya reclamado.

Actualmente se sigue reclamando en España una mayor atención a los de cuidados paliativos[14] puesto que todavía es preciso avanzar en la formación y en el enfoque integral de los cuidados que cubra, junto con el control de síntomas, "los aspectos emocionales, sociales y espirituales de los pacientes y de sus cuidadores o familiares", en la accesibilidad a los cuidados paliativos para todas las personas que los necesiten, en el enfoque multidisciplinar y en la coordinación entre los distintos niveles asistenciales, servicios y profesionales (VIDAL SERRANO, LÓPEZ ALONSO Y FERNÁNDEZ OJEDA, 2020, p. 1).

Desde hace algunas legislaturas, se han sucedido iniciativas para regular el derecho a los cuidados paliativos en el marco estatal a través del reconocimiento de prestaciones sanitarias y del establecimiento de medidas organizativas, si bien, como se advirtió más arriba (escenario nº 4), varias Comunidades Autónomas han aprobado ya normas sobre esta materia (GALÁN GONZÁLEZ-SERNA y POSTIGO MOTA, 2020, p. 4). Por distintas circunstancias relacionadas con la agenda política, estas iniciativas en el nivel estatal todavía no han llegado a aprobarse.

En la actual legislatura, la tramitación se inicia en paralelo a la de la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, que presentó el Grupo Parlamentario Socialista el 31 de enero de 2020 (véase apartado 4). El 10 de febrero, el Grupo Parlamentario Ciudadanos y el Grupo Parlamentario Popular, presentaron sendas Proposiciones de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, con un contenido prácticamente idéntico. A los pocos días, el Partido socialista presentó su propia propuesta en este sentido, para retirarla posteriormente. En los tres casos, se trata del mismo texto que ya fue aprobado durante las XII y XIII Legislaturas[15], con algunas diferencias y cuya tramitación finalmente caducó. Entonces, uno de los aspectos más debatidos se refirió al régimen sancionador (en relación con las competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas). Precisamente,

---

[14] Véase COMUNICADO DE SECPAL, "España está a la cola en cuidados paliativos y los expertos piden soluciones", *Consalud*, 24 de mayo de 2019. Disponible en internet: https://www.consalud.es/pacientes/espana-esta-a-la-cola-en-cuidados-paliativos-y-los-expertos-piden-soluciones_64191_102.html (última consulta el 1 de noviembre de 2020). En este sentido, el Atlas de los cuidados paliativos en Europa 2019 reflejaba un estancamiento (e incluso retroceso en algunas variables) de los cuidados paliativos en España en los últimos ocho años, así como una falta de equidad entre las diferentes Comunidades Autónomas y entre el medio rural y urbano. Todo ello colocaba a España en el puesto 31 de los 51 países analizados.

[15] Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B. Proposiciones de Ley, 21 de febrero de 2020, Núm. 54-1; proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B Proposiciones de Ley, 21 de febrero de 2020, Núm. 55-1; proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B. Proposiciones de Ley, 28 de febrero de 2020, Núm. 63-1.

este es el punto en el que las nuevas propuestas de los dos grupos parlamentarios, prácticamente idénticas, difieren de una forma más evidente.

La proposición (entendiendo cuando no se diga otra cosa que "la proposición" se refiere a las dos proposiciones mencionadas), se asienta en dos pilares normativos que recogen dos derechos que se pretende desarrollar y garantizar: el derecho a la protección de la salud y el derecho a la autodeterminación en el ámbito sanitario.

El primero está reconocido en el artículo 43 de la CE y ha de extenderse a procurar el necesario confort, asistencia material, emocional y espiritual al final de la vida. El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, incluye la "atención paliativa a enfermos terminales" en unos términos que ahora se pretende desarrollar[16].

El segundo, que emana de la dignidad (art. 10 CE) y de la integridad moral (art. 15 CE) de la persona, y que se ha proyectado al ámbito sanitario en la LAP, exige que la autonomía del paciente prevalezca incluso cuando su ejercicio suponga un acortamiento de la vida.

La propuesta, por consiguiente, no genera nuevos derechos, sino que regula cómo aquellos deben desplegarse y garantizarse en el momento final de la vida. Como se dice en la exposición de motivos de la propuesta: se pretende, que los ciudadanos puedan "sentirse protegidos, con suficiente certeza jurídica y precisión de las obligaciones que su respeto comporta, por ese conjunto de derechos ante una situación que, por su propia naturaleza, viene marcada por la dificultad y la incertidumbre. Al mismo tiempo, es necesario dotar a todos los profesionales sanitarios del apoyo, la información y las herramientas necesarias, para asumir su papel con seguridad y reducir la conflictividad en una situación dolorosa y compleja como es la del final de la vida".

---

[16] Según se establece en este Real Decreto, esta atención "comprende la atención integral, individualizada y continuada de personas con enfermedad en situación avanzada, no susceptible de recibir tratamientos con finalidad curativa y con una esperanza de vida limitada (en general, inferior a 6 meses), así como de las personas a ellas vinculadas. Su objetivo terapéutico es la mejora de su calidad de vida, con respeto a su sistema de creencias, preferencias y valores. Esta atención, especialmente humanizada y personalizada, se presta en el domicilio del paciente o en el centro sanitario, si fuera preciso, estableciendo los mecanismos necesarios para garantizar la continuidad asistencial y la coordinación con otros recursos y de acuerdo con los protocolos establecidos por el correspondiente servicio de salud. Incluye: 7.1 Identificación de los enfermos en situación terminal según los criterios diagnósticos y la historia natural de la enfermedad. 7.2 Valoración integral de las necesidades de pacientes y cuidadores/as y establecimiento de un plan de cuidados escrito que incluya medidas preventivas, recomendaciones higiénico-dietéticas, control de los síntomas y cuidados generales.7 .3 Valoración frecuente y control de síntomas físicos y psíquicos, indicando el tratamiento farmacológico y no farmacológico del dolor y de otros síntomas. Información y apoyo al paciente en las distintas fases del proceso. 7.4 Información, consejo sanitario, asesoramiento y apoyo a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal. 7.5 En las situaciones que lo precisen, y particularmente en los casos complejos, se facilita la atención por estructuras de apoyo sanitario y/o social o por servicios especializados, tanto en consultas como en el domicilio del paciente o mediante internamiento, en su caso."

El proceso final de la vida, objeto de la propuesta, se define como aquel en el que existe un pronóstico vital reducido en el tiempo (semanas o meses) e irreversible, ocasionado tanto por una enfermedad incurable como por un deterioro extremo que provoca trastornos graves en quienes lo padecen (la propuesta no abarca otras situaciones de dependencia, incapacidad o enfermedad, si no existe cercanía a la muerte, que deberán ser atendidas por otras vías). En estos términos, las acciones dirigidas al control del dolor y otros síntomas, así como a la atención a otros problemas que surgen en esta situación, tanto para el paciente, su familia o su entorno, constituyen lo que se conoce como "cuidados paliativos" cuya principal característica es que no van dirigidos a curar si no a "confortar".

3.2 Derechos de los pacientes

A continuación, se describe el contenido del Titulo I de la propuesta, que está redactado prácticamente en los mismos términos en las dos iniciativas, y se señalan algunas de las diferencias entre ambos textos.

El Título I recoge los "Derechos de las personas ante el proceso final de su vida", enumerados como derecho a la protección de la dignidad; derecho a la información asistencial; derecho a la toma de decisiones y al consentimiento informado; derecho a otorgar instrucciones previas; y derecho al rechazo y a la retirada de una intervención. Se prevén, además, particularidades para el caso de pacientes menores o que no tienen capacidad debido a su estado físico o cognitivo.

En definitiva, el eje alrededor del que gira este primer bloque del título I es la garantía del respeto a la voluntad del paciente. En este sentido, como se avanzó, la propuesta supone una proyección hacia las medidas paliativas de lo previsto en la LAP para los tratamientos médicos en general.

A partir de este marco de reconocimiento de derechos de los pacientes, en general, se detallan algunos aspectos, como la designación de la persona de referencia frente una situación de imposibilidad de toma de decisiones, se prevén expresamente algunas situaciones, como el deber de acatar el deseo del paciente, incluso si supone un peligro para su vida, o se establecen ciertas previsiones para la aplicación el llamado "privilegio terapéutico"[17]. En relación con este

[17] Según el art. 5.4 LPA, "el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave".

último punto, según una de las propuestas (Grupo Parlamentario Ciudadanos, en adelante GPC) no se podrá aplicar si el paciente se encuentra en situación terminal, salvo en relación con las medidas destinadas a aliviar el sufrimiento, mientras que según la otra (Grupo Parlamentario Popular, en adelante en adelante GPP), cuando a pesar del explícito ofrecimiento de información asistencial, los pacientes la rechacen, se respetará dicha decisión, haciéndoles ver la trascendencia de la misma, y se les solicitará que designen, por escrito, una persona que acepte recibir la información y tomar las decisiones en su representación.

En relación con personas que no puedan otorgar por sí mismas el consentimiento, en este bloque hay previsiones relativas a derechos prestacionales (ser atendidos por el mismo equipo médico o ser hospitalizados con otros menores) y también algunas precisiones en cuanto a la edad para consentir. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación (en este caso, incluso cuando la actuación pueda poner en riesgo su vida) y cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, dará el consentimiento el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, si tiene doce años cumplidos. Además, se señala que si correspondiendo prestar el consentimiento a los representantes legales, estos no lo hacen, será la autoridad judicial, previa prescripción facultativa, quien otorgará, en su caso, el consentimiento, primando siempre el bienestar de la persona menor de edad.

En un segundo bloque, se incluyen derechos referidos al contenido de los cuidados paliativos, como prestación sanitaria y como apoyo integral al paciente y su entorno: derecho a cuidados paliativos de calidad, incluyendo sedación paliativa (véase escenario nº 5), incluso cuando implica acortamiento de la vida, o atención en el domicilio y al acompañamiento, incluyendo acompañamiento de familiares, allegados o voluntarios de organizaciones sociales, y auxilio espiritual que deseen.

Un punto que tradicionalmente ha suscitado cierta controversia es el relativo al momento en que debe entenderse que la sedación paliativa está indicada. Este tratamiento se define como "la administración de fármacos indicados, en las dosis y combinaciones requeridas, para reducir la consciencia de la persona en situación terminal o de agonía, para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios, previo consentimiento informado explícito" y, según la proposición, el paciente tiene derecho a recibirla cuando "el dolor, o cualquier otro síntoma, que produzca molestias severas, son refractarios al tratamiento específico, aunque ello implique un acortamiento de su vida", es decir, cuando la sintomatología no responda al tratamiento adecuado y sólo se controla reduciendo la consciencia de los pacientes. Como para cualquier

tratamiento, el paciente debe consentir a la aplicación de la sedación paliativa y, si no pudiera debido a su situación clínica o capacidad, se deberá acudir a los mecanismos previstos.

3.3 Marco de actuación de los profesionales sanitarios y obligaciones de las administraciones y centros sanitarios y sociales

En el Título II y el Título III se prevén las garantías necesarias para lograr que los derechos descritos sean efectivos: primero, que la voluntad se configure de modo plenamente informado y, segundo, que se respete y se conozca el deber de adecuar los cuidados médicos al final de la vida (escenario nº 5). La delimitación de las obligaciones de los profesionales es importante a efectos de seguridad jurídica, para confirmar lo que hace tiempo ya se venía manteniendo en relación con la omisión de procedimientos y aplicación de determinados tratamientos (ROMEO CASABONA, 2012, p. 422 y ss).

Se considera una mala práctica la llamada "obstinación terapéutica y diagnóstica", que supone iniciar o mantener medidas de soporte vital o practicar otras intervenciones carentes de utilidad clínica, desproporcionadas o extraordinarias "que únicamente permiten prolongar su vida biológica, sin concederle posibilidades reales de mejora o recuperación, siendo, en consecuencia, susceptibles de limitación". Si la intervención estuviese indicada, esta deberá ser aceptada por el paciente.

Para los casos en que el paciente no pueda expresar su voluntad, se establece la obligación de consulta del Registro de Instrucciones Previas y la constatación de la consulta en la historia, así como de primar la voluntad allí reflejada, incluso en caso de contradicción con lo manifestado por su representante. Se indica que, cuando los pacientes se encuentren en situación de sedación en fase de agonía, se suspenderán todos aquellos tratamientos o medidas de soporte que no sean precisos para mantener el control de los síntomas con el fin de no alargar innecesariamente el sufrimiento o el proceso de agonía, y que el cumplimiento de la voluntad del paciente excluirá cualquier exigencia de responsabilidad por las correspondientes actuaciones de los profesionales.

Es interesante también la orientación que se ofrece para que los profesionales valoren la capacidad del paciente para decidir en cada momento, recogiendo los siguientes criterios: dificultad para comprender la información; dificultad para retener esa información; falta de lógica en el manejo de la información; fallo en la apreciación de las posibles consecuencias de las diferentes alternativas; imposibilidad para tomar una decisión o comunicarla -debe entenderse que esa imposibilidad se debe a dificultades cognitivas-.

En cuanto a las obligaciones de las Administraciones y los centros, aspecto decisivo para que los derechos se hagan efectivos, se señala lo siguiente.

En primer lugar, los centros tienen la obligación de facilitar el acompañamiento, el auxilio espiritual y la participación del voluntariado; de prestar apoyo a la familia y a las personas que deben cuidar a los enfermos (sin más concreción); de que exista coordinación entre profesionales; de procurar habitación individual al paciente; y de facilitar, cuando sea pertinente, el asesoramiento del Comité de Ética Asistencial.

Además, las instituciones responsables de la atención deberán arbitrar los medios, para que los derechos de los pacientes no se vean afectados por la negativa (proposición del GPC) o ausencia (proposición del GPP) de profesionales sanitarios.

En segundo lugar, se prevé, como disposición adicional y con carácter general, que el Estado y las Comunidades Autónomas adopten, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para garantizar la aplicación y efectividad de todas las medidas previstas, incluyendo la formación específica y continua a sus profesionales en su ámbito, y la dotación adecuada de medios hospitalarios, así como para la asistencia domiciliaria. En este sentido la proposición del GPP incluye más detalles sobre la formación y la capacitación de los profesionales sanitarios, en particular, prevé la creación de un área de capacitación específica. Además, incluye medidas relativas a permisos laborales para familiares de primer grado y sobre el reconocimiento de la situación de dependencia.

Por otro lado, se dispone que se llevará a cabo un informe anual, por parte del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y de las Comunidades Autónomas, para valorar la aplicación y efecto de todas las medidas a partir de unos indicadores que se desarrollarán reglamentariamente.

Finalmente, se ha de mencionar que el punto que marca la diferencia más importancia en las propuestas es el régimen de infracciones y sanciones: mientras la proposición del GPC remite al régimen sancionador previsto en la normativa autonómica pertinente y, en ausencia de esta, a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la proposición del GPP contiene un catálogo de infracciones y remite en cuanto a las sanciones, exclusivamente a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

4 LA PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA (2020)

Si bien en los últimos años se han presentado en el Congreso de los Diputados diversas iniciativas relacionadas con las fases finales de la vida (baste citar, las Proposiciones de Ley Orgánica sobre la Eutanasia del Grupo Parlamentario confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea de 2017[18], la Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en 2016[19] o la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en 2018[20]), o las citadas *supra* en el epígrafe 3, resulta altamente probable, dados los apoyos parlamentarios de los que goza la misma, que sea la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el año 2020[21] (en adelante, PLORE) actualmente en fase de tramitación parlamentaria, la que se convierta en la norma destinada a regular dicha materia en España. Por ello, y dado el cambio radical que dicha proposición de ley implica en el tratamiento jurídico de la eutanasia, procederemos a abordar los aspectos sustanciales de la norma que se pretende aprobar, subrayando oportunamente algunas de las cuestiones más controvertidas que dicho texto plantea.

Con carácter previo, conviene mencionar que resulta paradójico que una ley que tiene como objeto la regulación de la eutanasia no defina en su articulado qué se entiende por tal a los efectos de la norma. Es más, este término no aparece ni una sola vez en la parte dispositiva.

Ciertamente, podríamos saber lo que el legislador entiende por eutanasia a través de la exposición de motivos de la Ley, en la cual se dice lo siguiente: “La eutanasia significa etimológicamente «buena muerte» y se puede definir como el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento. En nuestras doctrina bioética y penalista existe hoy un amplio acuerdo en limitar el empleo «eutanasia» a aquella que se produce de manera activa y directa”. Además, define el contexto eutanásico como la “situación de enfermedad grave e incurable, o de una enfermedad grave, crónica e invalidante, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables”.

---

[18] Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, 30 de enero de 2017, Núm. 77-1.
[19] Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, 16 de diciembre de 2016, Núm. 66-1.
[20] Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, 21 de mayo de 2018, Núm. 270-1.
[21] Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley, 31 de enero de 2020, Núm. 46-1.

Pero esta definición de eutanasia parece únicamente corresponderse con la conducta consistente en "la administración directa al o la paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente" (art. 3.g).i) PLORE). Sin embargo, no parece tener encaje en la segunda de las conductas previstas en la ley, consistente en "la prescripción o suministro al o la paciente por parte del profesional sanitario competente de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar (…)" (art. 3.g).ii) PLORE).

De hecho, así parece entenderlo también el legislador, pues la propia exposición de motivos recoge que la ley distingue entre dos "conductas eutanásicas" diferentes: a) por un lado, la eutanasia activa (eutanasia en sentido estricto), entendida como "la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un o una paciente de manera deliberada y a petición de este o esta, cuando se produce dentro de un contexto eutanásico por causa de enfermedad grave e incurable o enfermedad grave, crónica e invalidante causantes de un sufrimiento intolerable", lo cual abarcaría supuestos de cooperación ejecutiva al suicidio y de homicidio a petición en contextos eutanásicos o por razones humanitarias; y b) los supuestos en los que es el propio o la propia paciente la persona que termina con su vida, para lo que precisa de la colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción, o, incluso, su suministro con el fin de que el o la paciente se lo administre. Estos supuestos no serían, pues, casos de eutanasia en sentido estricto (eutanasia activa), según la definición de la que parte el legislador español, sino supuestos de cooperación necesaria al suicidio por razones humanitarias en un contexto eutanásico realizados por un médico (suicidio médicamente asistido).

4.1 La regulación de la eutanasia al amparo de la Proposición de Ley Orgánica de 2020. Consideraciones generales

El tratamiento jurídico que se debe dispensar a la eutanasia constituye una cuestión que se encuentra presente de manera recurrente en el debate público en España, particularmente al hilo de determinados casos de referencia que han hecho aflorar una importante sensibilidad social hacia el tema (casos como el de Ramón Sampedro, Fernando Cuesta, Maribel Tellaetxe o el de Ángel Hernández que ayudó a morir a su mujer María José Carrasco quien sufría esclerosis múltiple desde hacía 30 años). Por otro lado, fenómenos como la prolongación de la esperanza de vida que incrementa significativamente el grado de deterioro físico y psíquico de las personas en los periodos finales de su vida en un porcentaje cada vez mayor de casos, o la

secularización de la conciencia social y de los valores en nuestras sociedades pluralistas, provocan la emergencia de amplios colectivos ciudadanos que reclaman la despenalización de la eutanasia (en su modalidad activa y directa, siempre bajo estrictas condiciones de ejercicio, dada la importancia del bien jurídico -vida- que se afecta). Finalmente, procede tomar en consideración la importancia que las realidades legislativas concurrentes en la esfera comparada (en estados como Holanda, Bélgica, Luxemburgo o Suiza) ostenta en el proceso legislativo actualmente en curso en España, pues los países anteriormente citados se han convertido en referentes en materia de despenalización de la eutanasia o, en su caso, del suicidio asistido (PAYÁN ELLACURIA , 2020).

La exposición de motivos de la PLORE plantea la legalización y regulación de la eutanasia en el marco de la compatibilidad de una serie de principios esenciales, basamento de los derechos de las personas como son, por un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral y, por otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad.

Como se ha dicho más arriba, la PLORE distingue dos modalidades de conducta objeto de regulación (y consecuentemente, de despenalización); por un lado, la eutanasia activa, entendida como la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de aquel, cuando se produce dentro de un contexto eutanásico por causa de enfermedad grave o incurable o enfermedad grave, crónica e invalidante causantes de un sufrimiento intolerable; por otro lado, se incluye el supuesto en el que es el propio paciente quien termina con su vida, para lo que precisa de la colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción, o incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre (suicidio médicamente asistido).

En definitiva, la PLORE procede a la configuración de un nuevo derecho individual constituido por la eutanasia. Dicha prestación de ayuda para morir pasa a incluirse en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y es objeto de financiación pública, pudiendo realizarse en centros sanitarios públicos, privados, o concertados. Por otro lado, la muerte producida al amparo de lo dispuesto en la norma ostenta la consideración de muerte natural a todos los efectos.

A nivel organizativo, la PLORE (capítulo V) con la finalidad de dotar de las máximas garantías al proceso de muerte en contextos eutanásicos objeto de regulación, procede a la

creación de las Comisiones de Control y Evaluación[22] (existiendo una por Comunidad o Ciudad Autónoma) que ostentarán la naturaleza de órganos administrativos y cuyas principales funciones son 1) resolver en el plazo máximo de veinte días naturales las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir; 2) verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos y requisitos previstos en la ley; 3) detectar posibles problemas en el cumplimiento de las obligaciones previstas en ley, proponiendo, en su caso, mejoras concretas para su incorporación a los manuales de buenas prácticas y protocolos; 4) resolver dudas o cuestiones que puedan surgir durante la aplicación de la ley, sirviendo de órgano consultivo en su ámbito territorial concreto; y 5) elaborar y hacer público un informe anual de evaluación acerca de la aplicación de la ley en su ámbito territorial concreto.

Por último, procede poner de manifiesto que la PLORE en atención a las implicaciones que, desde las perspectivas deontológica, de conciencia y personal puede ostentar para un profesional sanitario la aplicación de la prestación de ayuda para morir, regula de manera expresa el derecho a la objeción de conciencia (véase FLORES MENDOZA, 2001) en esta esfera (art. 16 PLORE). En dicho sentido, tras reconocer el derecho de ejercer la objeción de conciencia sanitaria por parte de los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir, se dispone que el rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia constituye una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización que deberá manifestarse anticipadamente y por escrito. Con el fin de garantizar la gestión de la prestación de ayuda para morir, se prevé que las administraciones sanitarias procedan a crear un Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la referida prestación.

4.2 Procedimiento para el ejercicio de la prestación de ayuda para morir al amparo de la PLORE

Como no podía ser de otra manera la PLORE parte de que la decisión de solicitar la prestación de ayuda para morir ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella

[22] La PLORE adolece de una falta de homogeneidad a la hora de calificar a dichos órganos pues en los arts. 8 y 10 se refiere a la "Comisión de Evaluación y Control" mientras que, en la Exposición de motivos, el art. 12, el Capítulo V (que se dedica a su regulación -arts. 17-19-) y en la Disposición transitoria única se refiere a las Comisiones "de Control y Evaluación". Sería deseable que durante la tramitación parlamentaria de la norma se proceda a subsanar dicha inconsistencia.

que está fundamentada en el conocimiento sobre los hechos más relevantes del proceso médico de la persona, después de haber sido informada adecuadamente por el médico responsable, debiendo quedar constancia de esa información en la historia clínica del paciente (art. 4 PLORE).

En este sentido, los requisitos exigibles para acceder a la prestación de ayuda para morir en el contexto de la ley (art. 5 PLORE) son: a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España, mayoría de edad[23] y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud. b) Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos. c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas. No obstante, si el médico responsable considera que la muerte de la persona solicitante o la pérdida de su capacidad para otorgar el consentimiento informado son inminentes, podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica del paciente. d) Sufrir una enfermedad grave e incurable o padecer una enfermedad grave, crónica e invalidante en los términos establecidos en la ley, certificada por el médico responsable[24]. e) Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir, debiendo incorporarse dicho consentimiento a la historia clínica del paciente.

No obstante, se excepciona el supuesto en el que el médico responsable certifique que el paciente está incurso en situación de incapacidad de hecho permanente y se encuentre afecto de algunas de las modalidades de enfermedad referidas *supra* (enfermedad grave e incurable o enfermedad grave, crónica e invalidante), siempre que haya suscrito con anterioridad un

[23] Al amparo de la regulación de la PLORE quedan fuera de la posibilidad de ejercicio del derecho los menores de edad. Ciertamente, y de devenir la PLORE definitivamente norma, es probable que se plantee en un futuro no muy lejano la cuestión de la práctica de la eutanasia activa y el suicidio asistido en menores tal como demuestran los casos holandés o belga. En relación con la regulación holandesa, véase LABACA ZABALA *ET AL*, 2020). Acerca de la evolución de la materia en la jurisprudencia constitucional colombiana, con particular toma en consideración de los supuestos que afectan a menores, véase TOMÁS-VALIENTE LANUZA, 2019.

[24] El significado de los contextos de enfermedad que permiten la aplicación de lo dispuesto en la PLORE se encuentra fijado en el art. 3 letras b) y c) de la propia norma, donde se dispone respectivamente que la «enfermedad grave, crónica e invalidante» es la situación que resulta de una persona afectada por limitaciones que inciden directamente sobre su autonomía física, así como sobre su capacidad de expresión y relación, y que llevan asociadas un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable; por otro lado, se entiende por «enfermedad grave e incurable» toda alteración del estado de la salud provocada por un accidente o enfermedad, originados independientemente de la voluntad del o la paciente, que lleva asociada sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable y en la que existe un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.

documento de instrucciones previas o equivalente, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento (art. 5.2 PLORE).

Una vez presentada la solicitud, que es revocable en cualquier momento, caben dos posibilidades (LOMAS HERNÁNDEZ, 2020). La denegación derivada de que el solicitante no cumple los requisitos para acceder a la prestación, se realiza por el médico responsable debiendo emitirse por escrito y de forma motivada. Contra dicha denegación cabe reclamación ante la Comisión de Control y Evaluación competente[25] (plazo de cinco días hábiles) debiendo el médico responsable que proceda a emitir la denegación informar de dicha posibilidad. En todo caso, en supuesto de denegación el médico responsable debe remitir en el plazo de quince días después de recibida la solicitud, la documentación especificada en el art. 12 PLORE a la Comisión de Control y Evaluación competente.

En caso de cumplimiento por parte del paciente de los requisitos legalmente fijados, el médico responsable procederá a realizar con el paciente un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos. Transcurridas 24 horas desde la finalización del proceso deliberativo el médico responsable recabará del paciente su decisión sobre continuar o decaer la solicitud de prestación de ayuda para morir. Si el paciente manifestase su deseo de continuar con el procedimiento, el médico responsable deberá comunicar esta circunstancia al equipo asistencial, si lo hubiere, especialmente a los profesionales de enfermería, así como, de solicitarlo el paciente, a los familiares o allegados que señale. Igualmente, deberá recabar del paciente la firma del documento del consentimiento informado.

Posteriormente, el médico responsable debe contrastar la opinión de un médico consultor quien debe corroborar el cumplimiento de los requisitos legales, disponiendo el referido médico consultor de un plazo máximo de diez días naturales para la emisión del oportuno informe que se incorporará a la historia clínica del paciente.

Finalmente, y una vez completadas las fases procedimentales anteriores, se inicia un control previo por parte de la Comisión de Control y Evaluación tras la comunicación que debe llevar a cabo el médico responsable[26]. A dichos efectos el presidente de la Comisión de Control

---

[25] En caso de reclamación del paciente ante la denegación de la prestación por parte del médico responsable, la Comisión de Control y Evaluación debe resolver en un plazo máximo de veinte días naturales. Si la resolución de este órgano resulta denegatoria, bien de manera expresa o por silencio administrativo (transcurso de veinte días naturales sin haberse dictado resolución) la misma es susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

[26] La PLORE prevé que se pueda llevar a cabo la prestación de ayudar para morir sin necesidad de dicho control previo en los casos excepcionales de muerte o pérdida de capacidad inminentes apreciados por el médico responsable.

y Evaluación en el plazo de dos días desde la recepción de la comunicación emitida por parte del médico responsable debe designar a dos miembros de la referida Comisión para que comprueben el cumplimiento de los requisitos legales. Dichos miembros designados deben elaborar una propuesta de aprobación o denegación de la solicitud a la Comisión en el plazo máximo de siete días naturales, sin que la referida propuesta sea vinculante para la Comisión. La resolución definitiva de la Comisión, que en caso de ser desfavorable es susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, debe ponerse en el plazo más breve posible en conocimiento del médico responsable.

La propia ejecución de la prestación de ayuda para morir es objeto de regulación en la PLORE (art. 11) estableciéndose que, en el caso de que el paciente se encontrase consciente, deberá comunicar al médico responsable la modalidad en la que quiere recibir la referida prestación (eutanasia activa o suicidio médicamente asistido), circunstancia en función de la cual se fijan obligaciones para los profesionales sanitarios implicados en el proceso. Una vez realizada la citada prestación y en el plazo máximo de cinco días hábiles después de la misma, el médico responsable debe remitir a la Comisión de Control y Evaluación competente la documentación prevista en el art. 12 PLORE con la finalidad de que aquella compruebe efectivamente que la prestación de ayuda para morir se realizó de acuerdo con los requerimientos legales, para lo que la referida Comisión dispone de un plazo de dos meses.

4.3 Algunas reflexiones provisionales en torno a la PLORE

La eutanasia constituye una de las cuestiones que polarizan en mayor medida el debate actual, por lo que, como no podía ser de otra manera, la tramitación de la PLORE que, dadas las mayorías parlamentarias existentes en España en estos momentos, es altamente probable que cristalice en norma, ha generado una gran controversia política y ha dado lugar a tomas de postura contrapuestas por un gran número de actores sociales, institucionales y académicos. En este sentido, particularmente crítico con una posible regulación de la eutanasia del tenor materializado en la PLORE se ha mostrado el *Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación,* que en sus conclusiones dispone que “A lo largo de este informe hemos visto que existen sólidas razones para rechazar la transformación de la eutanasia y/o auxilio al suicidio en un derecho subjetivo y en una prestación pública. Y ello no solo por razones del contexto social y sanitario, sino, más allá, por razones de fundamentación ética de la vida, dignidad y autonomía.(…) Legalizar la

eutanasia y/o auxilio al suicidio supone iniciar un camino de desvalor de la protección de la vida humana cuyas fronteras son harto difíciles de prever (…)"(COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, 2020)[27].

Dado que un análisis de las diversas posiciones formuladas desde la bioética en materia de eutanasia excede las pretensiones del presente trabajo, nos limitaremos a destacar algunas de las cuestiones que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, plantea la PLORE.

En primer lugar, cabe destacar que la PLORE configura la eutanasia como un derecho individual y no como plasmación del *agere licere* (véase ARRUEGO RODRÍGUEZ, 2019a). Dicho derecho, de acuerdo con la propia exposición de motivos PLORE, conecta con el derecho fundamental a la vida, pero se debe conhonestar con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos como son la integridad física y moral de la persona, la dignidad humana, el valor superior de la libertad, la libertad ideológica y de conciencia o el derecho a la intimidad.

En relación con la articulación de la PLORE procede poner de manifiesto el importante nivel de garantías que, dada la entidad de los derechos fundamentales que está llamada a afectar, prevé la PLORE al efecto de autorizar la prestación de ayuda para morir.

Por otro lado, la proposición de regulación de la eutanasia en España por medio de la PLORE coloca en primer plano la cuestión de los cuidados paliativos, que se ha analizado en el epígrafe anterior [28]SECPAL).

Una cuestión que plantea la PLORE y que merece comentario es la relativa a la modificación del Código Penal a la que da lugar, pues en virtud de su disposición final primera el apartado 4º art. 143 pasa a ostentar la siguiente redacción "4. No será punible la conducta del médico o médica que con actos necesarios y directos causare o cooperare a la muerte de una persona, cuando esta sufra una enfermedad grave e incurable o enfermedad grave, crónica e invalidante, en los términos establecidos en la normativa sanitaria."

---

[27] En sentido extremadamente crítico con la PLORE se muestran igualmente los firmantes de la Declaración Pública de Profesores de Derecho y Académicos de Legislación y Jurisprudencia, entre los que se encuentran numerosos juristas de reconocido prestigio en la esfera académica española, donde se realiza "un llamamiento público para que se retire esta iniciativa legislativa, por entender que, envuelta en equívocas palabras y pulsiones emotivas circunstanciales, constituye una grave amenaza a la seguridad de los más mayores y enfermos de nuestra sociedad, y es contraria a la dignidad de la persona humana y a los derechos más fundamentales que le son inherentes, garantizados por la Constitución y el Derecho internacional de los derechos humanos como base irrenunciable de nuestra civilización". Disponible en internet: https://declaracionvseutanasia.files.wordpress.com/2020/10/declaraciocc81n-pucc81blica-de-profesores-de-derecho-y-acadecc81micos-de-legislaciocc81n-y-jurisprudencia-f-2.pdf (última consulta el 1 de noviembre de 2020).

[28] PAYÁN ELLACURIA, 2020, considera que existe una laguna en relación con los mismos en la PLORE que se podría subsanar en la propia norma o a través de otra consecutiva, partiendo del ofrecimiento previo de los cuidados paliativos como alternativa a la eutanasia garantizando su prestación plena y efectiva.

Procede poner oportunamente de manifiesto que, de aprobarse la norma bajo dicho tenor literal, los supuestos de suicidio asistido y eutanasia activa practicados por persona distinta al médico habilitado legalmente para ello (de acuerdo con la PLORE) que actualmente reciben un tratamiento atenuado en virtud del art. 143.4 CP (que, al ser un delito común, no implica sujeto activo diferenciado), pasarían a tener una sanción penal mucho más severa con base en los arts. 143.2 y 143.3 CP respectivamente (DE LA MATA BARRANCO, 2020). A este respecto, podría considerarse la conveniencia de mantener un tipo atenuado para los supuestos de cooperación al suicidio punibles en contextos eutanásicos sin cumplir estrictamente todos los requisitos legales (por ejemplo, la no condición de médico –o profesional sanitario- del autor), tal y como existe en la actualidad, pues en estos casos concurriría una circunstancia de menor exigibilidad que podría justificar una atenuación penológica frente a las intervenciones en suicidios no realizados por motivos humanitarios[29].

En todo caso, la despenalización debería extenderse no solo a los médicos, tal como prevé actualmente el precepto, sino a la totalidad de los profesionales sanitarios implicados en la prestación de ayuda para morir.

5 CONCLUSIONES

En España se están tramitando actualmente algunas iniciativas legislativas relativas a la toma de decisiones de las personas al final de su vida que, de ser aprobadas, modificarían la regulación de los distintos escenarios que se pueden plantear en este contexto, descritos en el epígrafe 2. En particular, se eliminaría la responsabilidad penal por participación en la muerte de otra persona cuando se siguiera el procedimiento previsto en la legislación, a la vez que, fuera de este procedimiento -que involucra exclusivamente a "médicos"-, desaparecería el tipo atenuado de participación en la muerte de otra persona previsto para el caso de grave enfermedad que vaya a conducir a la muerte o que produzca graves sufrimientos (escenario nº 9). Además, afectaría también al escenario nº 10, puesto que la prestación de ayuda a morir se

[29] PAYÁN ELLACURÍA, 2020, ante la posibilidad de que el ejercicio de la objeción de conciencia por parte de un número importante de facultativos pueda comprometer que se garantice en tiempo y forma la prestación establecida por la PLORE, sugiere el mantenimiento del tipo privilegiado "con carácter extraordinario para aquellas personas que, requeridas por un enfermo terminal, y contando siempre con su consentimiento informado, ante la imposibilidad manifiesta de que un médico o médica responsable lleve a término la ayuda para morir en un plazo acotado y acorde al estadio de su patología, puedan prestar esta asistencia en los términos sanitarios que se articulen al efecto".

haría efectiva también en supuestos de incapacidad de hecho cuando el paciente hubiera suscrito un documento de instrucciones previas o equivalente.

Por otra parte, se reforzaría la seguridad jurídica para los profesionales cuando adecuaran los cuidados médicos a una situación cercana a la muerte (escenario nº 4) o aplicaran sedación paliativa (escenario nº 5), sobre todo en las Comunidades Autónomas sin regulación sobre la materia.

Una de las discusiones más intensas en relación con estas iniciativas, más allá de la que se refiere a la oportunidad de despenalización de la participación en la muerte de otra persona en ciertas circunstancias, es la relativa al reconocimiento de la eutanasia como derecho subjetivo y como prestación del sistema público de salud.

Además, como planteamiento previo, se discute si es posible hablar de una decisión de morir frente a una decisión de vivir, tomada libremente, cuando la vida se plantea en unas condiciones precarias. Por eso, se reclama la garantía previa de disponibilidad de cuidados a través de medios hospitalarios, profesionales y de apoyo en general. En este sentido, la ley de derechos al final de la vida extendería estos derechos a todo el territorio español, evitando diferencias entre Comunidades Autónomas, y reforzaría la seguridad jurídica, aunque, sin la correspondiente inversión, sería una iniciativa absolutamente estéril.

REFERENCIAS

ANDRIESSEN, Karl/KRYSINSKA, Karolina. "Essential Questions on Suicide Bereavement and Postvention". **International Journal of Environmental Research and Public Health**, nº 9, 2012.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo (a). "Los confines del derecho fundamental a la vida". **Revista española de Derecho Constitucional**, nº 115, 2019.

ARRUEGO RODRÍGUEZ, Gonzalo (b). **Derecho fundamental a la vida y muerte asistida**. Comares, Granada, 2019.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Homicidio y sus formas (y III): suicidio y eutanasia", en T.S. Vives Antón/E. Orts Berenguer/J.C. Carbonell Mateu/J.L. González Cussac/C. Martínez-Buján Pérez. **Derecho Penal. Parte Especial**. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

CEREL, Julie; JORDAN, John R.; DUBERSTEIN, Paul R. "The impact of Suicide on the Family". **Crisis**, nº 29/1, 2008.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. **Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación**. 6 de octubre de 2020. Disponible en internet: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20

y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf (último acceso el 2 de noviembre de 2020).

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Inducción y cooperación al suicidio. Especial consideración de la eutanasia", en M. Corcoy Bidasolo (dir.), **Derecho penal. Parte Especial**. Tomo 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CURRAN, William J. "Public Health and the Law. Suicide: Civil Right or Punishable Crime?". **American Journal of Public Health**, nº 60/1, 1970.

DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz. **Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva**. Colex, Madrid, 1995.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto. "El derecho penal de la libertad: ¿qué hacemos con la eutanasia?", **Almacén de Derecho**, 26 de febrero de 2020. Disponible en internet: https://almacendederecho.org/el-derecho-penal-frente-a-la-idea-de-libertad-que-hacemos-con-la-eutanasia (última consulta el 1 de noviembre de 2020).

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. "El homicidio y sus formas en el Código Penal de 1995", en J. Cerezo Mir/R.F. Suárez Montes/A. Beristáin Ipiña/C.M. Romeo Casabona (eds.), **El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López**. Comares, Granada, 1999.

FLORES MENDOZA, Fátima. **La objeción de conciencia en Derecho Penal**. Comares, Granada, 2001.

GALÁN GONZÁLEZ-SERNA José María; POSTIGO MOTA, Salvador. **Equidad versus inequidad en las distintas leyes autonómicas de muerte digna en España**, Revista Iberoamericana de Bioética, n. 12, p. 1-13, 2020. Disponible en: https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/11797. (última consulta el 30 de octubre de 2020).

LABACA ZABALA, M.L.; GAMBOA URIBARREN, B.; ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA, J. "La eutanasia en Holanda", **Revista Âmbito Jurídico**, 128. Disponible en: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-128/la-eutanasia-en-holanda/ (última consulta el 1 de noviembre de 2020).

LIBANO BERISTAIN, Arantza. "Códigos dentológicos", en C.M. Romeo Casabona (dir.), **Enciclopedia de Bioderecho y bioética**. Tomo I. Comares, Granada, 2011.

LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente. "Eutanasia: Proposición de Ley Orgánica del grupo parlamentario socialista. El procedimiento a seguir para obtener la prestación de ayuda para morir", **Elderecho.com**. 18 de febrero de 2020. Disponible en internet: https://elderecho.com/eutanasia-proposicion-ley-organica-del-grupo-parlamentario-socialista-procedimiento-seguir-obtener-la-prestacion-ayuda-morir (última consulta el 1 de noviembre de 2020).

MALTONI, M.; PITTURERI, C.; SCARPI, E.; PICCININI, L./MARTINI, F.; TURCI, P.; MONTANARI, L.; NANNI O.; AMADORI, D. "Palliative sedation therapy does not hasten death: results from a prospective multicenter study", **Annals of Oncology,** nº 20, 2009.

MALTONI, Marco; SCARPI, Emanuela; ROSATI, Marta; DERNI, Stefania; FABBRI, Laura/MARTINI, Francesca/AMADORI, Dino/ NANNI Oriana. "Palliative sedation in end-of-life care and survival: a systematic review", **Journal of Clinical Oncology**, Vol. 30, nº 12, 2012.

MENDES DE CARVALHO, Gisele. **Suicidio, eutanasia y derecho penal**. Comares, Granada, 2009.

MISHARA, Brian L.; WEISSTUB, David N. "The legal status of suicide: A global review", **International Journal of Law and Psychiatry**, nº 44, 2016.

MOYA GUILLEM, Clara. "La difusa frontera entre la vida y la muerte. reflexiones sobre el objeto material de los delitos contra la vida humana independiente", **Revista Penal**, nº 46, 2020.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Preventing suicide A global imperative**, 2014.

PAYÁN ELLACURIA, Ekain. "Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de lege ferenda", **e-Eguzkilore. Revista electrónica de Ciencias Criminológicas**, nº. 5, 2020. Disponible en internet: https://ojs.ehu.eus/index.php/eguzkilore/article/view/21828 (última consulta el 1 de noviembre de 2020).

ROMEO CASABONA, Carlos María. "El homicidio y sus formas", en C.M. ROMEO CASABONA/E. SOLA RECHE/M.A. BOLDOVA PASAMAR (Coords.), **Derecho Penal. Parte Especial**. Comares, Granada, 2016.

ROMEO CASABONA, Carlos María. **Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética**. Comares, Granada, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos María. Aspectos jurídicos del tratamiento del paciente al final de la vida: cuidados paliativos y limitación del esfuerzo terapéutico. **Medicina paliativa y el tratamiento del dolor en la atención primaria**. Sociedad vasca de cuidados paliativos, San Sebastián, 2012. Disponible en: https://cuidadospaliativos.org/uploads/2012/6/MEDICINA%20PALIATIVA.pdf. (última consulta el 30 de octubre de 2020).

SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme. "La autoría y la participación", en C.M. Romeo Casabona/E. Sola Reche/M.A. Boldova Pasamar (coords.), **Derecho penal. Parte general. Introducción. Teoría jurídica del delito**. 2ª edición, Comares, Granada, 2016.

SECPAL, **Guía de Cuidados Paliativos**. Disponible en: http://www.secpal.com//Documentos/Paginas/guiacp.pdf (última consulta el 30 de octubre de 2020).

SUELVES, Josep M.; ROBERT, Anna. "La conducta suicida: una mirada desde la salud pública", **Revista Española de Medicina Legal**, nº 38/4, 2012.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. "Eutanasia", en C.M. Romeo Casabona (dir.), **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Tomo I, Comares, Granada, 2011.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. "La evolución del derecho al suicidio asistido y la eutanasia en la jurisprudencia constitucional colombiana: otra muestra de una discutible utilización de la dignidad", **Revista española de Derecho Constitucional**, nº 116, 2019.

VIDAL SERRANO, Sofía; LÓPEZ ALONSO Sergio; FERNÁNDEZ OJEDA, María del Rocío. Incierta realidad de los cuidados paliativos en España (editorial), **Medicina Paliativa**, n. 27(1), 2020. Disponible en: https://www.medicinapaliativa.es/incierta-realidad-de-los-cuidados-paliativos-en-espana476. (última consulta el 30 de octubre de 2020).

Submissão em 12/11/2020 / Aceito em 24/11/2020

IMPLICACIONES ÉTICO-JURÍDICAS DE LA EDICIÓN DE GENES

ETHICAL AND LEGAL IMPLICATIONS OF GENE EDITING

Aliuska Duardo Sánchez[1]
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
Ekain Payán Ellacuria[2]
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

Resumen:
El presente trabajo tiene por objeto abordar, desde las áreas de la Ética y el Derecho, el alcance de una de las biotecnologías que más impacto está generando en la literatura ante su potencial aplicación clínica. Ello obedece a las infinitas posibilidades que promete la edición de genes, y, más concretamente, su afamada herramienta *CRISPR/Cas9*, entre las que destaca la reparación de enfermedades graves en células germinales humanas, pudiendo evitar su eventual transmisión a los descendientes. No obstante, podría, como titula acertadamente una de las múltiples obras coordinadas y co-redactadas por nuestro maestro, el Profesor Romeo Casabona, ir "más allá de la salud", dando lugar a reminiscencias eugenésicas, y que vendrían representadas por medio de la mejora humana. Consecuentemente, se analizará, por un lado, la aceptabilidad desde el punto de vista ético de la terapia génica frente a la mejora, en ponderación con los principios bioéticos de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia; y, por otro, la afectación que para los derechos fundamentales pudiera suponer su uso indiscriminado, muy especialmente, en cuanto a la dignidad humana, igualdad e identidad, así como al patrimonio genético inalterado y las responsabilidades para con las generaciones futuras, y de los que el Profesor Romeo ha sido pionero en alertar.
Palabras clave:
CRISPR/Cas9. Edición genética germinal. Mejora humana. Terapia génica.

Abstract:
The aim of this paper is to address, from the areas of Ethics and Law, the scope of one of the biotechnologies that is generating most impact in the doctrine due to its potential clinical application. This is due to the infinite possibilities promised by gene editing, and more specifically, its famous tool: CRISPR/Cas9. Among its possible applications are the repair of serious diseases in human germinal cells, preventing their eventual transmission to descendants. However, it could, as one of the many works coordinated and co-written by our mentor, Professor Romeo Casabona, rightly calls it, go "beyond health", giving rise to eugenic reminiscences, which would be represented by human enhancement. Consequently, we will analyse, on the one hand, the ethical acceptability of gene therapy in the face of improvement, in consideration of the bioethical principles of autonomy, beneficence, non-maleficence and justice. On the other, will think in the effect that gene editing indiscriminate use could have on fundamental rights, especially in terms of human dignity, equality and identity, as well as on the unaltered genetic heritage and the responsibilities towards future generations, which Professor Romeo has been a pioneer in envisaging.
Key Words:
CRISPR/Cas9. Germinal gene editing. Human enhancement. Gene therapy.

---

[1] Investigadora Postdoctoral Juan de la Cierva. Dra. en Informática Aplicada al Derecho Universidade Da Coruña. Departamento de Derecho Público, Universidad del País Vasco UPV/EHU. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-1504-9053.
[2] Investigador Predoctoral FPI. Departamento de Derecho Público, Universidad del País Vasco UPV/EHU. Al autor le gustaría aprovechar esta oportunidad para agradecer el apoyo a la Convocatoria de Contratación para la Formación de Personal Investigador en la UPV/EHU (2016), promovida por el Vicerrectorado de Investigación de la UPV/EHU, en la realización de este trabajo. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4681-8444.

1 INTRODUCCIÓN

Los incesantes avances en los campos de la biomedicina (Gracia Guillén, 2011, pp. 209-227) y, en particular, la biotecnología humana vienen centrando, muy por encima de las aplicaciones en animales, hongos y plantas, la práctica totalidad del interés científico. Entre ellos brillan con luz propia técnicas como la biología sintética o la edición de genes, que se examinará detalladamente en lo sucesivo, y que a partir de la adhesión de la nucleasa *Cas9* por los equipos de investigación liderados por las recientemente proclamadas Premios Nobel de Química 2020, Doudna y Charpentier (Jinek *et. al*., 2012), no ha hecho sino aumentar exponencialmente la producción de publicaciones y búsquedas relacionadas con la misma (Duardo Sánchez, 2017, p. 1.). La cuestión no es baladí: y es que estas tijeras moleculares abren la puerta a realizar, sirviéndose de una ARN guía, incisiones específicas en regiones de ADN de forma más económica, eficiente y precisa que otros editores genéticos como TALEN y ZFN (Montoliu, 2019: 135), añadiendo, eliminando, modificando, reordenando o sustituyendo información genética que será posteriormente reparada –aunque de forma aleatoria y todavía desconocida– por el propio entramado celular del organismo vivo.

No obstante, sus bases fueron sentadas previamente en los Países Bajos, Japón y, sobre todo, en España, donde el microbiólogo Mojica descubrió hace más de dos décadas (Lander, 2016) la repetición de unas secuencias en el ADN de algunas bacterias y arqueas, que actuaban como una suerte de sistema de defensa inmunológico frente a ataques víricos al permitir identificarlos e incorporarlos a su propia dotación genética, y que bautizó como Repeticiones Palindrómicas Cortas Agrupadas y Regularmente Interespaciadas (más conocidas bajo el acrónimo *CRISPR*).

Desde entonces, y una vez constatada en 2013 la posibilidad real de intervenir en el genoma humano, no han dejado de sucederse los experimentos orientados a su aplicación clínica. Estos pueden acometerse en línea somática, es decir, en las propias células del individuo, por lo que sus consecuencias se extinguirían con su fallecimiento –si bien no se puede descartar que puedan alcanzar a las células germinales (Romeo Casabona, 2002a: 107), como ocurre con la radio y quimioterapia, tal y como reconoce expresamente el art. 92 del Informe Explicativo del Convenio de Oviedo, IECDHB–. Sin embargo, es la terapia génica germinal la que más interés suscita, pues, a diferencia de la anterior, se produce en las células reproductivas, razón por la que aspira a evitar la herencia intergeneracional de enfermedades incompatibles con la vida humana, habiéndose producido ya en embriones humanos para erradicar el VIH (Kang *et. al*., 2016).

Es precisamente –y junto a EE. UU.– China uno de los países más activos en estas lides, quien sorprendió al mundo al anunciar en la Segunda Cumbre International sobre Edición de Genes el nacimiento de los dos primeros seres humanos editados genéticamente (Regalado, 2018) al objeto de *prevenir* –que no *curar*– la adquisición de este retrovirus, del que uno de sus progenitores era portador, aumentando su resistencia a través de la inactivación del gen CCR5. Ello le valió al Dr. He Jiankui una unánime reprobación internacional que concluyó con la determinación de su responsabilidad penal, pues, además de incumplir los estándares académicos, obvió la falta de seguridad científica de la que adolece *CRISPR-Cas9* y que la sigue haciendo, hoy por hoy, inviable: efectos secundarios, mosaicisimo y mutaciones espontáneas o fuera del objetivo, entre otros, que, en este caso, podrán padecer no solo las gemelas, condenándolas a una vida de control médico y seguimiento permanente, sino su futura progenie. A su vez, no puede confirmarse que los progenitores dispusieran de una composición plena acerca del alcance del acto consentido (Romeo Casabona, 2002b, 84). En virtud de lo anterior, varios autores se han apresurado en solicitar una moratoria para su uso germinal (Lander *et. al*., 2019), reproduciendo así la posición que ya manifestaron algunos miembros del Grupo Europeo de Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías –del que es miembro el Profesor Romeo– en su Declaración sobre edición genética (European Group on Ethics in Science and New Technologies, 2016, p. 2).

Pese a que los riesgos científicos constituyen el principal obstáculo para la validación de la edición genética, el suceso acontecido ha puesto de manifiesto la conveniencia de analizar, por un lado, los dilemas éticos y, por otro, los derechos susceptibles de protección (Romeo Casabona, 2002a, p. 17 y ss.) ante lo que supone, con toda probabilidad, uno de los más firmes desafíos a los que se enfrenta la humanidad.

2 DICOTOMÍA TERAPIA/MEJORA

Antes de realizar esta inmersión, es preciso identificar los fines de la edición de genes y, aunque con mayor dificultad, tratar de establecer sus límites, pues en función de ellos pivotará tanto su admisibilidad desde el punto de vista de la ética como la interpretación que, en su caso, quepa hacer acerca de la legislación en vigor.

Como primera premisa, debe partirse de la vinculación entre terapia y tratamiento, encaminándose a la curación de determinadas enfermedades o lesiones (Morán González, 2012, p. 2). Por el contrario, la mejora humana tendería a superar el estado *normal* (Canguilhem, 1986, p. 92) y no patológico de salud. Siguiendo al Profesor Romeo:

> Por mejora (enhancement) pueden entenderse las técnicas o procedimientos de mejora, perfeccionamiento o fortalecimiento, de forma permanente o temporal, de algunas características, capacidades o habilidades corporales, psico-mentales o intelectuales del ser humano nacido o por nacer, o de control de ciertos procesos biológicos, por lo general limitantes. (Romeo Casabona, 2013, p. 162)

A pesar de que, desde un planteamiento teórico, y teniendo el carácter curativo como límite, las diferencias entre ambas categorías no parezcan entrañar mayor dificultad, lo cierto es que, en la práctica, dista mucho de ser así. Por un lado, la existencia de otras clasificaciones, como la prevención y el diseño genético, amplían el espectro donde pueda situarse un caso concreto. Sirva como ejemplo el ya citado de las niñas editadas genéticamente, que puede ser considerado tanto preventivo como meliorativo –si bien es cierto que predomina esta última opinión, que sostiene, entre otros, el Comité de Bioética de España (Comité de Bioética de España, 2019, p. 2)[3]. Más aún, pueden cohabitar zonas grises, integradas por características pertenecientes a cada una de ellas, como la "mejora terapéutica" (Navarro Navas y Camacho Clavijo, 2018, p. 9). Por cuanto antecede, no puede concluirse que se trate de compartimentos estancos, sino que pueden estar correlacionados. Por otro, la consideración de enfermedad tiene un componente ciertamente subjetivo, pues esta puede variar en función de valoraciones familiares, históricas o socioculturales. Es el paradigmático caso de Sharon Duchesneau y Candace McCullough, quienes padecían sordera y decidieron deliberadamente –no sin polémica y dudosa fundamentación, por cuanto podría haber sido constitutivo de un delito de lesiones al feto– que su descendencia heredara esta condición por considerarla no solo expresiva de su grupo social, sino favorecedora en pos de su educación e integración en el mismo (Rodrigues, 2016, pp. 130-133).

Lo mismo cabe argüir en cuanto a la consideración de su mayor o menor gravedad. De ahí que, siguiendo la propuesta de elaborar un listado de enfermedades que puedan ser objeto de terapia génica en línea germinal (Romeo Casabona, 1994a, 193), las Academias Nacionales de Ciencias, Ingeniería y Medicina se hayan decidido a publicar en su último informe unas vías de actuación responsable que, además de criterios tasados, y por cuanto aquí interesa, recogen dos categorías de enfermedades en los que se podrían amparar los usos iniciales de la edición genética germinal –al menos, hasta que las investigaciones en curso y que se desarrollen ulteriormente permitan obtener un mayor nivel de seguridad–. El primero estaría compuesto por aquellas enfermedades monogénicas graves en las que todos los niños

[3] Comité, por cierto, del que el Profesor Romeo fue miembro hasta 2018, cuando agotó su período de pertenencia.

heredarían el genotipo deletéreo. Aunque enumera la anemia falciforme, beta-talasemia, *Huntington* y fibrosis quística, estas condiciones dominantes son coincidentes con otra que presenta una esperanza de vida limitada y un elevado sufrimiento, como Tay-Sachs, y que podría, por la idéntica severidad de estos padecimientos, considerarse susceptible de inclusión. El segundo se refiere a enfermedades monogénicas graves en las que algunos –pero no todos– los hijos de una pareja lo padecerían, lo cual admitiría excepcionalmente bajo dos condiciones: que la expectativa de éxito de tener descendencia sana y biológicamente relacionada sea del 25% o inferior, y que se los progenitores se hayan sometido necesariamente, antes de acudir a la edición de genes, a Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP)[4] (National Academy of Medicine, National Academy of Sciences, and The Royal Society, 2020: 109-110). Todos los demás supuestos quedarían, a juicio de las Academias, excluidos por diferentes motivos, entre los que sobresalen la existencia de alternativas más seguras y el desconocimiento acerca de las interacciones que la edición de genes pudiera provocar. Este listado aporta *cierta* certidumbre y seguridad jurídica, si bien para dotarlo de legitimación y alcance internacional, ha de ser consensuado y sometido a constante revisión, así como, en su caso, actualización[5].

3 PERSPECTIVAS BIOÉTICAS

Aunque una parte de la ética se opone a la edición genética germinal por significar el tratamiento de un paciente todavía inexistente y, por ende, que no reviste carácter urgente (Baylis, 2019, p. 80), *prima facie*, no parece reprochable moralmente la curación o prevención de enfermedades graves detectadas, cuando estas pueden derivar en un prematuro y traumático fallecimiento. Esta es la línea que han secundado los Comités Consultivo Nacional de Ética en Ciencias de la Vida y Salud francés, el Consejo de Bioética de *Nuffield* británico y el Consejo de Ética Alemán en su reciente informe conjunto, al considerar concebibles "(…) casos en los que la aplicación clínica de la edición del genoma hereditaria podría ser moralmente permisible. Por tanto, no consideramos que la línea germinal humana sea categóricamente inviolable" (Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, Nuffield Council on Bioethics and Deutscher Ethikrat, 2020, p. 3). Ahora bien, esta afirmación –no categórica, sino que apunta a admitirse casuística y excepcionalmente–

[4] Técnica de reproducción asistida por la que es posible la selección *in vitro* de embriones sanos, procediendo a su implantación en el útero, y desechando los patológicos o destinándolos a fines de investigación.
[5] Para ello, podría ser procedente el establecimiento de un mecanismo análogo al del art. 28 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (CDHB), contemplándose un proceso periódico de consultas.

debe ser coherente con los principios bioéticos de autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia (Romeo Casabona, 2017, 6). Más concretamente, deben ponderarse los riesgos y beneficios, pudiendo aplicarse solo en caso de que los segundos sean superiores a los primeros. Asimismo, debe acreditarse la ausencia de alternativas razonables, como podría constituir, por ejemplo, el DGP para enfermedades graves no recesivas, si bien, por un lado, la consideración del embrión humano como ser merecedor de dignidad (Bellver Capella, 2016, 235) –aun cuando las Sentencias del Tribunal Constitucional español 53/1985, de 11 de abril; 212/1996, de 19 de diciembre; y 116/1999, de 17 de junio, no le reconozcan como titular de derechos fundamentales, no obstando ello a su perspectiva gradualista y potencialista (Romeo Casabona, 2004a, p. 115)–; y, por otro, las convicciones religiosas de los progenitores pueden erigirse en fuente de divergencia ética. Finalmente, no deben procurarse daños a terceros, teniendo presente que siempre existe un mínimo riesgo en cualquier intervención de origen médico. Coincidimos, a este respecto, con la posición del Profesor Romeo, quien supedita la eticidad de los futuros usos de la técnica a la previa superación de efectos adversos:

> (…), cuando se conozca mejor y se domine esta técnica, pudiendo descartarse sus efectos secundarios perniciosos, habrá que pensar en levantar estas prohibiciones, estableciendo al mismo tiempo unos criterios conforme a los cuales sea admisible esta forma de tratamiento y puedan controlarse al mismo tiempo otros usos indebidos. (Romeo Casabona, 2009, p. 119)

Empero, la revolución de las técnicas de reproducción asistida e ingeniería genética, respectivamente, ha reavivado la sombra de la eugenesia (Buchanan, Brock, Daniels y Wikler, 2002, p. 9). A este respecto, y si bien es difícilmente escindible el estigma histórico aparejado a este concepto fruto de la desgarradora experiencia que asoló al mundo en la primera mitad del siglo XX, conviene detenerse en sus elementos integradores a fin de verificar o no su pervivencia. Así, mientras la eugenesia tradicional se caracterizaba por la coacción con la que era ejercida por Estados de corte totalitaria, bajo la que subyacían motivaciones discriminatorias, clasistas o racistas amparadas en el determinismo genético, la actual se diferencia por la capacidad decisoria los progenitores, su finalidad preventiva o terapéutica y el conocimiento, particularmente, en cuanto a los efectos alimentarios, ambientales, culturales o de estilo de vida –epigenética– y su área de influencia en las interacciones genéticas que se traducen en un polimorfismo genético. Es por ello que ya en 1997 el Profesor Romeo acuñó el termino “neoeugenesia”, que aúna, con mayor rigor, las diferencias entre ambas acepciones:

> A diferencia de los movimientos eugenésicos de principios de siglo que propugnaban una mejora de la raza y la protección de la especie y se orientaban hacia los efectos sociales inmediatos de las prácticas de eugenesia, (…) la nueva eugenesia está planteada por el momento como una cuestión médica, propia de la esfera de la relación médico-paciente y, por ello, como un asunto de salud individual; de salud de los propios interesados y de las generaciones futuras, acreedoras de un derecho a la salud –a nacer sanos– frente a sus progenitores y sus facultades o libertades reproductivas. (Romeo Casabona, 1997, p. 111)

Sentado lo anterior, la mera alusión al término eugenesia advirtiendo sobre el riesgo de su retorno no constituiría un argumento ético de suficiente entidad, sino que, más bien al contrario, vendría justificado por razones de planificación familiar:

> Quedarían fuera de la problemática eugenésica en su sentido tradicional aquéllas que pretenden garantizar tener una descendencia sana –esto es, con fines preventivos, eliminando los riesgos de transmisión de enfermedades hereditarias, de las que serían portadores por tanto los padres, y que son fruto de la libre decisión de estos con el concurso del asesoramiento genético por parte del médico (eugenesia terapéutica), por lo que la pretensión de asegurarse una descendencia sana o libre de patologías o malformaciones hereditarias no tiene en cuanto tal nada de censurable; por supuesto, tampoco desde un punto de vista eugenésico. (Romeo Casabona, 2002a, pp. 138-139)

Algunos autores de la escuela anglosajona han superado esta idea, enarbolando el principio de beneficencia procreativa (Savulescu y Kahane, 2009, p. 274) y por el que los padres prospectivos tendrían no solo el derecho, sino la "obligación moral" de tener los hijos cuyas vidas se espera que sean *las mejores*. No obstante, la indeterminación y subjetividad de este imperativo puede llevar a los progenitores a adoptar elecciones instrumentales que poco o nada tengan que ver con las propias de la salud, dando lugar a otra categoría que –esta vez sí– podría identificarse como propiamente eugenésica: la mejora de la raza humana.

> (…) el gran potencial eugenésico (ahora de eugenesia positiva: seleccionar determinados rasgos fenotípicos) que ofrecen las investigaciones sobre el genoma humano, con métodos que se vislumbran de extraordinaria precisión, aunque también de particular complejidad a corto plazo, son (…) las intervenciones en el genoma, en concreto en el de las células germinales (los gametos) y el embrión en los primeros estadios de su división celular (en su fase de totipotencialidad), justo también al hilo de la terapia génica en la línea germinal. Precisamente de ésta última rebrota el importante interrogante, de fondo filosófico, de la distinción entre lo normal y lo patológico, entre éste, lo diferente y lo infrecuente, como premisa para reconocer los inmensos beneficios que reportará la terapia génica, pero también el riesgo eugenésico, por lo que debe ser ampliamente debatido. (Romeo Casabona, 1999a: 128)

La defensa ética de los fines meliorativos o perfectivos resulta mucho más controvertida, tal y como lo atestiguan las declaraciones internacionales (Max Planck Society, 2019, p. 3), pues no se trata de bienes absolutos como la salud, sino comparativos o posicionales

–como podrían ser la altura o la memoria–, lo que, si se llegaran a dominar las combinaciones poligénicas, conllevaría aminorar, irreductible e indirectamente, los del resto de la población.

A juicio de aquellos autores etiquetados como "bioconservadores", se estaría cruzando una línea al alterar el orden natural establecido, ocupando un lugar que solo corresponde a Dios en calidad de creador (Habermas, 2003, p. 21). *A sensu contrario*, el argumento de la sacralidad del genoma humano podría tener difícil encaje con el art. 3 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (DUGHDH), 11 de noviembre de 1997, cuando reconoce la naturaleza evolutiva del genoma humano y su sometimiento a mutaciones. Ello no hace sino refutar los cambios aleatorios y constantes que acontecen generación tras generación, y que solo podrían evitarse a través de la clonación reproductiva –práctica no permitida por el art. 11 DUGHDH– o, más aún, la edición genética (de Miguel Beriain, 2018, p. 2). Adicionalmente, cabe atender a la humildad, responsabilidad y solidaridad, virtudes que podrían verse seriamente desdibujadas por influjo de las bioingenierías (Sandel, 2015, p. 15 y 140).

Otra de las metáforas más recurrentes es la de la pendiente resbaladiza, en base a la que, aun cuando la finalidad inicial de la terapia génica sea curativa, su uso puede llevar a la sociedad a banalizar las consecuencias de las intervenciones genéticas, deslizándose, lenta y progresivamente, hacia la aceptación de cotas éticamente cuestionables como la mejora. Este postulado eminentemente predictivo ha sido criticado por algunos autores (de Miguel Beriain, 2019, pp. 72-73), condicionándose su legitimidad a que se exhiba un relato fáctico claro y debidamente individualizado que evite una inversión de la carga probatoria, lo que, aun siendo plausible, no está exento de dificultades (van der Burg, 1991, p. 61).

Es en este contexto donde cobran especial protagonismo sendos principios de actuación: por un lado, el de responsabilidad (Jonas, 1997, p. 40); y, por otro el de precaución, de naturaleza ética y jurídica, que precisa para su aplicación tanto de una situación de incertidumbre científica como de eventuales daños graves e irreversibles (Romeo Casabona y de Miguel Beriain, 2010, p. 191). Se plantea, a este respecto, la convergencia de ambas premisas en materia de edición de genes:

> Una consecuencia lógica del principio de precaución es la necesidad de adoptar medidas orientadas a prevenir riesgos de daños especialmente graves. Es decir, se debe actuar adoptando medidas de protección con anterioridad a que aparezca el daño, incluso aunque no exista una evidencia científica completamente comprobada sobre la nocividad de una actividad o de un producto. (Romeo Casabona, 2004b, p. 392)

Ha quedado patente con anterioridad que la Ciencia no se encuentra en situación de garantizar su inocuidad, no pudiendo garantizarse que los efectos perniciosos que se generen sean de igual o mayor significación que los que se pretendan evitar (Maier, Akbari, Wei, Patterson, Nielsen y Reich, 2019). Y todo ello dejando de lado los riesgos que para la bioseguridad o biodiversidad puedan suponer diferentes manifestaciones de la ingeniería genética, entre las que se encuentra la producción de armas biológicas (de la Cuesta Arzamendi, 2001, p. 240; Romeo Casabona, 2009, p. 343 y ss.). Parece, pues, que su concurso podría ser razonable a la luz de los antedichos requisitos y, de la misma manera, con las solicitudes de moratoria registradas hasta la fecha:

> La terapia génica en la línea germinal, al no estar vinculada al tratamiento de una enfermedad grave para el afectado sino a su capacidad de tener hijos sanos, y al no conocerse sus efectos colaterales y en la propia herencia, debe someterse a una moratoria cuando sea posible su aplicación al ser humano (Romeo Casabona, 1994b, p. 33)

Sentada la excepcionalidad que podría motivar esta decisión, ello no debería resultar una rémora para el ejercicio de la libertad de investigación –reconocida en los arts. 15 CDHB, 12 b) DUGHDH y como derecho fundamental a la creación y la producción científicas en el art. 20.1 b) de la Constitución Española (CE) de 1978–, toda vez que cautela no significa prohibición (National Academies of Sciences, Engineering and Medicine, 2017, p. 134). Tampoco debe ignorarse la proliferación de mercados negros y *biohackers*, que, sin necesidad de proveerse de gran infraestructura (Romeo Casabona, 2007, p. 14), pueden comercializar y desarrollar *kits* de *CRISPR-Cas9*, incluso, con la connivencia de países con regulaciones laxas, promoviendo paraísos genéticos. En suma, la investigación en ciencia básica ha demostrado ser no solo compatible, sino necesaria para acometer hallazgos tan importantes como los antibióticos o la fecundación *in vitro*, por lo que debe ser espoleada siempre que pueda redundar en el beneficio de toda la humanidad –máxime en tiempos de *COVID-19*, en el que se escriben estas líneas.

4 LA INTANGIBILIDAD DE LOS DERECHOS

Los efectos transnacionales que las Ciencias Biomédicas pueden representar para el Derecho han dado lugar a que la normativa internacional se haya ocupado, ya desde el siglo pasado, de su positivización. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto que las tecnologías de edición genética son novedosas y disruptivas –al menos, en cuanto a su aplicación clínica

vía *CRISPR-Cas9*–, lo que explica que las referencias de los textos legales en vigor no sean profusas, y que, siguiendo la estela del art. 32.4 CDHB, pudiera ser plausible su renovación.

El único texto que cita expresamente el término eugenesia es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, 2000/C 364/01) cuando prohíbe, en su art. 3.2, este tipo de prácticas, haciendo especial énfasis en aquellas encaminadas a la selección de las personas. Podría, no obstante, hallarse una excepción a este último punto, toda vez que el art. 14 CDHB ampara la elección del sexo cuando ello sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al género –aunque no aclara si el embrión debe padecerla, si basta con ser portador de la patología o si se permite ayudar a un hermano como donante–. Asimismo, se infiere, *a sensu contrario*, la selección del sexo o manipulación genética con fines terapéuticos autorizados entre las infracciones muy graves del art. 26.2.c) 10.ª de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En cualquier caso, para su interpretación habrá que estar, nuevamente, a la noción contemporánea de eugenesia.

A la CDFUE hay que adicionar otras dos normas comunitarias: una, la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, que veta en su art. 6.2 b) la patentabilidad de los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano; y dos, el Reglamento (UE) No. 536/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, y por el que se deroga la Directiva 2001/20/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, en cuyo art. 90 se impiden los ensayos clínicos de terapia génica que produzcan modificaciones en la identidad genética germinal del sujeto. Estas disposiciones fueron transpuestas un año después en el ordenamiento jurídico español: en concreto, la primera en el art. 5.1 b) de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes; y la segunda en el art. 17.3 del Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos, prohibiendo, igualmente, los ensayos clínicos con medicamentos de terapia génica cuando impliquen la alteración de la identidad génica de la línea germinal de la persona.

Como puede colegirse, estos textos coinciden en otorgar protección a la identidad genética del ser humano, lo que da buena muestra de la relevancia que comporta este bien

jurídico para el legislador. En todo caso, no debe equipararse a la identidad personal, pues mientras que la primera se ha asociado fundamentalmente con la clonación (Romeo Casabona, 2000a, p. 149), la segunda está compuesta por una multiplicidad de factores que exceden, como se verá, de la mera genética (Romeo Casabona, 2000a, p. 151).

Mayor atención presta el articulado del CDHB a la derechos y libertades emanados de las aplicaciones biológico-médicas. Este Convenio marco del Consejo de Europa es vinculante para aquellos Estados signatarios que lo han ratificado, entre los que se encuentra el Reino de España, si bien cuenta con destacadas ausencias (entre otras, y por razones contrapuestas sobre su ideal restrictivo o aperturista, Alemania, Bélgica y Reino Unido).

Así, destaca sobremanera el manido art. 13 CDHB, relativo a las intervenciones sobre el genoma humano, que solo podrá efectuarse de concurrir dos supuestos:

1. Cuando tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas.
2. Solo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

Aun cuando estos criterios podrían reunirse en línea somática –art. 90 IECDHB–, existe consenso doctrinal mayoritario en que la terapia génica germinal implicaría modificar el patrimonio genético de la descendencia, independientemente de que el propósito para ello fuera curativo, lo que no se exceptúa (Romeo Casabona, 1999b, p. 53). De ahí que se haya propugnado no solo la protección del derecho a la vida y a la integridad física y moral –art. 15 CE–, sino un bien jurídico de entidad supraindividual: el derecho a un patrimonio genético no patológico –art. 1 DUGHDH (Romeo Casabona, 2002c, pp. 293-294)– o, sintetizado, a la integridad genética, cuya esencia radica en la inalterabilidad de las características inherentes a la especie humana (Romeo Casabona, 1994b, p. 370), fuente de diversidad biológica, y que la edición genética podría comprometer:

> El interés por la protección de la especie no ha decrecido, pero ahora se presenta desde una óptica diametralmente opuesta: mientras que los avances de la Biología de la segunda mitad del siglo XIX y de principios del XX ayudaron a conocer la evolución de la especie humana y a que algunos llegaran a predecir el peligro de su devenir (por haber interferido el ser humano en los procesos de selección natural, etc.) y a concluir la necesidad de atajar el peligro con los procedimientos expuestos, los más precisos conocimientos actuales suscitan la preocupación de mantener inalterada la identidad e integridad biológica de la especie, de proteger el genoma humano de manipulaciones y considerarlo patrimonio de la humanidad (Romeo Casabona, 2002a, p. 145)

La falta de concreción del art. 13 CDHB faculta, en todo caso, que se realicen interpretaciones alternativas en virtud de las cuales pudiera llegar a considerarse loable la edición genética del genotipo (Emaldi Cirión, 2002, pp. 210-211; de Miguel Beriain y Payán Ellacuria, 2019, p. 86), habida cuenta, además, de la primacía de la que goza el interés del ser humano frente a la Ciencia o la sociedad–art. 2 CDHB y art. 3.2 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (DUBDH), de 19 de octubre de 2005–, por ejemplo, cuando de evitar una enfermedad genética se trate.

Directamente relacionada con esta primacía se encuentra la protección de la dignidad humana. Su ubicación sistemática a modo de artículo primero tanto en la CDHB como en la CDFUE denota su incontestable valor; junto con los anteriores, se configura en el art. 2 DUGHDH y 3.1 DUBDH y, finalmente, a escala nacional en el art. 10.1 CE como principio informador que se proyecta jurídicamente sobre los derechos fundamentales. Forma parte importante, pues, de los más significativos textos internacionales y nacionales de derechos, a los que sirve de sustento. A pesar de que no existe una definición pacífica de dignidad –lo que ha servido para que sea empleada de forma ambivalente por partidarios y detractores de la edición de genes (Romeo Casabona, 1999a, 134–, puede convenirse en que es intrínseca a todos los seres humanos por el hecho de serlo, que, en su versión kantiana, se conciben como fines en sí mismos, y no meros medios (European Group on Ethics in Science and New Technologies, 2018, p. 16). La dignidad se concreta en la identidad personal que anticipábamos, derecho a la irrepetibilidad que se engarza en el art. 1 CDHB no solo en una esfera individual, sino colectiva (Romeo Casabona, 2000b, p. 34 y 37); paralelamente, se recoge en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), de 20 de noviembre de 1989. Formarían parte de esta identidad cualesquiera elementos civiles y registrales que posibilitan a la persona el libre desarrollo de su personalidad.

Otro de los derechos fundamentales que promociona el CDHB es el de igualdad –art. 3, en su vertiente de acceso equitativo a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano; en el mismo sentido, arts. 12 a) DUGHDH, 20 CDFUE, 10 DUBDH y 14 CE–, y no discriminación por características genéticas –arts. 11 CDHB, 6 DUGHDH, 21 CDFUE, 11 DUBDH, 14 CE y 6 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, LIB (Romeo Casabona, 2008)–. Efectivamente, es un riesgo latente que –si bien *CRISPR-Cas9* presume de un bajo coste que sus adalides confían en que descienda aún más conforme se expanda su uso, tal y como ha ocurrido históricamente con otras muchas tecnologías–, no sea accesible por razones económicas para el conjunto de la población (Baylis, 2019, p. 112), especialmente en aquellos países que no disfruten de sistemas nacionales de salud

públicos y sólidos. No debe obviarse, a este respecto, el art. 15 DUBDH, que mandata la distribución de los beneficios para con la sociedad y la Comunidad Internacional, subrayando la importancia que tiene para la justicia social materializar este compromiso con los países en desarrollo. Aunque es cierto que el acceso a la salud ya es desigual para muchas personas que no pueden permitirse determinados tratamientos, no sería descabellado que esta situación pudiera verse exacerbada, conduciendo a la marginalización de colectivos vulnerables (Baylis, 2019, pp. 104-105), lo que atentaría contra la protección que para ellos procura el art. 8 DUBDH. De consumarse esta polarización, podría traducirse, a grandes rasgos, en el germen de dos grupos sociales enfrentados: los seres humanos y los mejorados (de Miguel Beriain y Armaza Armaza, 2018, p. 193). Añade el art. 12 CDHB que las pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad, sólo responderán a fines médicos o de investigación en el marco de un consejo genético apropiado (Emaldi Cirión, 2001), advirtiendo el Profesor Romeo sobre el riesgo de que esta información sea indebidamente utilizada y distribuida, dando lugar a prácticas discriminatorias (Romeo Casabona, 2002d, pp. 166-169).

Antes de finalizar con la legislación internacional, debe traerse a colación un texto que ilustra vivamente la sensibilidad intergeneracional: nos referimos a la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, de 12 de noviembre de 1997. Y ello es así por cuanto un uso negligente de la edición genética germinal podría condicionar el derecho a un futuro abierto que, como si de un libro en blanco se tratara, asiste a las generaciones subsiguientes (Buchanan, Brock, Daniels y Wikler, 2002, p. 301 y ss.). Como no puede ser de otra manera, los padres adoptan decisiones, por acción u omisión, que repercutirán en la formación biológica de su embrión incluso con antelación al momento de su concepción, pudiendo darse la casuística de que, en aquellos supuestos en los que la técnica esté disponible para su puesta en práctica y se haya producido el entero desprendimiento del seno materno *ex* art. 30 del Código Civil español, viole el interés superior del menor y, en fin, su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud reconocido tanto en el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, como en los arts. 3.1 y 24.1 CDN, lo que puede otorgar soporte a la interposición de acciones de responsabilidad civil en sede jurisdiccional con base en el art. 24 CDHB (Habermas, 2003, p. 13).

Con respecto al marco legal español, debe hacerse notar, por un lado, la distribución competencial a causa de una estructura autonómica descentralizada; y, por otro, la inexistencia

de una ley integral sobre edición de genes, lo que abunda en su complejidad (Romeo Casabona, de Miguel Beriain y Duardo Sánchez, 2020, p. 390). Como muestra de ello, en un escalón jerárquico inferior al de la CE y al CDHB, se han señalado ya actos europeos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96 CE, han sido integrados en nuestro ordenamiento jurídico. Junto a los anteriores coexisten leyes orgánicas y ordinarias que, sin hacer mención directa a la edición genética germinal, parecen vedarla al mantener el espíritu del art. 13 CDHB. Es el caso de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP), en cuyo Título V se tipifican los delitos relativos a la manipulación genética –sin que se haga referencia al bien jurídico protegido–, a los que destina los arts. 159, 160, 162 y, tangencialmente, 349 CP. La protección penal que otorgan estos preceptos –a pesar de la amplitud que supone establecer genéricamente como hecho típico la manipulación de genes humanos (Romeo Casabona, 1996a, pp. 463-464), con un tipo subjetivo doloso que difiere de fines terapéuticos, esto es, perfectivos, o imprudente grave, y que se consuma con la alteración del genotipo–, a la vista del actual estado del arte científico, adquiere un significado más allá de lo estrictamente simbólico que refuerza su pertinencia, aunque un sector de la doctrina se inclinara en el momento de su redacción por su ubicación sistemática en una ley penal especial para una mejor satisfacción de los fines de prevención general (Romeo Casabona, 1996b, pp. 166-167), y todo ello sin perjuicio de que se planteen dudas en torno a la conjugación de la libertad de investigación con los principios penales de intervención mínima y *ultima ratio*. También lo restringe el art. 13 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cuanto a las intervenciones terapéuticas en el preembrión, y el art. 74.2 c) LIB, que establece en su capítulo de sanciones como infracción muy grave la realización de cualquier intervención dirigida a la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

5 CONSIDERACIONES FINALES

A través de este artículo hemos tratado de hacer una aproximación a la edición genética desde las ópticas de la Ética y el Derecho, sirviéndonos para ello, por lo relevante de sus aportaciones, de la prolífica obra del Profesor Romeo. Las bondades que se esperan de *CRISPR-Cas9* para poner coto a enfermedades aberrantes han supuesto un aumento sin parangón de estos experimentos en los últimos años, que auguran el resurgimiento de la carrera biotecnológica entre las principales potencias mundiales –a saber, Estados Unidos de América, China y Rusia–. Ello ha traído como consecuencia que la práctica totalidad del debate se haya centrado en la Ciencia y, en un plano subsidiario, la Bioética (Andorno *et. al*., 2020, p. 2), no

reparándose suficientemente en la vigencia de los Derechos Humanos (DD. HH.) como punto de encuentro generador de consenso y límite infranqueable ante eventuales abusos o arbitrariedades que puedan producirse contra la especie humana:

> La comprobación de que los derechos humanos más elementales son vulnerados con excesiva frecuencia, tanto en las sociedades democráticas como –sobre todo– en las totalitarias de diferente signo, en las desarrolladas como en las que se encuentran en vías de desarrollo, no debe impedir ver que en el horizonte se proyecta una decidida voluntad colectiva de continuar avanzando en uno de los <<descubrimientos>> más importantes de la comunidad internacional: los derechos humanos. (…), no deja de ser cierto que son el mejor dique de protección del individuo no sólo frente al poder de los Estados sino también de otros poderes fácticos, que pueden sentir –o han sentido ya– la tentación de someter al individuo precisamente por medio del desarrollo científico y tecnológico (Romeo Casabona, 2002a, 57)

Para ello, ya existen mecanismos jurídicos disponibles (Romeo Casabona, 2013, p. 172), que se ven aderezados por la dimensión objetiva y dinámica que entroncan los DD. HH., pudiendo desarrollarse derechos o identificarse otros nuevos para la protección de bienes jurídicos incompletos o todavía inexplorados en caso de que sea menester (Romeo Casabona, 2002a, p. 13).

Por último, no debe desmerecerse el rol que ocupa la sociedad civil en este proceso deliberativo global junto al resto de agentes implicados, pues su opinión informada y participación proactiva resulta crucial para el camino que se decida emprender con la edición genética y el devenir que ello pueda significar para el futuro de la humanidad:

> Antes bien, la gestión democrática del riesgo significa dar paso a la sociedad y sus formas de expresión a través de los movimientos sociales y ciudadanos, con el fin de lograr un verdadero proceso democrático de decisión y, en última instancia, lograr un equilibrio entre las diversas ópticas e intereses presentes en la comunidad (Romeo Casabona, 2004b, p. 387)

Las bases para no errar en el camino están, pues, sentadas. Y gran parte de ese trabajo debe reconocérsele al Profesor Romeo por su desinteresada y despierta labor académica, que, seguro, seguirá desempeñando con el rigor y tesón que le caracterizan. Sirva esta contribución para ponerlo de manifiesto y mostrarle nuestra admiración.

REFERENCIAS

ANDORNO, Roberto; BAYLIS, Françoise; DARNOVSKY, Marcy; DICKENSON, Donna; HAKER, Hille; HASSON, Katie; LOWTHORP, Leah; ANNAS, George J.; BOURGAIN, Catherine; DRABIAK, Katherine; GRAUMANN, Sigrid; GRÜBER, Katrin; KAISER,

Matthias; KING, David; KOLLEK, Regine; MACKELLAR, Calum; NIE, Jing-Bao; OBASOGIE, Osagie K.; FANG, Mirriam Tyebally; WERNER-FELMAYER, Gabrielle; y ZUSCINOVA, Jana. 2020. "Geneva Statement on Heritable Human Genome Editing: The Need for Course Correction". **Trends in Biotechnology** 4, 38: 1-4.

BAYLIS, Françoise. 2019. **Altered Inheritance. CRISPR and the Ethics of Human Genome Editing**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

BELLVER CAPELLA, Vicente. 2016. "La revolución de la edición genética mediante CRISPR-Cas9 y los desafíos éticos y regulatorios que comporta". **Cuadernos de Bioética** 90, 2: 223-240.

BUCHANAN, Allen; BROCK, Dan W.; DANIELS, Norman y WIKLER, Daniel. 2002. **Genética y justicia**. Madrid: Cambridge University Press.

CANGUILHEM, Georges. 1986. **Lo normal y lo patológico**. Buenos Aires: Siglo XXI Argentina.

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D´ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS AND DEUTSCHER ETHIKRAT. 2020. **Joint Statement on the Ethics of Heritable Human Genome Editing**. Disponible: <https://www.nuffieldbioethics.org/assets/pdfs/Joint-statement.pdf>

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. 2019. **Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos**. Disponible: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/CBE%20Declaracion%20sobre%20edicion%20genomica%20en%20humanos.pdf>

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. 2001. "Armas biológicas o exterminadoras e ingeniería genética: Perspectiva jurídico-penal". En, ROMEO CASABONA, Carlos M. (Ed.). **Genética y Derecho Penal. Previsiones en el Código Penal Español de 1995**. Bilbao-Granada: Comares.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. 2018. "Human dignity and gene editing. Using human dignity as an argument against modifying the human genome and germline is a logical fallacy". **EMBO reports**, 10, 19: 1-4.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. 2019. "Modificar o no modificar el genoma de nuestra descendencia? Algunos comentarios a raíz de la Declaración del Comité de Bioética de España sobre la edición genómica en humanos". **Revista de Bioética y Derecho** 47: 55-75.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo y ARMAZA ARMAZA, Emilio José. 2018. "Un análisis ético de las nuevas tecnologías de edición genética: el CRISPR-Cas9 a debate". **Anales de la Cátedra Francisco Suárez** 52; 179-200.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo y PAYÁN ELLACURIA, Ekain. "Retos éticos y jurídicos que plantea la edición genética embrionaria a la luz del marco legal vigente en el ámbito europeo: una mirada crítica". **Anuario de Filosofía del Derecho** 35: 71-92.

DUARDO SÁNCHEZ, Aliuska. 2017. "CRISPR-Cas in Medicinal Chemistry: Applications and Regulatory Concerns". **Current Topics in Medicinal Chemistry** 17: 1-8.

EMALDI CIRIÓN, Aitziber. 2001. **El consejo genético y sus implicaciones jurídicas**. Bilbao-Granada: Comares.

EMALDI CIRIÓN, Aitziber. 2002. "Las intervenciones sobre el genoma humano y la selección de sexo (Capítulo IV)". En, ROMEO CASABONA, Carlos M. (Ed.). 2002. **El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español**. Bilbao-Granada: Comares.

EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES. 2016. **Statement on Gene Editing**. Disponible: <https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/gene_editing_ege_statement.pdf>

EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES. 2018. **Statement on Artificial Intelligence, Robotics and "Autonomous" Systems**. Disponible: <http://ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018.pdf>

GRACIA GUILLÉN, Diego. 2011. "Bioética". En, Romeo Casabona, Carlos M. (Dir.). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Bilbao-Granada. Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Comares.

HABERMAS, Jürgen. 2003. **The Future of Human Nature**. Cambridge, Massachusetts: Polity Press.

JONAS, Hans. 1997. **Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad**. Barcelona: Paidós.

KANG, Xiangjin; HE, Wenyin; HUANG, Yuling; YU, Qian; CHEN, Yaoyong; GAO, Xingcheng; SUN, Xiaofang; FAN, Yong. 2016. "Introducing precise genetic modifications into human 3PN embryos by CRISPR/Cas-mediated genome editing". **Journal of Assisted Reproduction and Genetics** 33, 5: 581-588.

LANDER, Eric Steven. 2016. "The Heroes of CRISPR". **Cell** 164, 1-2: 18-28.

LANDER, Eric Steven; BAYLIS, Françoise; ZHANG, Feng; CHARPENTIER, Emmanuelle; BERG, Paul; BOURGAIN, Catherine; FRIEDRICH, Bärbel; JOUNG, J. Keith; LI, Jinsong; LIU, David; NALDINI, Luigi; NIE, Jing-Bao; QIU, Renzong; SCHOENE-SEIFERT, Bettina; SHAO, Feng; TERRY, Sharon; WEI, Wensheng; y WINNACKER, Ernst-Ludwig. 2019. "Adopt a moratorium on heritable genome editing". **Nature** 567, 7747: 165-168.
JINEK, Martin; CHYLINSKI, Kryzstof; FONFARA, Ines; HAUER, Michael; DOUDNA, Jennifer Anne; y CHARPENTIER, Emmanuelle. 2012. "A Programmable Dual-RNA-Guided DNA Endonuclease in Adaptive Bacterial Immunity". **Science** 337: 816-821.

MAIER, Robert; AKBARI, Ali; WEI, Xinzhu; PATTERSON, Nick; NIELSEN, Rasmus; y REICH, David. 2019. "No statistical evidence for an effect of CCR5-Δ32 on lifespan in the UK Biobank cohort". **Nature** 26, 2: 178-180.

MAX PLANCK SOCIETY. 2019. **Statement on the scientific and transnational impact of genome editing and arising ethical, legal and societal issues**. Disponible: <https://www.mpg.de/13509625/statement-genome-editing-englisch.pdf>

MONTOLIU, Lluís. 2019. **Editando genes: recorta, pega y colorea. Las maravillosas herramientas CRISPR**. Pamplona: Next Door Publishers.

MORÁN GONZÁLEZ, Luis. 2012. "Implicaciones éticas y jurídicas de las intervenciones de mejora en humanos". En, ROMEO CASABONA, Carlos M. (Ed.). **Más allá de la salud. Intervenciones de mejora en humanos**. Bilbao-Granada: Comares.

NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING AND MEDICINE. 2017. **Human Genome Editing: Science, Ethics and Governance**. Washington, DC: The National Academies Press.

NATIONAL ACADEMY OF MEDICINE, NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES, AND THE ROYAL SOCIETY. 2020. **Heritable Human Genome Editing**. Washington, D. C.: The National Academies Press.

NAVARRO NAVAS, Susana y CAMACHO CLAVIJO, Sandra. 2018. **El ciborg humano**. Granada: Comares.

REGALADO, Antonio. 2018. "Chinese scientist are creating CRISPR babies". **MIT Technology Review**. Disponible: <https://www.technologyreview.com/2018/11/25/138962/exclusive-chinese-scientists-are-creating-crispr-babies>

RODRIGUES, Renata de Lima. 2016. **Autonomia privada e direito ao libre planejamento familiar: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?** Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 1994a. "Límites penales de las manipulaciones genéticas". **El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano** 3. Madrid: Fundación BBV.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 1994b. **El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana**. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 1995. "Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas". **Anuario de Filosofía del Derecho** 12: 15-38.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 1996a. **Del Gen al Derecho**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 1996b. "Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas". **Derecho y Salud (DS)** 1, 4: 156-179.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 1997. "El Derecho penal ante el racismo y la eugenesia". **Eguzkilore** 11 (Extraordinario): 105-135.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 1999a. "El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano". **Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal** 4, 2: 125-140.

ROMEO CASABONA, Carlos M. (Ed.). 1999b. **La eugenesia hoy**. Bilbao-Granada: Comares.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2000a. "Bienes jurídicos implicados en la clonación". **Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales** 2: 145-168.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2000b. "El genoma humano: objeto de Derecho Internacional". **Revista de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI)** 3: 23-45.

ROMEO CASABONA, Carlos M. (Ed.). 2002a. **Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano**. Bilbao-Granada: Comares.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2002b. "El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: Aspectos jurídicos". En, Broggi, Marc Antoni (Ed.). **Problemas prácticos del consentimiento informado** 5. Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2002c. "La genética y la biotecnología en las fronteras del derecho". **Acta Bioethica** 2, 8: 283-297.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2002d. "El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos (Capítulo IV)". En, ROMEO CASABONA, Carlos M. (Ed.). 2002. **El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español**. Bilbao-Granada: Comares.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2004a. "El estatuto jurídico del embrión humano". **Monografías Humanitas** 4: 111-124.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2004b. **Principio de precaución, Biotecnología y Derecho**. Bilbao-Granada: Comares.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2007. "Hacia un Derecho transcultural para la Genética y la Biotecnología humanas". **Anuario Jurídico de La Rioja** 12: 11-34.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2008. "La Ley de Investigación Biomédica: un nuevo mapa normativo para la investigación científica en el Sistema Nacional de Salud". **Derecho y Salud (DS)** 16 (Extraordinario 2): 63-74.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2009. **Genética, Biotecnología y Ciencias Penales**. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana-Grupo Ed. Ibáñez.

ROMEO CASABONA, Carlos M. y DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo. 2010. **Ética de la BioTecnología. Una introducción**. Granada: Comares.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2013. "Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora ("enhancement") en Neurociencias". En, DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.) y MAROTO CALATAYUD, M. 2013. Madrid: EDISOFER.

ROMEO CASABONA, Carlos M. 2017. "El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común". **Revista Iberoamericana de Bioética** 3: 1-10.

ROMEO CASABONA, Carlos M.; DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo; y DUARDO SÁNCHEZ, Aliuska. 2020. "Gene Editing From the Perspective of Spanish Law". En, TAUPITZ, Jochen y DEURING, Silvia (Eds.). **Rechtliche Aspekte der Genom-Editierung an der menschlichen Keimbahn. A Comparative Legal Study**. Berlín: Springer.

SANDEL, Michael. 2015. **Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética**, 2. Barcelona: Marbot.

SAVULESCU, Julian y KAHANE, Guy. 2009. "The Moral Obligation to Create Children with the Best Chance of the Best Life". **Bioethics** 23, 5: 274-290.

VAN DER BURG, Wibren. 1991. "The Slippery Slope Argument". **Ethics** 102: 42-65.

Submissão em 09/11/2020 / Aceito em 24/11/2020

IMPLICAÇÕES BIOÉTICO-JURÍDICAS DO USO DA EDIÇÃO GENÉTICA COMO ALTERNATIVA TERAPÊUTICA NAS RELAÇÕES EM SAÚDE NO BRASIL

BIOETHICAL-LEGAL IMPLICATIONS OF THE USE OF GENETIC EDITING AS A THERAPEUTIC ALTERNATIVE IN HEALTH RELATIONS IN BRAZIL

IMPLICACIONES BIOÉTICO-LEGALES DEL USO DE LA EDICIÓN GENÉTICA COMO ALTERNATIVA TERAPÉUTICA EN LAS RELACIONES DE SALUD EN BRASIL

Ana Thereza Meireles Araujo[1]
Universidade Católica de Salvador (UCSal)
Rafael Silva Verdival dos Santos[2]
Universidade Católica de Salvador (UCSal)

RESUMO:
O presente estudo analisa as implicações bioéticas e jurídicas do uso da edição genética no âmbito das relações de saúde no Brasil. Para tanto, pretende pensar sua utilização à luz do sistema de saúde brasileiro, seja no âmbito público ou no âmbito da saúde suplementar. O advento do sistema CRISPR/Cas9 representa grande evolução no âmbito das terapias genéticas, já que é procedimento mais preciso, eficiente e acessível. O uso dessa tecnologia acelera a possibilidade de sua aplicação terapêutica, potencializando pesquisas direcionadas para o tratamento de graves patologias de viés genético. Tornou-se fundamental, na pesquisa, a demonstração da importância dos estudos genéticos e da medicina preditiva como meios de concretização da saúde na atualidade. Utilizou-se o método dedutivo com abordagem qualitativa, a partir de revisão bibliográfica de trabalhos científicos das áreas da Genética, da Bioética e do Direito, bem como documentos normativos relacionados à temática.
Palavras-chave:
Edição genética; terapia genética; relações em saúde; bioética; direito médico.

ABSTRACT: This study analyzes the bioethical and legal implications of using genetic editing in the context of health relations in Brazil. Therefore, it intends to think about its use in the light of the Brazilian health system, whether in the public sphere or in the scope of supplementary health. The advent of the CRISPR / Cas9 system represents a great evolution in the field of genetic therapies, since it is a more precise, efficient and accessible procedure. The use of this technology accelerates the possibility of its therapeutic application, enhancing research aimed at the treatment of serious pathologies of genetic bias. It has become essential, in research, to demonstrate the importance of genetic studies and predictive medicine as a means of achieving health today. The deductive method with a qualitative approach was used, based on a bibliographic review of scientific works in the areas of Genetics, Bioethics and Law, as well as normative documents related to the theme.
Keywords:
Gene editing; gene therapy; health relations; bioethics; medical law.

[1] Pós- Doutoranda em Medicina pelo Programa de Pós-Graduação de Medicina e Saúde da Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora membro do Corpo permanente do Mestrado em Direito Fundamentais e Alteridade da Universidade Católica do Salvador (UCSal). Professora da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), da Universidade Católica do Salvador (UCSal) e da Faculdade Baiana de Direito. Coordenadora da Pós-graduação em Direito Médico, da Saúde e Bioética da Faculdade Baiana de Direito. Líder do Grupo de Pesquisa JusBioMed - Direito, Bioética e Medicina. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9623-6103

[2] Mestrando em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UcSal). Pós-Graduado em Filosofia e Autoconhecimento: uso pessoal e profissional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Membro integrante do Grupo de Pesquisa JusBioMed – Direito, Bioética e Medicina. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-8393-5618

RESUMEN: La presente investigación analiza las implicaciones bioéticas y legales del uso de la edición genética en el contexto de las relaciones de salud en Brasil. Por lo tanto, se propone pensar su uso a la luz del sistema de salud brasileño, ya sea en la esfera pública o en el ámbito de la salud complementaria. La llegada del sistema CRISPR / Cas9 representa una gran evolución en el campo de las terapias genéticas, ya que es un procedimiento más preciso, eficiente y accesible. El uso de esta tecnología acelera la posibilidad de su aplicación terapéutica, potenciando la investigación dirigida al tratamiento de patologías graves de sesgo genético. Se ha vuelto esencial, en la investigación, demostrar la importancia de los estudios genéticos y la medicina predictiva como un medio para lograr la salud en la actualidad. Se utilizó el método deductivo con enfoque cualitativo, basado en una revisión bibliográfica de trabajos científicos en las áreas de Genética, Bioética y Derecho, así como documentos normativos relacionados con el tema.
Palabras clave:
Edición genética; terapia de genes; relaciones de salud; bioética; ley médica.

1 INTRODUÇÃO

Os avanços científicos no âmbito da edição genética, potencializados pelo surgimento da tecnologia CRISPR/Cas9, trazem consigo a necessidade de um novo olhar sobre as questões de saúde, em virtude do seu grande potencial terapêutico. Frisa-se, como realidade contemporânea, a importância do viés preditivo da medicina, que pode atuar como instrumento preventivo ou profilático diante da possibilidade de instauração de determinada patologia. Assim sendo, o desenvolvimento e incorporação dessa nova terapia torna-se, na atualidade, instrumento relevante para a efetivação do direito à saúde.

O presente artigo tem como ponto fundamental a investigação das implicações bioético-jurídicas decorrentes do uso da edição genética no contexto das relações de saúde no Brasil. O objetivo deste trabalho é analisar como a edição genética pode ser pensada no âmbito do sistema de saúde brasileiro, considerando as dificuldades de sua absorção como um instrumento terapêutico e as implicações que a sua prática pode ensejar.

A fim de realizar essa reflexão, valendo-se das contribuições bioéticas e jurídicas do professor Carlos Romeo Casabona, aborda-se o desenvolvimento da Genética, através de suas múltiplas possibilidades e consequências, e o advento da edição genética e do sistema CRISPR/Cas9, considerando o potencial terapêutico avançado dessa nova tecnologia. Em seguida, investiga-se a edição genética como uma realidade que possa ser possivelmente considerada pelo sistema de saúde brasileiro, seja público ou privado. O intuito é apontar como a edição genética pode auxiliar na efetivação do direito à saúde no país, apresentando suas vantagens técnicas e seus aspectos econômicos, bem como suas dificuldades de aplicação. Como contributo essencial, este estudo aponta para a elaboração de uma legislação fundamentada em critérios bioéticos, a partir das bases da doutrina de Casabona, em

documentos internacionais e na experiência de outros países, que coíba danos e impossibilite práticas neoeugênicas, garantindo a integridade e a segurança dos sujeitos envolvidos.

O estudo consiste em revisão bibliográfica de trabalhos das áreas médica, bioética e jurídica e pesquisa em documentos normativos, estando pautado na perspectiva metodológica dedutiva com abordagem qualitativa.

2 O ACESSO AO GENOMA HUMANO: DAS CONTRIBUIÇÕES DE CARLOS CASABONA À EDIÇÃO GENÉTICA

Analisar a edição genética como possibilidade terapêutica demanda compreender o seu contexto de surgimento, a partir do esclarecimento de questões relacionadas ao avanço da área da Genética. Assim, para uma análise dos fundamentos bioéticos e jurídicos relacionados ao tema, é necessário compreender previamente a sua dimensão médica e os seus aspectos técnicos.

O surgimento desse novo paradigma é consequência de um processo de construção científica que ocorre há décadas. Os avanços nas pesquisas envolvendo o genoma humano trazem novos conceitos e problemas que configuram grande desafio para a Bioética e para o Direito. Nesse cenário de complexidades conceitual e técnica, o pensamento do professor Carlos Romeo Casabona constitui base doutrinária fundamental para construção de uma disciplina ético-normativa que conduza a prática da edição genética.

Carlos Maria Romeo Casabona, Catedrático da Universidad del País Vasco e Diretor da Cátedra de Derecho y Genoma Humano, é Doutor em Direito e em Medicina e transita epistemologicamente entre essas duas áreas de conhecimento (JIMÉNEZ, 2016, p.2). Os escritos do autor são marcos científicos mundialmente conhecidos e consolidam a necessidade de consubstanciar a evolução das descobertas da Genética a partir dos limites advindos da Bioética e do Direito. Os conhecimentos jurídicos e médicos de Casabona congregam intersecções entre Direito e Medicina, pressuposto fundamental quando se pretende pensar sobre os complexos problemas que nascem dessa zona comum. Ciente dessa complexidade, ele enfrenta e analisa as implicações jurídicas dos avanços da biologia molecular e da genética através de uma perspectiva indispensavelmente multidisciplinar (JIMÉNEZ, 2016, p. 3).

Disso resulta que, neste artigo, a contextualização do estudo da edição genética tem como elemento antecedente o apontamento contingenciado de algumas reflexões científicas de Carlos Casabona. O leque de desdobramentos bioéticos decorrentes da prática de manipulações biológicas é extenso, o que traz complexidade ao enfrentamento das problemáticas emergentes.

Casabona diferencia esses problemas, deixando claro que, embora oriundos de um elemento em comum (a manipulação biológica), têm naturezas, finalidades e consequências distintas. Por conta disso, é possível encontrar nas obras do professor reflexões sobre os problemas decorrentes da clonagem, da engenharia genética, da eugenia, do acesso à informação genética, da biossegurança e de outros desdobramentos relacionados à área.

Desde a execução do Projeto Genoma, na década de 1990, Casabona destacava a importância da multidisciplinaridade como elemento de aproximação das questões jurídicas que permeiam a genética. Assim, frisava ele a necessidade de proximidade entre as Ciências Biomédicas, a Ética e o Direito através da Bioética (CASABONA, 1995, p.15-16).

Desde 1995, Casabona trouxe reflexões sobre aspectos da genética que ainda hoje são frequentemente discutidos. São os casos, por exemplo, da análise genética e da possibilidade de intervenções no genoma através do DNA recombinante. No que tange aos limites sobre o acesso às informações genéticas do sujeito, questionou se os indivíduos seriam obrigados à submissão compulsória de exames genéticos a fim de determinar paternidade biológica ou auxiliar em uma investigação criminal, trazendo à tona o conflito entre a liberdade, intimidade e autonomia diante dos interesses gerais de uma comunidade (CASABONA, 1995, p. 18-19). A discussão sobre os limites do uso da informação genética perpassa, de maneira significativa, às construções de Casabona, que considera fundamental ponderar o acesso ao DNA diante de outros bens jurídicos envolvidos, como a autonomia, a identidade, a saúde e a intimidade.

A Ciência segue se desenvolvendo de maneira que "lo que parecía lejano o imposible se vislumbra ya en el horizonte, perfilándose sus contornos cada vez con mayor precisió" (CASABONA, 1995, p. 18). O descortinamento da compreensão dessa lógica da racionalidade científica é corroborado pelas distintas e sucessivas possibilidades da Genética com o passar dos anos, como o surgimento da clonagem, entre o final dos anos 1990 e início dos anos 2000.

Levando em consideração a possibilidade de clonagem de embriões humanos, parte-se da necessidade de identificar quais seriam os bens jurídicos a serem protegidos no contexto da clonagem e como essa técnica e seus resultados poderiam afetar tais bens (CASABONA, 2000, p.146). Ciente da complexidade dos conceitos que aborda, Casabona demonstra um cuidado metodológico pouco visto quando a temática transcende a abordagem puramente jurídica. Ao tratar de clonagem, faz questão de definir o que é a clonagem reprodutiva humana, destacando a importância dessa definição para a identificação de sua carga valorativa (CASABONA, 2000, p. 147; CASABONA, 2001, p.128).

Ao estabelecer os bens jurídicos envolvidos na clonagem, inicialmente, Casabona aponta a integridade física dos seres nascidos dessa técnica como um bem a ser protegido –

embora reconheça que o estabelecimento de procedimentos totalmente seguros e confiáveis superaria a questão. Ainda nessas reflexões introdutórias, lembra da diversidade genética como elemento importante na preservação da espécie humana – em especial frente a doenças contagiosas ou agentes externos causadores de doenças. Porém, reconhece que "los riesgos de emprobecimiento del patrimonio genético humano serían muy remotos". (CASABONA, 2000, p. 148). Casabona questiona a possibilidade do indivíduo clonado ser privado da condição de ser único, irrepetível e distinto de outros seres existentes – vivos ou mortos. (CASABONA, 2000, p. 148). Tais reflexões culminam nos estudos de hoje que deslegitimam a clonagem reprodutiva por reconhecerem o direito à identidade genética como integrante do arcabouço dos direitos da personalidade. Na sistemática brasileira dos direitos da personalidade, assumem-se que o rol enunciado pelo Código Civil não é taxativo e deve abarcar esferas da existência do indivíduo relacionadas à proteção também da individualidade do seu patrimônio genético.

Para contrapor o risco e a sedução do determinismo genético, entende Casabona que, cientificamente, na clonagem, não parece factível criar dois seres exatamente iguais – seja porque o DNA mitocondrial não é sempre o mesmo, em virtude da técnica utilizada; seja porque a personalidade de um indivíduo é também pautada por fatores familiares, culturais, sociais e temporais. (CASABONA, 2000, p. 149). É fundamental acentuar a importância de reflexões como essa que contribuem para a ressignificação dos limites da Genética e para redimensionamento do conhecimento social sobre sua real função.

A necessidade atual de redimensionar a função e o sentido da Genética parte do fato de que a mesma descortina, concomitantemente, promessas e dilemas. "A promessa é que em breve seremos capazes de tratar e prevenir uma série de doenças debilitantes. O dilema é que nosso recém-descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação de nossa própria natureza [...]" (SANDEL, 2018, p.19), tendo como objetivo final a melhoria das características e das condicionantes humanas, escolhendo algumas e afastando outras. Esse dilema tem natureza aprioristicamente ética, mas, ao longo da evolução das necessidades sociais, passou a se relacionar diretamente com o Direito, consoante a sua função de construir limites às práticas que ofendam bens jurídicos que devem ser continuamente tutelados (MEIRELLES, 2014, p.22).

Como derivante das implicações da clonagem, surgem questões cada vez mais complexas que ensejariam limites à aplicação da técnica, como o ressurgimento do pensamento eugênico e o direito à origem biológica do sujeito clonado (CASABONA, 2000, p.151- 152). A possibilidade de clonar uma pessoa descortina possibilidades múltiplas relacionadas a direito

fundamentais, fator que se comunica com a possibilidade de edição de genes, foco primordial dessa pesquisa.

Ainda no que tange à clonagem, Casabona apontou que a regulação normativa não se preocupa com os diferentes tipos de procedimentos existentes, fato que também aconteceu no Brasil com o advento da Lei 11.105/2005, em seu artigo 26. Para o autor, há uma "general pobreza argumentativa" no que diz respeito aos fundamentos dessas normas, que não indicam quais direitos humanos seriam afetados e nem o motivo de afetação (CASABONA, 2001, p.130).

A forma com que a legislações que versam sobre conteúdos tão especializados foi construída é objeto de críticas essenciais pelo autor, já que é visível a atecnia na construção do texto normativo e falta de compreensão, por vezes, das proposições postas. Essa é a realidade da lei brasileira de biossegurança, pouco compreendida pelos juristas e reveladora de uma série de incongruências, como a proibição da clonagem como gênero, sem ponderar as suas diferentes espécies – reprodutiva e terapêutica.

Os avanços na área da genética e da reprodução humana terminaram por também propiciar o ressurgimento das discussões sobre as práticas eugênicas, já que as condutas manipulatórias podem revelar decisões seletivas, calcadas em objetivos terapêuticos ou em fins de melhoramento sem motivações relacionadas à saúde.

Esse panorama divide as novas condutas eugênicas como a de natureza terapêutica, embasada em fundamentos médicos, e a de natureza de aperfeiçoamento, destituída de motivações científicas. Em matéria de procriação assistida, as decisões estão situadas num "âmbito de natureza privada e não acontecem de forma coercitiva". (MEIRELLES, 2014, p.104). O âmbito das decisões que podem envolver escolhas seletivas revela, então, novas demandas de mercado, conduzidas por motivações individuais, padrões e anseios pessoais, fatores que constituem a chamada eugenia liberal (HABERMAS, 2004) ou a neoeugenia (CASABONA, 1999; CASABONA, 2012).

O valor preventivo das análises genéticas no cerne do processo de reprodução, hoje, acentuou as possibilidades neoeugênicas. Aconselhamentos genéticos, diagnósticos em gametas, embriões e fetos e a engenharia genética são técnicas relativamente novas, que promoveram o ressurgimento de possibilidades originadas nas ideias do pensamento eugênico, hoje, denominado de neoeugenia. Tal denominação tem por finalidade enfatizar as diferenças entre o pensamento eugênico atual e o pensamento eugênico do século XX (CASABONA, 1999, p.9-10).

Os avanços científicos advindos do estudo da clonagem fomentaram descobertas no âmbito das células-tronco, mas teve como entrave o fato de que a Declaração das Nações Unidas sobre Clonagem Humana, de 2005, proibiu expressamente qualquer tipo de prática da conduta, o que inclui a espécie terapêutica (CASABONA, 2006, p. 79-80). A Declaração proíbe a chamada clonagem terapêutica, caracterizada pela transferência do núcleo de uma célula somática em um ovócito previamente enucleado. Casabona destaca, porém, que diversos grupos científicos têm direcionado seus estudos para a obtenção de células-troncos embrionárias utilizando, justamente, essa técnica de transferência nuclear. Nesse contexto, é interessante perceber como, à época, Casabona não considerava que essa técnica era urgente, nem acessível à curto prazo, mas afirmava que não se devia duvidar dos rápidos avanços científicos em genética (CASABONA, 2006, p.80-82), olhar atento que permite contribuir para a construção conceitos imediatos ou futuros, como as nuances que envolvem, hoje, a edição genética.

Ao tratar sobre células-tronco, Casabona apresenta o embrião obtido *in vitro* por reprodução sexuada como aquele oriundo da fecundação laboratorial de um ovócito por espermatozoide, como ocorre nas técnicas de reprodução assistida. Por outro lado, o embrião obtido por transferência nuclear, através da clonagem terapêutica, é formado a partir da transferência do núcleo de uma célula somática a um ovócito previamente enucleado (CASABONA, 2006, p.88-89). Como consequência da execução das manipulações biológicas, é necessário construir um estatuto jurídico em prol da proteção embrionária. Relata Carlos Casabona que três hipóteses podem ser consideradas: a) o embrião como dotado de um valor próprio, uma vez que ali existe uma pessoa em potencial que deve usufruir da mesma proteção de uma pessoa natural; b) a proteção da vida pré-natal não deve ser superior ao desejo da mãe, de maneira que o embrião *in vitro*, por exemplo, não teria nenhuma proteção especial caso outros interesses – individuais ou coletivos – estejam em pauta; c) uma posição intermediária, na qual o embrião *in vitro* tem valor e precisa ser protegido, mas esse valor deve ser contrabalanceado por outros valores (CASABONA, 2008, p.142-143).

As considerações de Casabona sobre a adequação de uma proteção da vida humana em sua dimensão inicial são fundamentais para a aferição do status jurídico do embrião. Sempre buscando a intersecção entre elementos biomédicos, éticos e jurídicos, Casabona tem como uma de suas principais características a preocupação metodológica em diferenciar conceitos complexos, que muitas vezes se assemelham, mas que têm finalidades e implicações éticas distintas.

A edição genética não se confunde com outros procedimentos, como engenharia genética ou clonagem, consubstanciando-se como uma espécie de terapia genética ou gênica.

Quando se observa temporalmente os diversos temas oriundos da genética que já foram – e ainda são – discutidos por bioeticistas e geneticistas, nota-se que a edição genética é resultado do aprofundamento da pesquisa e do aperfeiçoamento gradual das técnicas de interferência no genoma humano.

Edição genética, como explica Lacadena (2017, p. 3), é uma técnica que proporciona a inserção, eliminação ou substituição de uma molécula de DNA no genoma de um indivíduo, se valendo, para tanto, de enzimas nucleases chamadas de "tesouras moleculares". O procedimento ocorre através da utilização dessas enzimas para quebrar, em locais pré-estabelecidos, a cadeia dupla que compõe o DNA. Uma vez feitas essas quebras, mutações controladas são promovidas por meio da reparação celular, utilizando, para tanto, mecanismos de união de extremos não-homólogos ou mediante reparação dirigida por homólogos (BERGEL, 2017, p. 455).

Pode-se dizer que a edição genética ocorre em três etapas: identificação, seção e reparação. Inicialmente, estabelece-se um alvo mediante o reconhecimento da sequência da molécula de DNA que será editada. Após a definição do local, realiza-se o corte – a quebra da cadeia dupla por meio da "clivagem". Em seguida, efetiva-se a edição através da regeneração molecular. Todo esse procedimento ocorre por meio da utilização das enzimas nucleases, que são modificadas de acordo com o interesse do pesquisador (FURTADO, 2019, p. 224).

O próprio conceito de edição genética já é revolucionário, mas é através do advento da tecnologia CRISPR/Cas9 que se tem o estabelecimento de um novo paradigma científico. O CRISPR/Cas9 faz parte de um sistema de defesa das bactérias contra ataques virais e é composto por dois elementos. O elemento CRISPR (onde a sigla significa "*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats")* ou Repetições Palindrômicas Curtas Agrupadas e Regularmente Interespaçadas é formado por uma molécula de ácido ribonucleico (RNA) sequenciada complementarmente à determinada molécula de DNA-alvo. É por conta desse aspecto complementar que o CRISPR consegue delimitar o local onde o corte será feito. A partir disso, vem à tona o Cas9, segundo elemento do sistema. Trata-se de uma enzima endonuclease que realiza o corte da molécula de DNA no local estabelecido anteriormente pelo CRISPR (BERNARDO-ALVARÉZ, 2017, p.5). Percebe-se, então, que o sistema CRISPR/Cas9 é formado por elementos capazes de colocar em prática duas fases fundamentais da edição genética: identificar o alvo e seccioná-lo.

O procedimento de edição genética pode ocorrer em células germinativas ou células somáticas. As células germinativas têm caráter reprodutivo, estando presentes nos gametas óvulos e espermatozoides. Qualquer alteração genética realizada neste tipo celular, mesmo com

finalidade terapêutica, é transmitida para a descendência. Isso não ocorre nas células somáticas, por exemplo. Em virtude do seu caráter meramente constitutivo, modificações genéticas em células somáticas não são transmitidas para a descendência (FURTADO, 2019, p. 224).

Essa nova tecnologia é considerada revolucionária, dentre outras coisas, por conta de quatro características fundamentais: a especificidade das modificações induzidas na molécula-alvo, a facilidade de produção e a eficiência no resultado, a acessibilidade técnica e econômica, e a versatilidade de sua utilização (SANTALÓ, 2017, p. 159). A utilização do CRISPR/Cas9 permite controlar melhor as recombinações genéticas, com maior conservação das células, mesmo com o alto grau de mutabilidade no processo de regeneração celular em virtude da perda de nucleotídeos. Em virtude desse maior controle, torna-se possível se valer da edição genética para corrigir mutações, inserir novos genes, trocar bases concretas, além de silenciar ou ativar determinadas informações, dentre inúmeras outras aplicações (MARFANY, 2019, p. 19).

Nessa nova era da Genética, o sistema CRISPR/Cas9 revoluciona a forma de se realizar edição genética, já que consiste em um instrumento de edição mais democrático e com maior alcance. Além disso, sua utilização terapêutica contribui significativamente para avanços médicos, uma vez que um dos seus benefícios é o aperfeiçoamento de terapias genéticas e celulares (FURTADO, 2019, p. 225).

Pesquisas envolvendo procedimentos terapêuticos através de melhorias genéticas já são realidade (GÜELL, 2019, p. 8). As áreas médicas beneficiadas por essas novas modalidades de terapia são as mais variadas: infectologia, oncologia, hematologia, neurologia, transplante de órgãos (MAEDER; GERSBACH, 2016). Ainda, a terapêutica baseada em edição genética viabiliza tanto o tratamento de doenças em curso, quanto a prevenção de patologias futuras. Essa vertente terapêutica da edição genética é, inclusive, uma das vantagens dos avanços biotecnológicos de forma geral (CASABONA, 2002, p. 286).

Diferentemente da edição, a engenharia genética deve ser concebida como a possibilidade ampla de alteração da constituição natural do DNA, através da manipulação, produção e modificação de moléculas do gene, possuindo uma margem de consequências que podem ter como fundamentos finalidades diferentes. A terapia gênica ou genética é conduta que visa a inserção de genes nas células para fins estritamente terapêuticos, de modo que "o conhecimento dos genes responsáveis por características normais ou patológicas permite a plena aplicação dos princípios da medicina genômica, que deverá modificar os procedimentos médicos no diagnóstico e tratamento de várias doenças e onde se inclui a terapia gênica" (NARDI; TEIXEIRA; SILVA, 2002, p.110).

A conduta envolve a introdução, no paciente portador da doença, "de genes responsáveis por proteínas que poderão ser benéficas. Em doenças causadas por mutações gênicas, a introdução de um gene normal poderá reverter o quadro clínico" e, "em uma ampla gama de outros tipos de doenças, células geneticamente modificadas poderão ativar mecanismos de defesa naturais do organismo (como o sistema imune) ou produzir moléculas de interesse terapêutico". (NARDI; TEIXEIRA; SILVA, 2002, p.110). A edição genética está, pois, situada como uma técnica específica de terapia gênica.

Partindo então da função terapêutica da edição genética, esse estudo passa a pensar a utilização dessa técnica no âmbito dos sistemas de saúde brasileiros, tanto no que se refere à cobertura do Sistema Único de Saúde quanto à cobertura da Saúde Suplementar. Para tanto, analisa aspectos bioéticos e jurídicos que devem ser levados em conta quando se pretende estabelecer critérios e diretrizes basilares para uma temática pouco conhecida e normativamente não disciplinada.

3 A EDIÇÃO GENÉTICA COMO REALIDADE POSSÍVEL: A COBERTURA À LUZ DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E DA SAÚDE COMPLEMENTAR

Em 25 de abril de 1953, os cientistas James Watson e Francis Crick publicam na revista científica *Nature* um trabalho que mudaria para sempre o conhecimento sobre a genética humana: o descobrimento da dupla hélice da molécula de DNA. Essa descoberta permite conhecer a estrutura do DNA e, consequentemente, entender como é a constituição e funcionamento da vida biológica. A pesquisa de Watson e Crick é o alicerce para o desenrolar da engenharia genética, que, cada vez mais, se afasta do plano teórico e se insere de forma prática nas vidas das pessoas (WATSON; CRICK, 1953).

De acordo com a geneticista Gemma Marfany (2019, p.22), os níveis de incidência de doenças genéticas hereditárias, quando consideradas em conjunto, atingem entre 6% e 8% da população. Por conta disso, o desenvolvimento das técnicas de edição genética, bem como sua utilização terapêutica, envolve uma questão sanitária e social. Os impactos das doenças genéticas para a sociedade são reiterados e relevantes, o que enseja a busca pelo fomento da prática da técnica e a busca pelas alternativas quanto à sua acessibilidade.

A edição genética, não obstante ser instrumento fundamental perante o tratamento de patologias genéticas, evidencia a possibilidade de modificação da própria natureza humana (SANDEL, 2018, p.19). Essa afirmação chama a atenção para a notória preocupação bioética diante da possibilidade constante de manipulação da vida. Isso porque, embora a sua finalidade

terapêutica possa ser eticamente aceita, não se pode deixar de considerar a possibilidade de utilização da edição genética para fins de aperfeiçoamento genético – ou *enhancement*.

Independentemente dos inegáveis benefícios terapêuticos decorrentes da manipulação das moléculas de DNA através da edição genética, a adoção plena dessa técnica ainda causa receios, seja na esfera bioética ou na científica. Enquanto a natureza médica dos avanços em genética desponta como novos caminhos, o medo social advindo da ascensão de fatos desconhecidos cresce paralelamente (MEIRELLES, 2017, p. 3). Esses fatos desconhecidos, por sua vez, são oriundos da possibilidade de aperfeiçoamento ou melhoramento genético com finalidades não terapêuticas. Segundo Gemma Marfany (2019, p.22), esse "melhoramento genético" consiste em modificações voltadas à obtenção de determinados fenótipos. Ou seja, características físicas, intelectuais e até mesmo comportamentais que, em alguma medida, são mais atrativas, segundo o olhar de determinada pessoa ou determinado grupo social.

Um dos cernes da técnica está na diferenciação entre a utilização da edição genética para fins terapêuticos ou para o chamado melhoramento. Há uma linha tênue entre essas duas acepções que dificulta a liberação segura da conduta. É justamente essa sutileza intrínseca à motivação da conduta que imprime complexidade à discussão bioética sobre o assunto (MEIRELLES, 2017, p.5). A ideia de aperfeiçoamento ou melhoramento está relacionada à uma lógica de mercado e a uma demanda segregacionista, que cria padrões fenotípicos ideais (HABERMAS, 2004, p.27).

O debate bioético envolvendo as finalidades do uso da edição genética é fundamental para o desenvolvimento adequado dessa tecnologia. Entretanto, deve-se ter como ponto preliminar que a manipulação voltada ao chamado "aperfeiçoamento genético" ainda não é possivelmente concretizável. Segundo Audrey Chapman (2019, p.22), as pretensões de aperfeiçoamento estão relacionadas à uma alta complexidade genética, ainda pouco viável em termos pragmáticos. O uso terapêutico da edição genética, por sua vez, já é uma realidade. Em 2016, por exemplo, pesquisadores publicaram um estudo demonstrando sucesso na correção do gene da hemoglobina que causa a anemia falciforme através do CRISPR/Cas9 (DEWITT; MAGIS; BRAY; *et al.*, 2016).

A edição genética voltada ao tratamento de patologias graves tem representado um grande passo em prol da humanidade no que diz respeito à saúde. Pode-se então pensar na necessidade de uso terapêutico da edição genética, considerando sua aplicação no âmbito da saúde no Brasil, seja através do Sistema Único de Saúde (SUS) ou por meio da saúde suplementar.

3.1 Edição genética e princípio da universalidade da cobertura

A Constituição Federal, em seu artigo 196, determina que "a saúde é dever de todos e dever do estado" (Brasil, 1988). Esse comando programático, versando sobre um direito fundamental, é considerado elemento basilar do sistema público de saúde brasileiro, o Sistema Único de Saúde ou SUS. O conteúdo desta norma constitucional traz o princípio mais importante desse sistema – o princípio da universalidade da cobertura (ANDRADE; ANDRADE, 2010, p. 67).

Com a promulgação da lei nº 8.080/1990, o princípio da universalidade foi efetivamente positivado. Nesse sentido, o inciso I do artigo 7º da referida lei dispõe sobre a "universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência" (BRASIL, 1990). Já o inciso II do mesmo dispositivo determina a "integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema" (BRASIL, 1990). É a partir dessa legislação que o Brasil passou, de fato, a ter um sistema público de saúde único e universal.

O princípio da universalidade estende o direito de acesso à saúde a todas as pessoas. Esse acesso, por sua vez, deve ser integral. Em outras palavras, na prática, o SUS deve proporcionar e disponibilizar serviços de saúde variados para todos os indivíduos, de forma contínua e adequada às variadas necessidades, sem qualquer discriminação. É assim que se compreende a ideia de saúde como direito de todos e dever do Estado. Pelo argumento da universalidade, mesmo que a pessoa opte pela utilização do sistema suplementar, através de planos privados de saúde, o direito de utilizar o SUS permanece intacto.

No entanto, segundo Salvador Bergel, o direito à saúde é estigmatizado pela ineficácia, em muitas situações, em virtude de "problemas concretos de natureza conceitual" (BERGEL, 2006, p. 145). Nesse contexto, à Bioética cabe o papel de construir diretrizes que resultem na materialização de aspectos científicos, éticos e morais nas vidas das pessoas. Ao tratar da interferência da Bioética no campo político, Bergel afirma que "é necessário reconhecer que as políticas econômicas e sociais estão indiscutivelmente ligadas à sua esfera de interesse" (BERGEL, 2006, p. 142). Assim, cumpre à Bioética, a partir de suas diretrizes principiológicas, contribuir para a construção adequada dos fundamentos que garantam o acesso à saúde em sua dimensão eficaz.

Quando se fala de edição genética terapêutica no âmbito do SUS, é preciso ter em voga o embasamento principiológico que fundamenta esse sistema de saúde, que o torna aberto à

ideia de dinamicidade na perspectiva das coberturas. De acordo com Borges e Schumacher (2013, p.48), "a busca pela universalidade e equidade do SUS passa necessariamente pela ponderação entre os interesses individuais e os coletivos". Assim sendo, o princípio da universalidade não apenas estende o atendimento a todos, mas ajuda na constituição de diretrizes de eficiência do sistema de saúde. A edição genética, por sua vez, pode ser importante instrumento para a consubstanciação do direito à saúde e, portanto, deve passar, enquanto alternativa terapêutica, a integrar o rol de cobertura do sistema público de saúde.

Os avanços da genética após o advento do CRISPR/Cas9 devem revelar a recepção do argumento democrático, concretizado pelo direito de acesso às tecnologias e ferramentas disponíveis em escala global em prol da garantia de direitos fundamentais. Antes do surgimento da técnica, realizar edição genética era caro e complicado. A utilização de meganucleases, por exemplo, demanda aproximadamente entre 4 e 5 anos de trabalho, custando em torno de € 6.000,00. As nucleases *zinc-finger*, por sua vez, custam perto de € 30.000,00 durante o processo. Já o sistema CRISPR/Cas9, durante as 2 ou 3 semanas de trabalho necessárias, custa apenas em torno de € 30,00 (LACADENA, 2017, p.3).

A diferença de custo-benefício entre as técnicas de edição genética mencionadas é gigantesca. Diferença essa que se torna ainda mais flagrante se considerada à luz de um sistema de saúde que precisa acolher milhões de pessoas. O pouco tempo de trabalho necessário para realização da edição, bem como seu baixo custo, fazem do CRISPR/Cas9 instrumento terapêutico com diferencial. Isso sem contar o grande número de pessoas portadoras de patologias genéticas. Nesse sentido, a partir do momento em que a edição genética se consolidar como ferramenta terapêutica dessas patologias, torna-se fundamental que o SUS incorpore o procedimento e o disponibilize.

As vantagens são diversas: a principal é a melhora da qualidade de saúde das pessoas, vez que será proporcionado tratamento eficiente para patologias sérias. Além disso, haverá menor custo para o tratamento em comparação com outras alternativas. Em 2017, por exemplo, o Ministério da Saúde indicou o uso de larodinase como terapia de reposição enzimática na mucopolissacaridose tipo I (patologia genética rara), estimando gastos entre R$ 29.000.000 e R$ 44.000.000 (BRASIL, 2017). O uso de terapia genética, além de proporcionar redução de gastos, poderá contribuir para a diminuição do ajuizamento de ações pleiteando tratamentos de alto custo para essas patologias, o que também representa benefício de ordem econômica que pode ser revertido em melhorias do próprio SUS.

O SUS tem o objetivo de garantir o acesso à saúde de forma universal, integral e igualitária. Porém, uma de suas principais críticas diz respeito à dificuldade desse sistema em

promover justiça social em uma sociedade tão desigual quanto a brasileira. A implementação da edição genética terapêutica no âmbito do SUS precisa ser realizada em conjunto com ações voltadas à diminuição dessas diferenças sociais no acesso à saúde. Essas ações devem englobar a distribuição de recursos, oportunidades de acesso e utilização dos serviços (COBUCCI; DUARTE, 2013, p. 63).

Adotar técnicas de edição genética, em especial o sistema CRISPR/Cas9, pode representar a utilização racionalizada de recursos. Porém, mais importante do que isso, é o aspecto funcional da edição genética. Trata-se de modalidade eficiente, abrangente e barata. Logo, sua adoção está relacionada à efetivação do acesso à saúde, colocando à disposição da sociedade alternativas terapêuticas eficazes e acessíveis, na medida em que os resultados podem ser promissores.

3.2 Edição genética e saúde suplementar

O sistema de saúde brasileiro é fundamentado na Constituição Federal e regulamentado através da Lei nº 8.080/1990, que possibilita a participação da iniciativa privada no SUS em caráter complementar ou suplementar (BRASIL, 1990). Nesse sentido, a Saúde Complementar é constituída pela atuação de planos e seguros de saúde privados. Para regular a Saúde Complementar, foram elaboradas a lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos de saúde, e a lei nº 9.961/2000, que instituiu a Agência Nacional de Saúde Complementar (ANS). Além disso, tem-se a lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, que é utilizado subsidiariamente para solução de conflitos envolvendo operadoras e contratantes. Ainda, tem-se as normas infralegais expedidas pela própria ANS. Esse arcabouço normativo compõe a regulamentação da Saúde Complementar (ou suplementar) no Brasil (ANTONIO, 2018).

O uso da edição genética terapêutica corrobora a efetivação do direito ao acesso à saúde. Sendo assim, se essa aplicação deve ser englobada pelo SUS, também deve ser objeto de cobertura dos planos de saúde privados. Em setembro de 2019, um grupo de pesquisadores da Universidade de Pequim relatou testes com CRISPR/Cas9 em um homem de 27 anos com leucemia e portador do vírus HIV (XU; WANG; LIU; *et al.*, 2019). Os pesquisadores se valeram da tecnologia de edição genética para inativar o gene que viabiliza a entrada do HIV nos linfócitos, antes do transplante de medula. O experimento obteve sucesso parcial e, cerca de um ano e meio depois, a leucemia continuou em remissão e a medula transplantada continuou produzindo linfócitos saudáveis, mesmo em pouca quantidade. (XU; WANG; LIU; *et al.*,

2019). É importante perceber o grau de segurança que a utilização do CRISPR/Cas9 apresentou, o que reforça a sua relevância terapêutica.

O que se pretende demonstrar é como a plena utilização da edição genética para o tratamento de patologias é uma questão de tempo. Conforme pressupôs Thomas Kuhn (1998, p.47), um dos focos da dita "ciência normal" é o trabalho de articulação dos paradigmas concretizados pelos cientistas. Em outras palavras, a Ciência está sempre trabalhando para trazer soluções aos problemas apresentados por um novo paradigma, mas que ainda não foram enfrentados. Isso significa que, em alguns anos, a tecnologia CRISPR/Cas9 deixou de ser experimental e passa a ser indicada terapeuticamente. A proposta da edição genética pode representar então uma mudança de paradigma – o rompimento com tratamentos predecessores tradicionais não eficazes em prol da incorporação de novo protocolo terapêutico.

Nesta discussão, não parece razoável afirmar que as despesas com CRISPR/Cas9 consistem em empecilhos à sua utilização terapêutica. Outras técnicas de edição genética, conforme abordado acima, de fato têm altos custos que impedem sua plena utilização. Porém, o CRISPR/Cas9 é tão acessível que é possível encontrar na internet vídeos ensinando como utilizar a técnica (LEDFORD, 2015). Além disso, o custo da técnica possibilita sua utilização para testagem de infectados pelo Novo Coronavírus (DING; YIN; LIU, 2020). Essas funcionalidades demonstram a necessidade de garantir o processo de democratização científica através da acessibilidade global da técnica.

Não obstante, a incorporação da edição genética no Brasil passa pela diferença entre os serviços de saúde prestados no âmbito do SUS e na esfera dos planos de saúdes privados. Conforme destaca Cobucci e Duarte (2013), essa diferenciação acentua as desigualdades em saúde, já que há flagrante divergência entre o tratamento de saúde recebido entre quem pode pagar e quem não pode. Além disso, as dificuldades na gestão do SUS, seja ao contratar serviços privados, seja na oferta desordenada de assistência médica ambulatorial, acabam favorecendo "a concentração de atendimentos a uns indivíduos em detrimento de outros" (COBUCCI; DUARTE, 2013, p. 64).

A regulação envolvendo edição genética e seus desdobramentos é incipente. A Lei nº 11.105/2005 (BRASIL, 2005), que trata sobre a biossegurança no âmbito dos organismos geneticamente modificados, é insuficiente para abarcar todos os desdobramentos necessários. Parte dessa insuficiência diz respeito ao seu contexto e momento de criação. O objeto da referida lei é regular a produção e comercialização de organismos transgênicos e as pesquisas científicas envolvendo células-tronco. Sua importância temática é inegável e coaduna as necessidades de sua época de promulgação (2005).

Porém, a ciência é dinâmica e hoje os problemas da genética vão muito além de alimentos transgênicos e estudos com células-troncos. Para que a edição genética possa ser instrumento terapêutico incorporado pelo sistema de saúde brasileiro, seja público ou privado, faz-se necessário a consolidação de disciplina normativa que apare e regulamente as condutas e consequências que podem estar relacionadas à prática.

4 AS IMPLICAÇÕES BIOÉTICO-JURÍDICAS DA EDIÇÃO GENÉTICA COMO ALTERNATIVA TERAPÊUTICA

O uso da edição genética tem apresentado sucesso terapêutico no enfrentamento de patologias graves incuráveis e de difícil trato. Por outro lado, surge a preocupação de que a técnica possa ser usada para fins de aperfeiçoamento genético. Nesse contexto, torna-se imprescindível ponderar fundamentos bioéticos e jurídicos em prol de orientar a realização adequada do procedimento de edição.

Tradicionalmente, a espécie humana se autocompreendia a partir de uma constituição genética natural e casual de elementos não dominâveis. Assim, a autocompreensão da espécie era interpretada a partir da ideia do aleatório, manifestada pela fusão de patrimônios genéticos que se encontraram casualmente (HABERMAS, 2004, p.17). A ruptura de paradigma com a forma com que o ser humano se autocompreendeu ao longo dos tempos está, justamente, na admissibilidade das técnicas que envolvem a interferência desse processo aprioristicamente natural, como a clonagem, a engenharia genética e a terapia genética, onde estão situados os processos de edição genética.

Essa capacidade de interferência nas características naturais da espécie tem aptidão para transformar significativamente a autocompreensão humana. O que antes era percebido como algo natural e imutável passa a ser compreendido como uma possibilidade de manifestação genética que pode ter sido manipulada. Essa nova realidade, por sua vez, representa mudança na compreensão existencial do ser humano sobre si mesmo e necessita, pois, de auxílio da Bioética e do Direito, como áreas auxiliares à conformação da proteção adequada aos sujeitos envolvidos (MEIRELLES, 2017, p.3).

Ao ser humano passa a ser possível escolher e selecionar genes. Essas escolhas, conforme Habermas (2004, p. 27), envolvem um espectro volitivo onde estão contidos o viés terapêutico e a intenção de aperfeiçoamento ou melhoramento. O que pode prevalecer, então, são as intenções individuais dos integrantes do mercado, e, por isso, a necessidade de pensar a edição genética a partir do recorte puramente terapêutico.

A extensão da disponibilização de tratamentos médicos fundamentados em edição genética deve ocorrer de forma universal. Para tanto, no Brasil, tratamentos médicos baseados em edição genética precisam ser acessíveis à coletividade equitativamente. Entretanto, a estrutura do SUS é maculada por mazelas que dificultam a efetivação da equidade na assistência médica. Uma dessas mazelas é a distribuição desigual das unidades de saúde entre as regiões e os Estados.

Conforme destaca Cobucci e Duarte (2013, p. 64), a grande concentração de estabelecimentos médicos cadastrados fica na região Sudeste e nas grandes cidades. Essa desigualdade fica mais clara quando analisada juntamente com a cobertura do sistema de saúde suplementar, usado por mais 40 milhões de brasileiros.

A desigualdade na saúde é um grande obstáculo para a incorporação de técnicas terapêuticas promissoras. Consequentemente, a população é prejudicada, pois deixa de ter acesso a tratamentos mais adequados e inovadores por conta da má gestão de políticas públicas. Por outro lado, o sistema complementar também apresenta limitações ao acesso à saúde, já que "é excludente com a criação de regras como doença preexistente e período de carência, fazendo com que seus usuários muitas vezes necessitem utilizar os serviços do SUS" (COBUCCI; DUARTE, 2013, p. 64).

As implicações da edição genética e o seu potencial transformador envolvem conflitos que podem ser refletidos sob o viés de diversos direitos fundamentais, como a saúde, a liberdade de investigação científica ou a dignidade da pessoa humana (BERNARDO-ÁLVAREZ, 2017, p.12). Assim sendo, a efetivação do uso terapêutico da técnica demanda cuidados. Esses cuidados, por sua vez, devem ser voltados tanto à segurança do procedimento quanto aos elementos que justificam sua utilização. Essa proteção, voltada especificamente para a edição genética terapêutica, no que diz respeito ao pressuposto regulatório, é inexistente no Brasil.

A lei nº 11.105/2005, apesar de tratar de aspectos da genética, é muito limitada. A lei não esclareceu quais tipos de manipulações gênicas são proibidas – o que deixa dúvida acerca do uso de terapias genéticas. "Há quem entenda que a vedação é apenas quanto às condutas que modifiquem a estrutura do DNA, excluindo do dispositivo a terapia gênica celular, que tem como proposta sanar enfermidades genéticas diagnosticadas" (MEIRELLES, 2017, p. 8).

Diante da ausência de regulação específica para uma questão tão fundamental, torna-se imprescindível legislar sobre o assunto. A lei, então, deve se valer de critérios bioéticos a fim de promover a segurança e aplicabilidade necessária à implementação da edição genética como protocolo terapêutico no sistema de saúde.

Os cuidados em saúde envolvendo edição genética já fazem parte do debate bioético no mundo. Instituições de renome têm discutido o assunto e pensado diretrizes. Essas orientações são fundamentais para alicerçar a utilização da edição genética no sistema de saúde brasileiro. Nesse sentido, *National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine* produziram o relatório "*Human Genome Editing: Science, Ethics and Governance*" (NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE, 2017). O objetivo é promover aplicações da edição do genoma humano voltadas à saúde e ao bem-estar dos indivíduos, seja através da prevenção ou do tratamento de doenças.

O debate bioético sobre a implementação da edição genética terapêutica também se destaca na Europa. Nesse sentido, os espanhóis Josep Santaló e María Casado elaboraram o "*Documento sobre bioética y edición genómica en humanos*", para também estabelecer diretrizes na utilização dessa ferramenta (SANTALÓ; CASADO, 2016). Nesse relatório, é destacada a velocidade de aplicação das técnicas de edição genômica em humanos. Como exemplo, destacam os experimentos voltados à cura do câncer de pacientes graves e sem tratamentos disponíveis (SANTALÓ; CASADO, 2016, p. 27). Nesse sentido, concebe como admissível a utilização da edição genética em células somáticas (que não são transmitidas hereditariamente) tanto para cultivo e investigação básica, quanto para terapia genética de pacientes.

Juan Rámon Lacadena (2017, p.9) aponta critérios bioéticos fundamentais a serem observados quando se trata de edição genética. O primeiro desses critérios é, justamente, a aplicação da terapia genética apenas voltada ao tratamento de pacientes com patologias genéticas específicas, rechaçando-se absolutamente qualquer conduta eugênica de melhoramento do genoma humano.

Como preocupação decorrente da prática da edição, surge a questão neoeugênica. Na história da humanidade, a eugenia revelava um ideal de perfeição perseguido que justificava ações para impedir o nascimento, a sobrevivência ou a reprodução de seres considerados "imperfeitos", valendo-se de métodos como "eutanasia neonatal, aborto o esterilización de individuos considerados atávicos o mentalmente anormales" (CASABONA, 2002, p. 288). Sabe-se que, na atualidade, "los análisis genéticos preconceptivo, preimplantatorio y prenatal son un instrumental precioso que aporta la ciencia, pero que pueden ser utilizados en favor de estas corrientes, que han resurgido en la actualidad como la "nueva eugenesia" o "neoeugenesia [...]" (CASABONA, 2002, p. 288). A possibilidade de acessar a informação genética, seja por diagnósticos ou por técnicas como a edição, aponta para a preocupação sobre o risco de permitir

que determinadas características sejam selecionadas e introduzidas em um indivíduo ainda não nascido (CASABONA, 2007, p. 108).

Resta consolidada a primeira diretriz bioética fundamental da admissibilidade da edição genética: a necessidade de contingenciar o seu uso para fins estritamente terapêuticos e que, portanto, tenha como precedente a aferição diagnóstica exata da doença e a justificativa para a pertinência da técnica.

Apesar de gozar de boa aceitação pela comunidade científica, a edição genética terapêutica, quando utilizada, deve observar a ausência de alternativas médicas ou, havendo outras alternativas, a consideração de que essas sejam demasiadamente perigosas. A terapia genética deve ser restrita à edição em células somáticas, o que, inclusive, revela menores problemas éticos. As células somáticas, diferentemente das germinativas, são células do corpo da pessoa, portanto, estruturas celulares já desenvolvidas (LACADENA, 2017, p.9).

Outra diretriz bioética decorre, então, da pressuposição descrita. É necessário restringir a prática da edição às células somáticas (e, portanto, já desenvolvidas), excluindo a realização da terapia em células germinativas, com vistas à preservação da naturalidade do patrimônio genético e à manutenção de maior margem de segurança à saúde da descendência.

A regulação da terapia genética é importante e necessária para o aperfeiçoamento dos sistemas de saúde. Na Europa, o órgão responsável pelo assunto é a Agência Europeia de Medicamentos (EMA). Já nos Estados Unidos, a temática é de responsabilidade da *U.S Food and Drug Administration* (FDA). Baseadas nos rápidos avanços terapêuticos que decorrem das novas tecnologias, essas agências estão voltadas ao estabelecimento de novas diretrizes que permitem auxiliar os processos decisórios envolvendo os experimentos clínicos. Nesse sentido, EMA e FDA trabalham juntas para alinhar as diretrizes e evitar divergências (BENDER, 2018).

A identificação e proteção dos bens jurídicos envolvidos na edição genética é fundamental para a própria efetivação dos direitos humanos. Casabona entende que os direitos relacionados ao genoma humano e às biotecnologias se originam de uma “soft law”, “normas jurídicas no esencialmente obligatorias ni coercitivas, sino más bien exhortativas” (CASABONA, 2002, p. 290). Porém, para o autor, é fundamental compreender que o direito constitucional se mostra como elemento materializador desses direitos, estando nele os fundamentos necessários para a investigação e limitação da prática das condutas relacionadas à genética.

> El Derecho Constitucional presenta una enorme potencialidad, tanto como receptor de los derechos humanos que de forma más específica se ven involucrados por las ciencias biomédicas, como de instrumento para resolver los conflictos que de éstas

> emergen, de lo que encontramos numerosos ejemplos en el constitucionalismo comparado moderno (CASABONA, 2002, p.291).

As contribuições de Carlos Maria Romeo Casabona revelam alcance universal, considerando os aspectos transcultural e multidisciplinar propostos nos seus escritos. Ao tratar sobre investigações e manipulações genéticas, Casabona pondera o fato de que os benefícios reais e virtuais são bastante conhecidos, sendo imprescindível a adoção de medidas protetivas e de cuidados quando esses procedimentos envolvem seres-humanos (CASABONA, 2005).

> No obstante, la elaboración de procedimientos y productos biotecnológicos y las investigaciones que la sustentan deben ser compatibles con la adopción de precauciones y medidas de seguridad en el manejo de la materia viva, más todavía cuando ésta ha sido objeto de modificaciones genéticas, cuyas interferencias en otros seres vivos, incluido el ser humano, son todavía impredecibles (ROMEO CASABONA, 2005, p. 3).

Nesse contexto, a imparável expansão do fenômeno da globalização demanda a busca de pontos de equilíbrio frente aos graves riscos que podem derivar das fontes de poder que estão além do controle dos Estados ou da Comunidade Internacional. Assim, a biotecnologia é uma das mais "atractivas tentaciones para pretender sobrepasar cualquier limite" (CASABONA, 2005, p. 4) e os direitos humanos e fundamentais devem ser os instrumentos adequados para a conformação dessa barreira.

Os direitos humanos devem ser concebidos como elementos de desenvolvimento internacional de alguns princípios bioéticos, o que é importante para integração transcultural. O desafio dos tempos atuais é assegurar que a globalização ética e jurídica se dê num contexto de transculturalidade que envolva "una aceptación universal de ciertos valores y derechos compartidos que sean capaces de dar las respuestas exigidas por los desafíos de un mundo globalizado" (CASABONA, 2005, p. 4).

Essa valorização dos direitos humanos é fundamental e deve ser concebida como elemento de vinculação entre o direito internacional e o direito interno dos Estados, em especial no âmbito das ciências biomédicas:

> Como se ha podido comprobar, no pocos de estos principios a su vez se han ido configurando también en el Derecho Internacional y son de extraordinaria importancia para lograr enfoques adecuados en relación con las ciencias biomédicas; es decir, una interacción del Derecho Internacional y el Derecho Interno cada vez más frecuente y profunda (CASABONA, 2002, p. 291).

A edição genética se relaciona evidentemente com essa noção de ciência globalizada. Os impactos e as implicações do uso da edição genética, que é uma técnica capaz de transformar a própria autocompreensão do ser humano, demandam reflexões universais, já que o patrimônio genético da humanidade é um bem global e deve ser efetivamente protegido. Nesse sentido, a identificação de problemas e a proposição de soluções, pautadas em diretrizes bioéticas e nos direitos humanos, é de grande valia, e devem ser recepcionadas para além de normativas internacionais, demandando regulações internas.

5 CONCLUSÃO

O surgimento da tecnologia CRISPR/Cas9 revoluciona a edição genética e traz novos horizontes ao tratamento das patologias humanas graves. As evidências científicas publicizadas apontam para o fato de que a utilização terapêutica da edição genética tem potencial para melhorar a qualidade da saúde e vida das pessoas. Por essa razão, é necessário pugnar pela incorporação da técnica aos sistemas de saúde.

Esse estudo demonstrou porque a edição genética deve ser englobada pelo Sistema de Saúde do Brasil, seja no âmbito da saúde pública ou na saúde complementar. À luz do princípio da universalidade da cobertura, a terapia genética pode ser uma alternativa mais eficiente e barata ao tratamento de patologias graves. As dificuldades consoantes à essa implementação perpassam pela grande desigualdade que se manifesta nas relações de saúde no país e pela ausência de legislação sobre a técnica, já que a lei 11.105/2005 é incipiente e não contempla diversos assuntos relacionados à terapia genética. Sabe-se que muitos outros tratamentos também devem ter cobertura imediata pelo sistema público e privado, posto estarem frontalmente interligados à possibilidade de sobrevida dos pacientes.

A aplicação benéfica da edição genética exige enfrentamento de problemas como a segurança dos indivíduos submetidos à terapia, além das desigualdades socioeconômicas no âmbito das relações de saúde. Em virtude da carência legislativa sobre o tema, faz-se primordial o estabelecimento de diretrizes e critérios bioéticos, como já realizado em países que adotam protocolos de terapia genética, que auxiliem a adequada implementação dessa nova tecnologia, evitando práticas neoeugênicas e garantindo a segurança dos envolvidos.

Nesse contexto, para que a terapia genética se desenvolva e possa auxiliar no melhoramento da saúde do Brasil, torna-se imprescindível estabelecer sua adequada regulação. A ausência de disciplina normativa, somada ao contexto de desigualdade em saúde, são obstáculos à efetivação de direitos fundamentais. A disciplina legal deve ter como pauta

critérios bioéticos que proíbam práticas eugênicas e interesses puramente mercadológicos e garantam a segurança dos pacientes. Normativas internacionais devem ser diretrizes à constituição do direito interno, na medida em que recepcionaram princípios fundamentais ao uso ético e seguro da informação genética em prol de manter resguardado direitos ínsitos à condição ontológica do ser humano.

O desenvolvimento da terapia genética demanda o estabelecimento de regulação adequada. A norma criada deve priorizar o desenvolvimento e implementação da edição genética em células somáticas, estabelecendo parâmetros de aplicação adequados. Porém, é preciso também limitar a prática da técnica células germinativas, em razão dos impactos na manutenção da naturalidade do patrimônio genético. Por fim, essa regulação deve ser fiscalizada por uma agência reguladora competente que garanta o respeito às diretrizes e aos critérios estabelecidos. Um sistema de saúde eficaz e moderno precisa disponibilizar o melhor que a tecnologia tem a oferecer. Entretanto, o gradativo aperfeiçoamento deve levar em conta as problemáticas do sistema e os dilemas bioéticos inerentes aos avanços científicos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Elizabeth Nogueira de; ANDRADE, Edson Oliveira. O SUS e o direito à saúde do brasileiro: leitura de seus princípios, com ênfase na universalidade da cobertura. **Revista Bioética**, v. 18, n. 1, p. 61-74, 2010. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/536>. Acesso em: 04 out. 2020.

ANTONIO, Gilka Lopes Moreira. Planos privados individuais de saúde: o consumidor ainda tem poder de escolha? **Caderno Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 7, n.1, p.163-182, jan/mar 2018. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/463. Acesso em: 04 out. 2020.

BENDER, Eric. Regulating the gene-therapy revolution. **Nature**, n. 564, p. 20-22, 2018. Disponível em: https://www.nature.com/articles/d41586-018-07641-1. Acesso em: 06 out. 2020.

BERGEL, Salvador Darío. Bioética y el derecho de aceso a los medicamentos. **Revista de Direito Sanitário**, v. 7, n. 1-3, p. 117-162, 2006. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/79971 . Acesso em: 06 out. 2020.

BERNARDO-ÁLVAREZ, Maria Ángela. La revolución de CRISPR-Cas9: una aproximación a la edición genómica desde la bioética y los derechos humanos. **Revista Iberoamericana de Bioética**, n. 3, p. 1-13, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.14422/rib.i03.y2017.003. Acesso em: 06 out. 2020.

BORGES, Danielle da Costa Leite; SCHUMACHER, Mercedes. O equilíbrio entre o individual e o coletivo na busca pela universalidade do Sistema Único de Saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 2, n. 2, p. 36-50, jul./dez 2013. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/66. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. **Lei 8.080 de 19 de setembro 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. **Lei 9.656 de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. **Lei 11.105 de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Laronidase como terapia de reposição enzimática na mucopolissacaridose tipo I**. Brasília, 2017. Disponível em: http://conitec.gov.br/images/Relatorios/2017/Relatorio_laronidase_MPSI_FINAL_293_2017.pdf. Acesso em: 06 out. 2020.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Consideraciones jurídicas sobre las tecnicas geneticas. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 12, p. 15-38, 1995. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142331. Acesso em: 04 out. 2020.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Consideraciones jurídicas sobre procedimientos experimentales de mejora en neurociencias. *In:* CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Más allá de la salud:** intervenciones de mejora en humanos. Granada: Comares, 2012.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Bienes jurídicos implicados en la clonación. **Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas**, n. 2, p. 145-168, 2000. Disponível em: https://rduss.com/index.php/rduss/article/view/310. Acesso em: 04 out. 2020.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Ethical, legal and social issues related to cell therapy. **Revista de derecho y genoma humano = Law and the human genome review**, n. 28, p. 141–158, 2008. Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/18942509/. Acesso em: 04 out. 2020.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Hacia un Derecho Transcultural para la Genética y la Biotecnología Humanas. **Revista de Bioética y Derecho**,n. 3, p. 3-8, 2005. Disponível em: https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7916/9817. Acesso em: 04 out. 2020.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. La clonación humana: los presupuestos para la intervención penal. **Revista galega de administración pública**, n. 27, p. 127-167, jan-abr 2001. Disponível em: https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/download/799/1261/. Acesso em: 04 out. 2020.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. **Revista de derecho y genoma humano = law and the human genome review**, n. 24, p. 75-128, 2006.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. La genética y la biotecnologia en las fronteras del derecho. **Acta Bioethics**, v. 8, n. 2, p. 283-297, 2002. Disponível em: http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2002000200009. Acesso em: 04 out. 2020.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. La Ley de Investigácion Biomédica: pros y contras. **Bioética & debat: Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica**, n. 50, p. 22-28, 2007. Disponível em: https://www.raco.cat/index.php/BioeticaDebat_es/article/view/259484/346704. Acesso em: 04 out. 2020.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas. *In:* CASABONA, Carlos Maria Romeo. **La eugenesia hoy.** Bilbao-Granada:Editorial Comares, 1999.

CHAPMAN, Audrey. Tomorrow's Child: Unlikely to Be Obsolete. **The American Journal of Bioethics**, v. 19, n. 7, p. 22-23, 2019. Disponível em: https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/15265161.2019.1618953. Acesso em: 06 out. 2020.

COBUCCI, Ricardo; DUARTE, Lucélia. Bioética, assistência médica e justiça social**. Revista Bioética**, v. 21, n. 1, p. 62-66. jan./abr, 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000100007. Acesso em: 06 out. 2020.

DEWITT, Mark; MAGIS, Wendy; BRAY, Nicolas; *et al*. Selection-free genome editing of the sickle mutation in human adult hematopoietic stem/progenitor cells. **Science Translational Medicine**, v. 8, n. 360, 2016. Disponível em: https://stm.sciencemag.org/content/8/360/360ra134. Acesso em: 06 out. 2020.

DING, Xiong; YIN, Kun; LI, Ziyue; *et al.* All-in-One Dual CRISPR-Cas12a (AIOD-CRISPR) Assay: A Case for Rapid, Ultrasensitive and Visual Detection of Novel Coronavirus SARS-CoV-2 and HIV vírus. **bioRxiv**, mar 2020. Disponível em: https://www.biorxiv.org/content/10.1101/2020.03.19.998724v1. Acesso em: 06 out. 2020.

FURTADO, Rafael. Edição genética: riscos e benefícios da modificação do DNA humano. **Revista Bioética**, v. 27, n. 2, p. 223-233, abr/jun 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198380422019000200223&tlng=pt Acesso em: 06 out. 2020.

GÜELL, Marc. Gene editing in translational research. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 47, p. 5-15, nov. 2019. Disponível em: https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/28570 Acesso em: 06 out. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana. A caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1998.

JIMÉNEZ, Pilar Nicoláz. Carlos María Romeo Casabona. **Revista Iberoamericana de Bioética**, n. 3, p. 1-13, 2016. Disponível em: https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7661/7480. Acesso em: 04 out. 2020.

LACADENA, Juan Ramon. Edición genómica: ciencia y ética. **Revista Iberoamericana de Bioética**, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7665. Acesso em: 04 out. 2020.

LEDFORD, Heidi. Biohackers gear up for genome editing. **Nature**, v. 524, p. 398-399, 2015. Disponível em: https://www.nature.com/news/biohackers-gear-up-for-genome-editing-1.18236. Acesso em: 06 out. 2020.

MAEDER, Morgan; GERSBACH, Charles. Genome-editing technologies for gene and cell therapy. **Molecular Theraphy**, v. 24, p. 430-446, 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1038/mt.2016.10. Acesso em: 06 out. 2020.

MARFANY, Gemma. Interrogantes y retos actuales de la edición genética. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 47, p. 17-31, nov. 2019. Disponível em: https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/28551. Acesso em: 04 out. 2020.

MEIRELLES, Ana Thereza. A proteção à naturalidade do patrimônio genético face à proposta da eugenia liberal: o futuro da natureza humana em Jürgen Habermas. **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**. vol. 3, n. 2, p, 1-17, 2017. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/2301. Acesso: 04 out. 2020.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial.** Limites éticos e jurídicos. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

NARDI, Nance Beyer; TEIXEIRA, Leonardo Augusto Karam; SILVA, Eduardo Filipe Ávila da. Terapia gênica. **Ciência e Saúde Coletiva**, 7(1):109-116, 2002. Disponível em: https://www.scielosp.org/pdf/csc/2002.v7n1/109-116/pt. Acesso em: 03 out. 2020.

NATIONAL ACADEMIES OF SCIENCES, ENGINEERING, AND MEDICINE. Committee on Human Gene Editing: Scientific, Medical, and Ethical Considerations. **Human Genome Editing: Science, Ethics, and Governance**. Washington, DC: National Academies Press, 2017. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK447270/. Acesso em: 06 out. 2020.

SANDEL, Michael. **Contra a perfeição: Ética na era da engenharia genética.** Tradução de Ana Carolina Mesquita. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2018.

SANTALÓ, Josep; CASADO, María. **Documento sobre bioética y edición genómica en humanos**. Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 2016. Disponível em: http://hdl.handle.net/2445/105022. Acesso em: 06 out. 2020.

WATSON, James; CRICK, Francis. Molecular Structure of Nucleic Acids: A Structure for Deoxyribose Nucleic Acid. **Nature,** v. 171, p. 737–738, 1953. Disponível em: https://www.nature.com/articles/171737a0. Acesso em: 06 out. 2020.

XU, Lei; WANG, Jun; LIU, Yulin; *et al*. CRISPR-edited stem cells in a patient with HIV and acute lymphocytic leukemia. **New England Journal of Medicine**, v. 381, p. 1240-1247, 2019. Disponível em: https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa1817426. Acesso em: 06 out. 2020.

Submissão em 9/10/2020 / Aceito em 05/11/2020

ETHICAL AND LEGAL IMPLICATIONS OF A GLOBAL HEALTH CRISIS ON SPORTS LAW: from the ebola threat to covid-19

IMPLICACIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS DE UNA CRISIS SANITARIA GLOBAL EN EL DERECHO DEPORTIVO: de la amenaza del ébola a la covid-19

Elena Atienza Macías[*1]
University of the Basque Country (UPV/EHU)
Aitziber Emaldi Cirión[2]
University of the Basque Country (UPV/EHU)

Abstract:
The emergence of COVID-19 has been spreading around the world at a vertiginous growth rate. The generality of the countries of the world is affected, and the great majority of them have decided to postpone and/or suspend their sporting events. Without a doubt, the more relevant postponement has been that of the Tokyo 2020 Olympic Games. The health and ethical-legal effects of COVID-19 are extremely high.
Keywords:
global health crisis, covid-19, sports law, *force majeure.*

Resumen:
La aparición de la COVID-19 se ha extendido por todo el mundo a un ritmo de crecimiento vertiginoso. La generalidad de los países del mundo se ve afectada, y la gran mayoría de ellos han decidido posponer y/o suspender sus eventos deportivos. Sin duda, el aplazamiento más relevante ha sido el de los Juegos Olímpicos de Tokio 2020. Los efectos en el ámbito de la salud y ético-jurídicos que la COVID-19 ha implicado son extremadamente altos.
Palabras clave:
crisis sanitaria global, covid-19, Derecho deportivo, fuerza mayor.

1 STATE OF THE ART

The coronavirus pandemic (COVID-19)[3], currently in an acute phase worldwide and the resulting crisis has acquired a multidimensional character affecting the various areas of the

[*] This research is part of the Postdoctoral Program "Juan de la Cierva Formación 2017" of the Spanish Ministry of Science, Innovation and Universities, to which the author is attached. It has also been supported (Ref. No IT1066-16) by the Department of Education of the Basque Government to support the activities of Research Groups of the Basque University System, specifically the Chair in Law and the Human Genome Research Group.
[1] PhD. in Law from the University of Deusto, Comillas Pontifical University (ICADE) and Ramon Llull University-ESADE "Juan de la Cierva" Postdoctoral Research Fellow, Ministry of Science, Innovation and Universities at the Chair in Law and the Human Genome Research Group, University of the Basque Country UPV/EHU (Bilbao, Spain). Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4275-7170
[2] Permanent Lecturer of Constitutional Law at the University of Deusto - Member of the Research Ethics Committee at the University of Deusto - Researcher at the Chair in Law and the Human Genome Research Group, University of the Basque Country UPV/EHU (Bilbao, Spain). Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5034-6956
[3] It is worth highlighting the Report of the Spanish Ministry of Health —from the ethical and legal point of view—, coordinated by Carlos María ROMEO CASABONA entitled "Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2, Spain, 2020. In this regard, on 2 April 2020, the Ministry of Health published the Report on ethical aspects in pandemic situations: the SARS-CoV-2, in which the *ad hoc*

social framework. Sport, as part of the recreational spectrum —both in its professional and amateur aspects— has not been immune to this virus.

Since the early stages of 2020, we have witnessed, with perplexity, constant and pervasive changes in the national and international regulatory landscape. Variations in the rules of the game have meant that, what some have already called "Ius coronavirus", has become the winner of an autonomy and entity of its own as a legal discipline, specifically in the field of Sports Law where the so-called "coronavirus clauses"[4] have been gaining ground in certain contracts.

Sport at a professional level was, without a doubt, a breeding ground for the virus to play with its spreading effect with two incandescent elements: an audience made up of large crowds and the physical contact inherent in sporting activity.

It is true that the sports industry built on live events, where large crowds of spectators gather to watch professional sports leagues, has seen the *domino effect* of canceling, suspending or postponing current or upcoming seasons. The interaction and physical contact required in all sporting disciplines[5] has meant that the vast majority of competitions are suspended *sine die* pending minimum health conditions.

Overall, the explosive spread of the COVID-19 virus around the world and the frenetic struggle of states to face this battle and find a solution soon, has dramatically affected the sports industry. Two major events in the summer 2020 sports calendar have been dramatically

---

Working Group that prepared it (coordinated by Prof. ROMEO CASABONA), made a series of recommendations, along the same lines as the Spanish Bioethics Committee, aimed at guaranteeing the preservation of fundamental rights. This relevant report is available at: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf

[4] Indeed, the new contracts that the National Football League (NFL) teams that are presenting to players who want to get into the free agent market have included clauses related to the coronavirus. These clauses contemplate that a physical failure would mean the loss of the signing bonus money. In this sense, in a more conventional year in the NFL, a physical exam is required to consummate a deal. Vid. HAISLOP, Tadd, "New coronavirus clauses in NFL free agency contracts could cost players millions," SportingNews, March 19, 2020. Available at: https://www.sportingnews.com/us/nfl/news/coronavirus-clauses-nfl-free-agency-contracts/1gjcn7nydyhrk16jsdpepbteav [Last accessed: April 12, 2020].

[5] With the exception of this point and because every crisis brings with it the search for opportunities, Singapore finds its niche in golf. In this sense, golf clubs saw their reserves increasing as the sport has been perceived as "safe" (or relatively safe) during this outbreak, as it is a sport practiced outdoors. Infectious disease specialist Leong Hoe Nam indicated that it is relatively safe as an outdoor sport and because viruses (this particular COVID-19) "hate" the sun (some experts estimate that high temperatures would end the outbreak of coronavirus). *Vid.* "Coronavirus: Boom time for golf in Singapore with courses full; spending time outdoors seen as 'safe'", *The Politician*, 1 April 2020 and GLEASON, Patrick, "Golf in a time of coronavirus", Forbes, April 6, 2020. Available at: https://www.forbes.com/sites/patrickgleason/2020/04/06/golf-in-a-time-of-coronavirus/#7f6421a52d8c [Last accessed: April 12, 2020].

affected: UEFA (Union of European Football Associations)[6] Euro 2020 and the Tokyo 2020 Olympic Games. Doubts, polemics and a final postponement have characterized the actions of the International Olympic Committee (IOC) regarding the immovable mark "Olympic Games Tokyo 2020" which, however, will be held in 2021.

For its part, at the amateur level, sports clubs put in place all the necessary sterilisation measures at first, but finally they were later forced to temporarily close their facilities, with the legal consequences that this entailed.

2. LEGAL IMPLICATIONS OF SPORT AS A SOCIO-ECONOMIC SECTOR

2.1 Impact on Sport as an industry

There are many questions about the consequences of this health crisis on the legal, economic and social framework that underpins the all-powerful sports industry. We are undoubtedly facing an unforeseen pandemic, the durability of which is unpredictable and which has required the adoption of a “legal package” of urgent measures.

The economic impact[7] was foreseeable in the short term with the first of the approved decisions on holding matches behind closed doors (i.e. stadiums without spectators) and/or suspending competitions. This measure, accepted by the vast majority of national and world Leagues and Federations, clearly affects the income of the stakeholders in sport.

The first challenge has fallen on the sports entities and the search for protection of their players, therefore, workers, who have had to analyze their contracts to adapt them to the exceptional situation that is taking place. Along these lines, the clubs have opted for the optimisation of players' salaries, in some cases asking them to reduce their salaries, which would reduce costs and consequently generate savings, or in other cases establishing the reduction directly[8].

---

[6] *Vid.* “COVID-19, networks and sport”, *Managing Sport and Leisure*, March 2020.

[7] *Vid.* RISHE, Patrick, “Coronavirus impact upon sports industry most felt by hotel, restaurant industries and sports venue service workers”, *Forbes*, march 12, 2020. https://www.forbes.com/sites/prishe/2020/03/12/coronavirus-impact-upon-sports-industry-most-felt-by-hotel-restaurant-industries-and-in-venue-service-workers/#516cb6e85bc6 [Last accessed: April 12, 2020].

[8] They are an example of this, the NBA team of the Philadelphia Sixers, lowering salaries by 20%. *Vid.* HELIN, Kurt, “Philadelphia 76ers staff faces temporary 20 percent paycuts due to coronavirus fallout”, *NBC Sports*, 24 march, 2020. Available at https://nba.nbcsports.com/2020/03/24/philadelphia-76ers-staff-faces-20-percent-paycuts/ [Last accessed: April 12, 2020].

Despite these efforts, it seems difficult to find the ideal option in the interest of cost reduction for clubs. The match day accounts for approximately 15-40% of the clubs' income and is one of the parties most affected by the sudden extension of COVID-19. Both the suspension of leagues and the holding of matches behind closed doors lead to unforeseen costs for clubs: firstly, for the compensation of tickets and season tickets, followed by the cleaning and disinfection of areas, losses due to the closure of shops linked to clubs' licensed products, sponsorship and supplier costs, among others. It is true that, behind closed doors, matches can still be broadcast, but even if costs are reduced, it is no less true that there are still losses for the clubs. This would in any event be one of the most consistent measures, bearing in mind that television accounts for nearly 90% of the income of most clubs. In any event, the negative impact on television broadcasting rights and advertising contracts is clear.

But the situation is having its positive effects, which are exemplified in the solidarity of sportsmen and sportswomen and sports entities, such as donations[9], voluntary salary reductions, charity tournaments, among others. In addition, many clubs are also focusing on the social aspect for the loyalty of their followers by developing the virtual market through social networks, competitions, work from home for daily management of telematics, among other measures.

In this situation, the question is whether it will have a specific legal effect or, more specifically, whether it will create precedents or be subject to exceptional measures for this specific situation (since, as we announced at the beginning, "coronavirus clauses" are already being included in contracts). What seems certain is that there will be a remodelling of the sports business.

2.2. On the cancellation of sports events

2.2.1. The tricky concept of "force majeure" in private law

Attempts to combat the spread of the coronavirus have led to the cancellation of numerous sporting events in the world of sport and, for their part, the companies affected by

[9] Donations from football stars like Lionel Messi or tennis stars like Roger Federer. “Roger Federer joins FC Barcelona legend Lional Messi in making big donation to help coronavirus fight”, *Tennishead*, march 26, 2020. Available at: https://tennishead.net/roger-federer-joins-fc-barcelona-legend-lional-messi-in-making-big-donation-to-help-coronavirus-fight/ [Last accessed: April 12, 2020].

the cancellations to review their contracts and, in particular, to examine the widely used "force majeure" clause.

The provisions on force majeure, as a phenomenon of exoneration from contractual liability of a party for a breach due to circumstances beyond its control, deserve special attention since a coronavirus outbreak presents a *sui generis* situation consisting of a natural element (the virus itself) and of an element of government action (which refers to quarantines, cancellations and other mechanisms set up in response to the outbreak) [10].

From the Latin vis maior meaning superior force, it refers to an event that triggers an exception to the principle of liability for duty to perform, whether contractual or non-contractual. It is based, in fact, on the Roman principle of "vis maior", which was described as an act of God and limited to causes arising from nature. However, the principle of force majeure soon extended to man-made events.

To better illustrate, force majeure refers to an extraordinary event, such as natural disasters of all kinds, i.e., storms, earthquakes, floods, epidemics, volcanic eruptions, as well as fires, traffic accidents, wars, riots, terrorist attacks, kidnappings, revolutions and strikes. Force majeure could generally be described as an unforeseeable event affecting contractual relations and is inevitable despite extreme efforts by the parties.

The conditions justifying a party's failure to comply are also recognised in both English[11] and American law[12]. It has been defined in private law in relation to the effects of obligations, configuring it as a cause that prevents the fulfilment of an obligation and that is a

---

[10] *Vid*. VV.AA., "Managing the commercial impact of the coronavirus: implications for the sports & entertainment industry", *The National Law Review*, march 13, 2020. Available at: https://www.natlawreview.com/article/managing-commercial-impact-coronavirus-implications-sports-entertainment-industry [Last accessed: April 12, 2020].

[11] A key issue in many of these potential disputes will be whether the outbreak of Covid-19, or the mandatory measures imposed on sports event organizers to cancel, delay or play them behind closed doors, will release a party from its contractual obligations. Common law has developed its own responses to this problem, often in the context of events with large numbers of spectators. The first is the common law doctrine of "frustration" which will take effect when an event occurs, which the parties have not foreseen in their contract, which makes the performance of the contract impossible and which does not occur as a result of the failure of one of the parties to perform. The second is the inclusion in contracts of "force majeure" clauses, in which the parties expressly provide that they are released from their obligations by the occurrence of a certain event beyond their control. The position with respect to force majeure differs in different jurisdictions, but in England it is for the parties, when negotiating a contract, to decide which events will constitute force majeure and the consequences of their occurrence. DE MARCO, Nick, "Coronavirus, sport & the law of frustration and force majeure", *Sports Law Bulletin*, march 13, 2020. Available at: https://www.sportslawbulletin.org/coronavirus-sport-law-frustration-and-force-majeure/ [Last accessed: April 12, 2020].

[12] In American law, force majeure (the illustrative "Act of God" is stated in similar terms: PAUL, WEISS, RIFKIND, WHARTON & GARRISON LLP, *Force Majeure in the wake of the coronavirus (COVID-19)*, march 3 2020. Available at:: https://www.paulweiss.com/practices/litigation/litigation/publications/force-majeure-in-the-wake-of-the-coronavirus-covid-19?id=30746 [Last accessed: April 12, 2020].

cause beyond the will and control of the obligor, which is why the law exonerates him from responsibility for the non-fulfilment derived from the cause of force majeure.

A constant question in recent months for the sports-legal framework is whether the coronavirus situation constitutes force majeure. According to the general opinion[13], the coronavirus pandemic is included in force majeure as long as it meets the three criteria of externality, unpredictability and irresistibility, and has made the fulfilment of the players' contracts at least partly impossible. At first sight, it might seem that it is only the athletes who cannot fulfil their contractual obligations - since they cannot train or compete - while the obligation of the clubs to pay is not impossible as such. However, the problem certainly needs to be examined more broadly, as the financial losses of clubs and other stakeholders are significant for the same external reason. It would be appropriate for the fundamental principles of fairness, honesty and good faith to prevail in these relationships.

2.2.2 The Court of Arbitration for Sport (CAS) and "force majeure" cases

The jurisdiction of the Court of Arbitration for Sport in Lausanne has ruled with respect to the "force majeure" clause, and within its broad casuistry the cases that have reported on this point, a greater legal significance, are referred to below.

In the case of TAS Alexandria Union Club *versus* Juan José Sánchez Maqueda & Antonio Cazorla Reche, the Court declared that the Egyptian civil war which ended the 2012-13 football season and which, as is known, occurred on 1 April 2013, constituted a case of force majeure[14]. .

---

[13] *Vid.* MILANOVIC, Luka / BERGANT RAKOCEVIC, Vesna, "COVID-19: the impact on players' contractual rights & obligations (key principles from case law)", *LawInSport*, march 30 2020. Available at: https://www.lawinsport.com/topics/item/covid-19-the-impact-on-players-contractual-rights-obligations-key-principles-from-case-law [Last accessed: April 12, 2020].

[14] A similar approach was taken by the Basketball Arbitration Tribunal (BAT) in its case of Anis Georges Feghali v. Cercle sportif maristes, club of Champville. According to BAT, the club established the existence of a force majeure ″ ... by having disrupted and negatively affected its organisation and activities during at least the first half of the 2013-2014 season, that is to say from August to December 2013, as the club had no responsibility for and no control over the postponement of the Lebanese first division basketball championship during that period. Vid. BAT 0529/14, *Anis Georges Feghali v. Cercle sportif maristes, Champville club*, award of 31 July 2014, paras. 50 et seq., Available at: https://www.fiba.basketball/en/Module/85132837-66aa-4ff3-a063-8cdfe44ea14d/0ada486c-0343-423f-9c18-58e83fe4ea8a [Last accessed: April 12, 2020].

However, other CAS cases reflect extremely different views. For example, it is worth mentioning case CAS 2015/A/3920[15] in which the Court of Lausanne ruled that the Royal Moroccan Football Federation (RMSF) did not have the right to postpone the Africa Cup of Nations tournament in 2015 because of concerns about the Ebola virus. CAS determined that Ebola was not a force majeure event because it did not make the organization of the tournament impossible, but only difficult. Caution must be exercised with regard to this case given its highly specific nature in fact: it depended partly on expert evidence suggesting that, at the time, Ebola was transmitted by direct contact with organic liquids and there was no evidence that it could be transmitted by air or touch. In addition, CAS was sympathetic to the legitimate fears of the WRF about Ebola and, although it did not agree that it was a case of force majeure, it allowed the WRF to appeal against the strong financial and other sanctions imposed on it by the Confederation of African Football[16].

3 THE POSTPONEMENT OF THE TOKYO 2020 OLYMPIC GAMES AND ITS EFFECTS

3.1 Significant precedents[17]

This is not the first time that a global health crisis has impacted on sport on a global scale. From HIV to SARS to avian flu and Ebola[18], the world of sport has already been through a similar trance, if not on such a large scale.

3.1.1 Avian Influenza and SARS and the 2008 China Olympics

SARS, which was recognized as a global threat in March 2003, was believed to be caused by a type of coronavirus and was of particular concern to the scientific community because its structure made it very easy for the virus to mutate. Avian influenza also emerged in

---

[15] CAS 2015/A/3920 *Fédération Royale Marocaine de Football v. Confédération Africaine de Football*, Award of 17 November 2015. Available at: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2016_1.pdf [Last accessed: April 12, 2020].

[16] *Vid.* BÔNE, Nicolas, "CAS 2015/A/3920 Fédération Royale Marocaine de Football v. Confédération Africaine de Football, Award of 17 November 2015*", Yearbook of International Sports Arbitration 2016*, DUVAL, Antoine / RIGOZZI, Antonio (Eds), T.M.C. Asser Press, The Hague, Netherlands, 2017.

[17] SKINNER, James / SMITH, Aaron, CT, "Coronavirus: not the first global health crisis to impact sport", *The Conversation UK*, march 18, 2020. Available at: https://theconversation.com/coronavirus-not-the-first-global-health-crisis-to-impact-sport-133318 [Last accessed: April 12, 2020].

[18] Relating to the African Cup of Nations, originally scheduled to take place in early 2015 in Morocco.

late 2003 as another potential global health problem. The new strain was capable of infecting humans and countries were urged to maintain a high level of vigilance and not to relax their surveillance and detection efforts.

Both diseases emerged around the time Beijing was preparing to host the 2008 Olympic Games. The effects were strongly felt in 2005, although three years before the event, and past mismanagement and new cases cast doubt on the country's ability to host the games. As a result, a number of sporting events, which Beijing hoped would demonstrate its readiness for the Olympic Games, were cancelled or moved to other countries.

As the games approached, with millions of visitors and unprecedented global press coverage, fears arose that another outbreak of avian flu could prove disastrous. As a precaution, thousands of hospital beds were kept empty during the Beijing Olympics to deal with the possibility of an outbreak.

3.1.2 The "zika" virus outbreak and the Brazil 2016 Olympic Games

With regard to the outbreak of "zika" virus infection in Brazil, there was even a controversy about the convenience of delaying or relocating the Olympic Games[19].. The year 2016 began with the disturbing news of a possible "zika" virus pandemic in America. The epidemic of this virus caused great concern among world health authorities, due to the fact that the Olympic Games were being held in Rio de Janeiro, Brazil. At the same time, a heated international controversy[20] would arise about the continuation of the games with a debate based on the principle of social responsibility and health according to the Universal Declaration of Bioethics and Human Rights[21].

A clear parallel with this situation has been the one experienced on the stage of the Tokyo 2020 Olympic Games, this time because of the COVID-19.

---

[19] VV.AA., "Zika virus infection during the Olympic Games in Rio: A fear or an actual risk?", *Revista Clínica Española*, No. 3, Vol. 217, 2017, pp. 155-160.

[20] The disagreement within the international scientific community intensified in May 2016 when a group of 177 scientists, mostly from the areas of bioethics and public health, from 28 different countries, including one from Brazil, sent an open letter to the WHO. The authors of the letter, led by Amir Attaran, argued that holding the Games in Rio would be "unethical" and proposed that "in the name of public health" the 2016 Olympic Games should be transferred from the country or postponed due to uncertainties regarding the threat of the Zika. *Vid.* ATTARAN, Amir, "Off the podium: why public health concerns for global spread of Zika virus means that Rio de Janeiro's 2016 Olympic Games must not proceed", *Harvard Public Health Review*, No. 10, Special Edition – ZIKA, 2016.

[21] VV.AA., "Social responsibility and global health: lessons from the Rio Olympics Zika controversy", *Indian Journal of Medical Ethics*, march 30, 2018.

3.1.3 HIV/AIDS and the paradigm shift

The AIDS crisis, at its peak in the late 1980s and early 1990s, had a different effect. Rather than impacting on individual events, it changed the way the game was played. Because it is transmitted by blood, WHO worked with sports medicine professionals to allay concerns about how the disease is spread and developed a set of guidelines for dealing with blood-related injuries. As a result, for ethical and legal reasons, many sports do not require HIV testing of athletes or other game personnel for fear of lawsuits resulting in an invasion of privacy. Several governing bodies, particularly in contact sports, have adopted practices to address blood-related injuries, for example, the NBA and FIFA instituted a rule requiring a player with an open wound to leave the game until he receives treatment.

All in al, the Tokyo Olympics have already been postponed. The lessons of this outbreak are not yet clear, but it is not risky to say that the severity of COVID-19 will have a lasting impact and set a precedent, as it did with the AIDS crisis.

3.2. Cancellation versus postponement of the Olympic Games

3.2.1 The controversial decision of the International Olympic Committee

At first, the IOC, still in the midst of a host of suspensions and postponements of sporting competitions around the world, stood firm in its non-deferral of the major event, scheduled to take place between 24 July and 9 August 2020. The decision of the organization presided over by Thomas Bach to go ahead, despite the global pandemic, generated immediate controversy[22]. Some positions were in fact aligned with the IOC and others called for an Olympic extension given the difficult circumstances generated.

A few reasons come to mind. Firstly, the health crisis itself and the fact of watching over people's health, that is, reasons based on Public Health (avoiding possible contagion among athletes). This reason is obvious and does not require much detail or assessment.

On the other hand, the reason for the forced isolation as a measure to stop the spread of the coronavirus should be addressed in greater depth, assuming, as is the case, for example in

[22] *Vid.* VV.AA., "The COVID-19 outbreak and implications for the Tokyo 2020 Summer Olympic Games", *Travel Medicine and Infectious Disease*, February 2020.

Spain, that it is impossible for athletes to train under normal conditions. In other words, a not inconsiderable reason for the postponement refers to the equality of conditions for participants or fair play insofar as some professional sportsmen and women lack optimal conditions for training and others do. We are basically talking about the principle of equality. Specifically, in Spain, the regime of isolation since the Spanish government declared a state of alarm on 14 March 2020 has raised an issue regarding the preparation of sportsmen and women, in order to be able to carry out part of their profession, such as training. Confined to their homes, like the rest of society obviously, they have had to devise formulas to be able to maintain their physical condition (note that confinement does not affect all sporting disciplines equally). Many people think that the Spanish government did not take into account the Olympic athletes in the Royal Decree that declared the State of Alarm. In other countries, however, such as France and Italy (and this is where the aforementioned principle of equal opportunities plays a role) where the fight against the disease is also being virulent, they have indeed found solutions for their athletes. Even Italy, the epicentre of the coronavirus in Europe, has authorised Olympic athletes to train in the open air while complying with the security measures for other citizens (i.e., distance of one and a half metres from others and prior medical control).

One aspect (which is the third we are addressing) that has not received the attention it deserves in relation to the postponement of the Olympic Games concerns the impossibility of doping controls. The lack of doping controls would be an additional reason for the postponement of the games. Without competition, with athletes confined and borders closed, anti-doping was paralysed in most countries and sports. Closing borders as a preventative measure is also key for two main reasons. The first relates to compliance with whereabouts[23] reporting obligations (athletes are required, among other things, to be physically present at the place where they indicate that they are located) as international mobility has clearly decreased dramatically. The second reason is the practical impossibility of sending Samples to specialized laboratories located abroad (many of which have temporarily suspended their operations) due to closed borders and lack of transportation.

Finally, the decision taken, by common agreement, by the IOC and the Government of Japan was to postpone the Olympic (and Paralympic) Games to 2021 because of the world

[23] Vid. ATIENZA MACÍAS, Elena, "Algunas consideraciones sobre la protección de datos en el tratamiento de muestras biológicas y datos de salud con finalidad de control antidopaje en el ámbito deportivo: el Pasaporte Biológico", *Ius et Scientia. Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, No. 2, Vol. 3, 2017, pp. 14-36.

health crisis by COVID-19[24]. The lack of knowledge about the evolution of the pandemic and the health of athletes and fans has been the main reason why the games will not be held on their scheduled date for the third time in history (the two previous ones were held during World War I and II).

To illustrate the situation. In an official statement[25], the IOC explained that the reasons taken into account for the choice of these new dates for the Olympic Games were: 1) To protect the health of athletes and all persons involved in the Games, as well as to promote the containment of the coronavirus; 2) To safeguard the interests of athletes and Olympic sport; and 3) The global international calendar of all sports.

3.2.2 Effects of the postponement[26]

It is clear from the above that the cancellation of the Tokyo Olympics was not a decision to be taken lightly. Without going any further, for economic impact[27] it seems that it will reduce, according to some estimates, Japan's annual GDP growth by 1.4%[28] . Not surprisingly, one of the major criticisms surrounding the initial hesitations about the decision to cancel the Olympic Games was that monetary issues had taken precedence over the protection of public health.

The IOC's decision to postpone the games has a number of practical and commercial consequences, including the impact on athletes, ticketing, sponsorship and broadcasting obligations, insurance payments and the wider issue of brand reputation.

It is worth remembering that the IOC is not just any sports body. The organization requires significant public funding from the host country organizing the games. The contract between the IOC and the host city, in this case Tokyo, is equally demanding. It is worth noting

---

[24] The official decision is available on the IOC website: https://www.olympic.org/news/health-and-safety-paramount-as-ioc-executive-board-agrees-to-continue-scenario-planning-for-the-olympic-games-tokyo-2020 and https://tokyo2020.org/en/news/tokyo-2020-postponement-task-force-launched [Last accessed: April 12, 2020].

[25] https://www.olympic.org/news/ioc-ipc-tokyo-2020-organising-committee-and-tokyo-metropolitan-government-announce-new-dates-for-the-olympic-and-paralympic-games-tokyo-2020 [Last accessed: April 12, 2020].

[26] ANDERSON, Jack, "Why haven't the Olympics been cancelled from coronavirus? That's the A$20bn question", *The Conversation*, march 17, 2020. Available at: https://theconversation.com/why-havent-the-olympics-been-cancelled-from-coronavirus-thats-the-a-20bn-question-133445 [Last accessed: April 12, 2020].

[27] Vid: https://iusport.com/art/104317/el-coi-reconoce-el-golpe-economico-que-ha-causado-aplazar-los-jjoo [Last accessed: April 12, 2020].

[28] Vid: "Canceling Olympics would reduce Japan's GDP by 1.4%, study says", *The Japan Times, march* 7, 2020. Available at: https://www.japantimes.co.jp/news/2020/03/07/business/economy-business/canceling-tokyo-olympics-gdp/#.XpGycMgzbIU [Last accessed: April 12, 2020].

Clause 71 of the contract[29], which provides that if any provision of the contract poses an undue hardship to the Tokyo organizing committee that could not be foreseen at the time of signature, it may request IOC to consider changes in circumstances that are reasonable. The only caveat is that such changes will not adversely affect the Games or IOC. Thus, any changes are also at the final discretion of the IOOC, and they are not obliged to consider, agree or otherwise accommodate such changes.

the decision to cancel or postpone the games is ultimately a decision of the IOC. And, as other clauses in the contract make clear, any liability arising from a cancellation will be assumed by the host city's organizing committee. Normally, when a sports body is forced to cancel a match or suspend a season, it will have to apply cost-cutting measures to compensate for the loss of ticket receipts, season ticket and pre-paid ticket refunds, and potentially, the loss of revenue from broadcasting and sponsorship arrangements. One way to reduce costs in sport is to reduce player salaries. The contractual basis for this is the so-called "adverse change" (or force majeure) clause, which refers to sudden, unexpected or unavoidable circumstances that prevent a contract from being fulfilled. These could include natural disasters and presumably a pandemic such as the coronavirus. In contrast, the IOC does not have this particular problem in that it does not pay athletes. The thorny issue for the IOC is with regard to its sponsors and broadcasting partners.

4 CONCLUSIONS

The emergence of COVID-19 has been spreading around the world at a vertiginous growth rate. The generality of the countries of the world is affected, and the great majority of them have decided to postpone and/or suspend their sporting events. Without a doubt, the more relevant postponement has been that of the Tokyo 2020 Olympic Games. The economic effects on the sports industry that COVID-19 has involved are extremely high. In fact, perhaps the most worrying issue is whether sports associations, teams and athletes will be able to recover (at least partially) their current losses.

Nevertheless, we can conjecture that this health crisis, like other previous ones, could become an economic reservoir for the sports market, becoming the new cybernetic scenario of

[29] "The Host City Contract 2020" is available at the TOKIO 2020 official website: https://gtimg.tokyo2020.org/image/upload/production/rtd40rja1u5m4p7oifej.pdf [Last accessed: April 12, 2020].

Sport in a substantial source of income. And this challenge could also be the basis for the future strategy of sports associations since the world could stop being the same after this health emergency. The internet of things, bigdata, algorithms would probably also have come to sport to stay.

BIBLIOGRAPHY

ANDERSON, Jack, "Why haven't the Olympics been cancelled from coronavirus? That's the A$20bn question", **The Conversation**, march 17, 2020.

ATIENZA MACÍAS, Elena, "Algunas consideraciones sobre la protección de datos en el tratamiento de muestras biológicas y datos de salud con finalidad de control antidopaje en el ámbito deportivo: el Pasaporte Biológico", **Ius et Scientia. Revista electrónica de Derecho y Ciencia**, No. 2, Vol. 3, 2017.

ATIENZA MACÍAS, Elena, **Las respuestas del derecho a las nuevas manifestaciones de dopaje en el deporte**, Ed. Dykinson, Madrid, Spain, 2020.

ATTARAN, Amir, "Off the podium: why public health concerns for global spread of Zika virus means that Rio de Janeiro's 2016 Olympic Games must not proceed", **Harvard Public Health Review**, No. 10, Special Edition – ZIKA, 2016.

BÔNE, Nicolas, "CAS 2015/A/3920 Fédération Royale Marocaine de Football v. Confédération Africaine de Football, Award of 17 November 2015", **Yearbook of International Sports Arbitration 2016,** DUVAL, Antoine / RIGOZZI, Antonio (Eds), T.M.C. Asser Press, The Hague, Netherlands, 2017.

DE MARCO, Nick, "Coronavirus, sport & the law of frustration and force majeure", **Sports Law Bulletin**, 13 march, 2020.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo / ATIENZA MACÍAS, Elena / ARMAZA ARMAZA, Emilio José, "The European Union Integrated Political Crisis Response Arrangements: Improving the European Union's Major Crisis Response Coordination Capacities", **Disaster Medicine and Public Health Preparedness**, No. 3, Vol. 9, Cambridge University Press, Cambridge, United Kingdom, June 2015.

DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo / ATIENZA MACÍAS, Elena, "What can we expect from the EU legal framework in a pandemic outbreak?", **BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, Special Issue Diritto, diritti ed emergenza ai tempi del Coronavirus**, No. 2, 2020.

EDITORIAL, "How the coronavirus is impacting sport", CNN, march 2, 2020.

EDITORIAL, "Canceling Olympics would reduce Japan's GDP by 1.4%, study says", **The Japan Times**, march 7, 2020.

EDITORIAL, "Roger Federer joins FC Barcelona legend Lional Messi in making big donation to help coronavirus fight", Tennishead, march 26, 2020.

EMALDI CIRION, Aitziber, "El uso de las nuevas tecnologías biomédicas en aras a la defensa del Derecho a la Salud", **Passado, Presente e Futuro dos Direitos Humanos**, PROENÇA XAVIER, J. / ALBUQUERQUE, Cristina / FERRO GOUVEIA, Helena (Coordinadores), Coimbra, Portugal, 2020.

EMALDI CIRION, Aitziber, "Derechos Constitucionales y análisis jurídico en relación con el diagnóstico genético preimplantatorio en el contexto de la reproducción asistida", **Retos del Derecho ante un Mundo Global**, Ed. Tirant Lo Blanch, 2020.

FIFA, **COVID-19 Football Regulatory issues**, April 2020.

GLEASON, Patrick, "Golf in a time of coronavirus", **Forbes**, April 6, 2020.

HAISLOP, Tadd, "New coronavirus clauses in NFL free agency contracts could cost players millions", **SportingNews**, march 19, 2020.

HELIN, Kurt, "Philadelphia 76ers staff faces temporary 20 percent paycuts due to coronavirus fallout", **NBC Sports**, march 24, 2020.

MILANOVIC, Luka / BERGANT RAKOCEVIC, Vesna, "COVID-19: the impact on players' contractual rights & obligations (key principles from case law)", **LawInSport**, march 30, 2020.

PAUL, WEISS, RIFKIND, WHARTON & GARRISON LLP, **Force Majeure in the wake of the coronavirus (COVID-19)**, march 3, 2020.

RISHE, Patrick, "Coronavirus impact upon sports industry most felt by hotel, restaurant industries and sports venue service workers", **Forbes**, march 12, 2020.

ROMEO CASABONA, Carlos María, "La Unión Europea, factor clave en la respuesta frente a una bio-catástrofe", **Bioterrorismo y bioseguridad**, ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.), Ed. Comares, Granada, España, 2015.

ROMEO CASABONA, Carlos María, **Genética, Biotecnología y Ciencias Penales,** Ediciones de la Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2009.

SKINNER, James / SMITH, Aaron CT, "Coronavirus: not the first global health crisis to impact sport", **The Conversation UK**, march 18, 2020.

SPANISH MINISTRY OF HEALTH, Report "Informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2", ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.), Spain, April 2020.

VV.AA., "Zika virus infection during the Olympic Games in Rio: A fear or an actual risk?", **Revista Clínica Española**, No. 3, Vol. 217, 2017.

VV.AA., "Social responsibility and global health: lessons from the Rio Olympics Zika controversy", **Indian Journal of Medical Ethics**, march 30, 2018.

VV.AA.,., "The COVID-19 outbreak and implications for the Tokyo 2020 Summer Olympic Games", **Travel Medicine and Infectious Disease**, February 26, 2020.

VV.AA.,., "Managing the commercial impact of the coronavirus: implications for the sports & entertainment industry", **The National Law Review**, march 13, 2020.

VV.AA., "COVID-19, networks and sport", **Managing Sport and Leisure**, March 2020.

VV.AA., **Economics in the Time of COVID-19**, BALDWIN, Richard / WEDER DI MAURO, Beatrice (Eds.), CEPR Press, Centre for Economic Policy Research, London, United Kingdom, 2020.

WREN-LEWIS, Simon, "The economic effects of a pandemic", **Economics in the Time of COVID-19**, BALDWIN, Richard / WEDER DI MAURO, Beatrice (Eds.), CEPR Press, London, United Kigndom, 2020.

Submissão em 9/11/2020 / Aceito em 24/11/2020

GENOMA HUMANO, DESAROLLO CIENTÍFICO Y SIGLO XXI: construcción de basas interprectativas biojurídcas iluminadas por la obra de Carlos María Romeo Casabona

GENOMA HUMANO, DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E SÉCULO XXI: construções de bases interpretativas biojurídicas iluminadas pela obra de Carlos María Romeo Casabona

Ana Paula Myszczuk[1]
Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR)
Jussara Maria Leal de Meirelles[2]
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

RESUMEN
El paper tiene como problema identificar, analizar y sintetizar algunas cuestiones fundamentales en las aproximaciones, distancias e interacciones entre Ciencia, genoma humano y protección jurídica. El objetivo es demostrar que las formas jurídicas clásicas no abordan las cuestiones planteadas por la ciencia en el siglo XXI y que es necesario considerar nuevas bases interpretativas, adecuadamente biojurídicas. Para llevar a cabo la tarea de construir una protección biolegal para el ser humano, la obra de Carlos María Romeo Casabona es tanto un norte como una inspiración. Como enseña, la protección jurídica de la investigación científica, los descubrimientos y las innovaciones biotecnológicas son bienvenidos, siempre que sean una herramienta que facilite el acceso de la población a los beneficios obtenidos o generados por la biotecnología y eliminen, prevengan o al menos minimicen los riesgos de daño a las personas, el medio ambiente y la materia viva en general. Basándose en esta premisa, buscase establecer bases interpretativas bioconstitucionales que puedan proyectar el desarrollo de la Ciencia como sinónimo de empoderamiento de ser humano.
Palabras clave
Bioética, Bioderecho, Bioconstitución, Manipulación Genética Humana, Desarrollo Científico.

RESUMO

[1] Graduada em Licenciatura em História (1993) e Bacharelado em Direito (1999), ambos pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003). Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2012), com estágio doutoral na Universidade do Deusto e Universidade do Pais Basco, desenvolvendo estudos na Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano (2010). Estágio posdoutoral na Universidad de Pinar del Río (Cuba), no Centro de Estudios en Medio Ambiente y Recursos Naturales (2017-2018). Estágio posdoutoral no Programa de Pós-Graduação em Bioética na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2016 - 2018). Professora visitante no Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Karaganda, Cazaquistão (2011). Professora na Universidade Tecnológica Federal do Paraná (2013) - UTFPR - em cursos de graduação e no Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Governança Pública (PGP) e da Universidade Aberta do Brasil - UAB (Especialização em Gestão Pública Municipal). Tem experiência na área de Direito Privado, com ênfase em Biodireito, Direito Civil e Propriedade Intelectual. Advogada em Curitiba desde 2000. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-0232-0449

[2] Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná, com Mestrado e Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná e Pós-Doutorado no Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental (Mestrado e Doutorado) e do Programa de Pós-Graduação em Bioética (Mestrado), da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procuradora Federal aposentada. Com ênfase no Direito Civil, atua principalmente nos seguintes temas: Biodireito e Desenvolvimento Social, Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida, Erro Médico e Responsabilidade Civil, Dignidade do Paciente, Terapia Celular, Vida Humana Embrionária, Meio Ambiente e Saúde Mental, dentre outros. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3755-603X

O artigo tem como problemática identificar, analisar e sintetizar algumas questões fundamentais nas aproximações, distanciamentos e interações entre Ciência, genoma humano e proteção jurídica. Visa demonstrar que as formas jurídicas clássicas não dão conta de solucionar os questionamentos trazidos pela Ciência no século XXI e que novas bases interpretativas, propriamente biojurídicas, precisam ser pensadas. Para realização dessa tarefa de construção de uma proteção biojurídica ao ser humano, aqui especialmente ser humano imaterial, a obra de Carlos María Romeo Casabona é tanto norte quanto inspiração. Conforme leciona, a proteção jurídica das investigações científicas, das descobertas e inovações biotecnológicas são benvindas, desde que sejam uma ferramenta que facilite o acesso da população aos benefícios obtidos ou gerados pela biotecnociência e eliminem, previnam ou ao menos minimizem os riscos de danos para o ser humano, o meio ambiente e a matéria viva em geral. Pautando-se nessa premissa é que se buscou estabelecer bases interpretativas bioconstitucionais que possam projetar o desenvolvimento da Ciência enquanto sinônimo de empoderamento do ser humano.
PALAVRAS-CHAVES
Bioética, Biodireito, Bioconstituição, Manipulação Genética Humana, Desenvolvimento científico.

1 CONSIDERACIONES INICIALES

El desarrollo de la Ciencia en el siglo XX dio lugar a muchos avances técnicos y preguntas bioéticas variadas. La misma civilización que se prepara para colonizar otros planetas convive con males aparentemente insolubles como el hambre, la miseria y la devastación del medio ambiente. Además, hoy en día, viviese las agruras de la pandemia del Covid-19[3]. La posibilidad de aplicarse conocimientos técnicos alteró irreversiblemente el ser humano, el medio ambiente y se profundizó la contradicción interna en la Ciencia.

Cuestionados, los conceptos clásicos de la Ciencia moderna están puestos a prueba. Nuevos entendimientos sobre lo que es y cuál es la función del conocimiento científico son buscados y los movimientos que defienden una mas gran sinergia entre Ciencia, genoma humano y protección jurídica ganan fuerza. La sociedad y los científicos se despiertan a una reflexión sobre en qué camino quiere irse la humanidad y qué mundo quiere dejar para las generaciones futuras.

Esas discusiones llegan a los fundamentos hermenéuticos del sistema jurídico clásico y permiten el desarrollo de nuevos paradigmas interpretativos sobre los institutos jurídicos. Para llevarse a cabo la tarea de construirse una protección biojurídica para los seres humanos, la obra de Carlos María Romeo Casabona es tanto el norte como una inspiración.

Antes de tratar cuestiones científicas, es imperativo informar sobre la aproximación de las autoras con la obra y con la persona humanista que es el profesor Romeo Casabona. Inicialmente, en el Seminario Internacional sobre Bioderecho, el 29 de mayo de 2002, celebrado en la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais – PUC/Minas, por invitación de la profesora Maria de Fátima Freire de Sá, la profesora Jussara Maria Leal de Meirelles dio una

[3]El nombre ha sido utilizado oficialmente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) desde principios de febrero de 2020. COVID significa Enfermedad *de COrona VIrus* (Enfermedad del Coronavirus).

conferencia sobre la "Situación jurídica del embrión humano", resultado de su investigación doctoral, en la cual, desde 1997, había buscado las enseñanzas del profesor Romeo Casabona. En ese seminario, la profesora Jussara pudio conocerlo personalmente.

En otra oportunidad, ya en 2008, por invitación de la Profesora Jussara Meirelles, entonces coordinadora del proyecto de investigación financiado por el CNPq y titulado "Terapia celular humana: límites y posibilidades de un orden ético y legal" (2005-2008), el profesor Romeo Casabona participó en un congreso sobre la materia (Semana Internacional de Investigación en Derecho y Desarrollo Tecnológico: de la sociedad globalizada a los desafíos de la Biomedicina), realizado en el Programa de Posgrado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná – PUCPR. En ese evento, participaron, también, la profesora Maria de Fátima Freire de Sá y la profesora Ana Paula Mysczuk, entonces estudiante de doctorado del Programa, bajo la coordinación de la profesora Jussara Meirelles.

A partir de ahí se estableció una fructífera cooperación científica entre el PPGD de PUC/PR, el PPGD de PUC/Minas y la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, coordinada por el Prof. Romeo Casabona, en la Universidad del País Basco/Bilbao/España. Fue en esa Cátedra que la profesora Ana Paula Myszczuk realizó una estancia doctoral. entre 2009 y 2010. En la oportunidad, participó de numerosos congresos, seminarios y proyectos, bajo la dirección del prof. Romeo Casabona y tuvo la suerte de verlo conformar su junta de doctorado, en 2012.

Después de eso, las autoras escribieron varios artículos para la Revista de Derecho y Genoma Humano, que es publicada por la Cátedra. También estuvieron presentes en la conmemoración del 20 aniversario de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, en 2014, presentaron dos artículos. La profesora Ana Paula Myszczuk, regresó a la Cátedra para una corta estancia, en 2018, iniciando una colaboración, también, con el Programa de Posgrado en Planificación y Gobernanza Pública, Universidad Tecnológica Federal de Paraná (UTFPR), donde es catedrática.

En las casi dos docenas de artículos/capítulos/revisiones que las autoras escribieron juntos, refleja muy fuertemente el pensamiento visionario y humanista de Carlos María Romeo Casabona. Especialmente, la obra, *"El Derecho y la Bioetica ante los límites de la vida humana"* (ROMEOCASABONA, 1994), representa para ellas un hito en la formación de conceptos y fundamentos para las reflexiones que propusieron sobre nuevas bases interpretativas para el Bioderecho. Tres de los entendimientos de la obra de Romeo Casabona son básicos para ellas y para el presente paper.

Primer, el desarrollo de las Ciencias Biomédicas llevó a que las decisiones de los profesionales de salud fuesen cada vez más complejos e involucraran no sólo a los pacientes,

sino a todo el cuerpo social. Las implicaciones científicas de ciertos procedimientos ya no se limitan únicamente a las relaciones médicos/pacientes, ya que su aplicación pone en juego no sólo los intereses privados de la persona afectada, sino todos los seres humanos como especie (ROMEO CASABONA, 1994).

Según, es obligación de las generaciones actuales tener un instrumento de valor ético y jurídico para hacer frente a las nuevas realidades, incluso antes de que surjan y se sienten irreversiblemente en la sociedad. El discurso jurídico debe ser provisional, inevitablemente abierto y objeto de revisión. Déjese que las generaciones futuras decidan lo que les convenga, según sus propias valoraciones (ROMEO CASABONA 1994).

Tercer, se acoge con satisfacción la protección jurídica de la investigación científica, los descubrimientos y las innovaciones biotecnológicas, siempre que formen parte de una herramienta que facilite el acceso de la población a los beneficios obtenidos o generados por la Biotecnología y eliminen, prevengan o al menos minimicen los riesgos de daño a las personas, el medio ambiente y la materia viva en general (CASA ROMEOBONA, 2017).

Sobre la base de esas premisas y con un profundo respeto por el pensamiento de Romeo Casabona, el paper presenta algunas lagunas que las técnicas de manipulación del genoma humano generaron a la protección jurídica en el sistema jurídico-civil clásico. Analiza algunas cuestiones fundamentales en las aproximaciones, distanciamientos e interacciones entre Ciencia, genoma humano y protección biojurídica. Busca hacer acercamientos al pensamiento de Romeo Casabona, con el objetivo de establecer bases interpretativas bioconstitucionales que puedan proyectar el desarrollo de la Ciencia como sinónimo de empoderamiento del ser humano.

2 ENFOQUES ENTRE CIENCIA, ÉTICA Y EL SIGLO XXI

Al largo de la historia, Ciencia y Ética tuvieron sus periodos de aislamiento y de aproximación. Específicamente para el tema del paper, importa que, en la civilización occidental y desde el periodo Moderno, la sociedad pasó por un proceso de logocentrismo. Fue establecida la Ciencia cómo el centro del universo y una completa separación de los otros tipos de conocimientos, entre los cuales los de la Ética, se produzco (HERRERO, 1999).

Así, la construcción teórico-científica se dio desde la premisa de que todo en el universo se compone de un sistema lleno de engranajes y mecanismos de funcionamiento específicos. En esa concepción, tantos los astros, como los seres vivos están sometidos a las mismas leyes mecánicas y existirían dos mundos nítidamente separados: el natural y el artificial. Al mismo

tiempo, de un lado estaría el ser humano, componente de ese mundo natural y, del otro, las cosas hechas por el ser humano, los miembros de ese mundo artificial (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2017).

A eso se siguió un proceso de instrumentalización e ideologización de la razón, lo que resultó en la construcción del llamado "paradigma mecanicista", en la visión antropocéntrica del mundo y en la generación de un discurso de dominación de la Naturaleza, por medio del control y previsión de sus fenómenos.

Esa construcción fue posibilitada por la "abstracción" de la Naturaleza, aprendiéndose apena su aspecto cuantificable y universal, olvidándose de su concretad, singularidad y cualidad. El mismo ocurrió con el ser humano, que se tornó un "sujeto" e fue destituido de su memoria, cultura, historia y pasión (CARDOSO, 1998).

Fue criada una dualidad entre el sujeto y el objeto, de manera que el primer pudiese manipular, apropiar, analizar, destruir, reconstituir y/o trasformar lo según, de acuerdo con sus planos y cálculos. Así la Ciencia se integró en la sociedad y actividades que operan la trasformación del mundo, aparte de conectar los avances teóricos-científicos con campos cada vez más vastos, incluidos ahí, los propios seres humanos (HERRERO, 1999).

Por otro lado, la instrumentalización de la razón forjó la separación entre Ciencia y Filosofía y la, consecuente, fragmentación del conocimiento. Fueron criadas especialidades disciplinares cada vez más compartimentadas e islas epistemológicas, dogmáticas y acríticamente enseñadas se formaron (BORBA, 2010). Cómo resultado, la Ciencia pasa a ser una "*commodity*" extremamente comercializable.

La misma separación ocurrió entre Ciencia y Ética. La razón instrumental organizó y adecuó los fines a los medios, sen espacio para reflexiones en términos de valores, sino en términos de eficiencia. Eso produzco una contradicción: mientras los fundamentos de la Ciencia pusieron el ser humano en posición de sujeto activo, el cual dominaba la Naturaleza, de otro, el mismo saber, utilizado como un instrumento de poder, en lo mas de las veces, acabo por destruir las condiciones del ser humano realizarse como sujeto (CARDOSO, 1988).

Sobrevino, también, una división en el ser humano. De un lado estaba su mente, casi siempre confundida con su alma. De otro su cuerpo, que pude ser explicado, analizado y comparado a una maquina hidráulica o a un reloj. Cuerpo y mente son independientes. En el cuerpo reside la materialidad y finitud humana, ya que en su mente residiría la "esencia" del ser humano (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2017).

En el inicio del siglo XX, el estereotipo del investigador, construido como aquél ser racional que recurre a procedimientos lógicos para averiguar solamente la "verdad de las cosas"

y de la representación de la Ciencia como un conocimiento de leyes objetivas de la naturaleza pasó a ser duramente cuestionada por la Filosofía de la Ciencia (GONÇALVES, 1991).

Eses cuestionamientos destacan la existencia de variados entrabes políticos y éticos en la sociedad. Entrabes éticos por que la repercusión de las descubiertas y usos del conocimiento científico sobre las relaciones humanas colocan la humanidad en una encrucijada donde:

a) o la lógica de la racionalidad técnica se torna el único principio regulador y orientador de la expansión sin límites a su poder, o;

b) la sociedad hace un gran esfuerzo en el sentido de inserir la variable ética en las cuestiones científicas y de ajustar la racionalidad técnica a los ideales humanitarios construidos al largo de los siglos (HERRERO, 1999).

Esas limitaciones fueron aumentadas a partir de la segunda mitad del siglo XX, cuando las ambigüedades de los procesos científicos-tecnológicos pasaron del plan teórico al existencial. Fue posible verificarse, en la vida cotidiana, tanto la deterioración del medio ambiente físico y social, cuanto de posibilidades inimaginables de un mundo altamente tecnológico.

En ese contexto, dos trasformaciones hicieron con que la visión mecánica de la Ciencia, del ser humano y de la Naturaleza fuesen siendo sustituidas por una perspectiva molecular-digital. La primera es la transición para una sociedad posindustrial o informacional. La segunda es la trasformación en la forma de organización social, en que la generación, el procesamiento y la trasmisión de datos informacionales conviértanse en fuentes fundamentales de productividad y de poder (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2017).

Además, pasase a comprender la Naturaleza de forma representativa, una información, así como la materia viva como una virtualidad. Remodelase la basa material de la sociedad a el lenguaje de la información, centrándose en la decodificación, manipulación y reprogramación de códigos. En esa nueva realidad la principal materia-prima es la vida, que pasa a ser analizada apena como un código, n dígito que puede ser trasmitido e informar circuitos o fibras ópticas. En resumen, tense el pasaje del concepto de ser humano máquina al de ser humano información (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2017).

Igualmente, en la actualidad, el capital se ha atrincherado profundamente en la vida y los genes humanos, trasformando el genoma en una fuente inagotable de capital, valor y riqueza. El genoma se ha convertido en “el” biocapital por excelencia. Cada ser humano es una fuente autónoma de biocapital y el genoma humano el más gran patrimonio de la humanidad y de la persona, su patrimonio esencial.

Se buscan inúmeras formas de aproximación al biocapital humano con fines comerciales, sea para garantizar la ganancia de beneficios materiales. Pero, no se puede basar el análisis apena en parámetros económicos, pues límites jurídicos/humanísticos deben ser aplicados en esa aproximación. Sin ningún límite/norte jurídico, se podría crear la figura del "ser humano-fuente": aquél desconsiderado en sus características humanas y considerado por las ventajas que su biocapital individual puede bioprospectar. Eso crearía nuevas formas de discriminación y, posiblemente, la trasformación del ser humano en bien de consumo.

El ser humano no puede ser reducido a sus caracteres genéticos, ya que el genoma se expresa en consonancia con el ambiente natural y social de cada individuo, su estado de salud, sus condiciones de vida, nutrición y educación. El determinismo o reduccionismo genético puede llevar a la distinción entre los individuos y grupos sociales con basa exclusiva en sus características genéticas. Al mismo tiempo en que se garantiza el derecho a la investigación científica y a los ganes económicos, es impuesta la responsabilidad de cuidado, cautela, integridad y honestidad intelectual en la aproximación comercial y en las actividades decurrentes de esa aproximación.

Así que exigiese una excelencia en actuar, o sea, una actitud ética. El cuidado significa una evaluación previa de los potenciales riesgos y beneficios para el investigador, la industria y las personas, así como de los requisitos y exigencias legales para actuación y utilización de la información genética humana. La cautela determina la obligatoriedad de sopesarse los riesgos y beneficios que se puede obtener a partir de determinado procedimiento con fines comerciales. La honestidad intelectual designa un deber de informar al sujeto de las consecuencias del procedimiento. La integridad determina que el investigador asuma todos los riesgos advenidos de sus actividades de bioprospección, independiente de cualquier circunstancia y delante de todos los daños que puedan ser causados al sujeto o paciente (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2014).

Esta situación ha llevado a la sociedad a cuestionarse si el avance técnico sin progreso moral humano es válido. El establecimiento de una relación entre la Ética y la Ciencia se ha convertido en el mas gran desafío para la base crítica del conocimiento y de las prácticas científicas actuales (CARDOSO, 1998).

2.1 Límites bioéticos y desarrollo de la Ciencia

Hay que recordarse que es el propio desarrollo obtenido por la Ciencia Moderna el punto de partida para las cuestiones éticas de hoy. Aunque la Ciencia se ha desarrollado lo suficiente para formular sus propios principios y métodos, no está libre del control interno y externo.

El control científico interno es establecido por los propios investigadores y la comunidad científica, basado en criterios que incluyen: control estricto de la metodología utilizada, honestidad en la presentación de resultados de la investigación a los pares y beneficios para la vida, especialmente humana.

Por otro lado, el control externo, mucho más amplio, es llevado a cabo por la sociedad organizada y se refiere a la aplicación de ese conocimiento en el mundo real. Pero ¿cómo se establecen estos criterios? La Ética es compuesta de dos juicios: sapiencial y circunstancial.

El juicio de la sabiduría acepta el valor universal del bien. El circunstancial considera la coyuntura temporal, espacial e histórica. Igualmente, la Ética está siempre actualizada y puede con vivir con cualquier avance científico, pudiendo formular un juicio ético relevante que respete la libertad de investigación, ya que se formó a la vista de una determinada realidad y tiempo (PEGORARO, 2010).

Teniendo en cuenta estos principios, los desafíos planteados a la Ciencia por la Biotecnología del siglo XXI son, en cierto modo, muy diferentes. Así que, tal vez, la opción más apropiada es la adopción, no de criterios éticos, sino criterios Bioéticos para el control externo de la investigación científica.

La Bioética surgió en esta nueva coyuntura cultural y se presenta como una de las formas de alcanzar la responsabilidad de la razón. Puede convertirse en un faro ético para guiar las relaciones humanas con todas las áreas del conocimiento, ya que añade a los criterios sapientes y circunstanciales un análisis transdisciplinar, complejo y plural (BORBA, 2010).

Es transdisciplinar porque analiza el complejo problema de la vida a través de una pluralidad de perspectivas que incluyen la vida y las Ciencias Sociales, además de la Filosofía y otras inauditas e impensables sin la sinergia transdisciplinaria. Con eso, construye un conocimiento que trasciende la posibilidad de los campos tradicionales (FERRER, 2009).

No reduce el conocimiento a la Ciencia o la Filosofía, sirve como puente para la construcción de pensamientos complejos y admite concepciones complementarias y antagónicas (BORBA, 2010). Es parte de múltiples razones y sus relativismos, concibiendo que el pensamiento analítico y dialéctico no son excluyentes. Es pluralista, adoptando un deber de respeto al ser humano hacia otro y de todos con la humanidad, asumiendo una actitud integral hacia el otro, la sociedad y la naturaleza (GOLDIN, 2006).

Romeo Casabona (1994) considera que la incorporación de criterios de Bioética en los estudios jurídicos debe ser impulsada. Puede proveer la orientación para alcanzar un acuerdo social sobre los retos planteados por la Biotecnología y actuar como una fuente importante en la reelaboración jurídica o la producción normativa. Recuérdese que la elaboración de la mayoría de los instrumentos jurídicos internacionales relacionados a la Biotecnología es el resultado de la aplicación de la metodología de la Bioética, multidisciplinar y pluralista, y no de la lógica del sistema jurídico clásico (ROMEO CASABONA, 2017).

Sin embargo, por mucho que se pueda adoptar la Bioética para el análisis de criterios externos e incluso internos para dar validez a lo que se puede considerar apropiado para la Ciencia, en determinado sitio y momento histórico, es sólo un camino entre varios otros que se puede tomar. No se convierte en obligatorio y puede ser simplemente ignorado por la Ciencia y el Mercado (PEGORARO, 2010).

Por todo, al criterio de sabiduría y circunstancial, debe incluirse un tercero: el de las leyes sociopolíticas. Ese criterio aporta objetividad a los límites internos y externos de la investigación científica, siendo el momento de la plenitud del juicio ético (PEGORARO, 2010). Las normas jurídicas, obligatorias y coercitivas, deben actuar de manera a evitar que los científicos sucumban a la tentación experimental y a la presión de los intereses económicos (LOUREIRO, 2009).

3 CIENCIA, DERECHO Y BIODERECHO

Es en la externalización de la Ciencia es que se encuentra la explicación y legitimación de la interferencia de la ley. La investigación es bastante libre cuando se guía por sus principios internos; pero la aplicación de los resultados, productos o procedimientos obtenidos depende de la legislación sociopolítica.

Eso se debe al cambio en los propios fundamentos de la Ciencia. En el modelo tradicional, los intereses científicos involucrados en la investigación no parecen presentarse como absolutamente contradictorios o en conflicto directo con la sociedad. Sin embargo, la investigación básica comenzó a utilizar técnicas e instrumentos que podrían interferir incisivamente en la realidad física y social, lo que creó relaciones más extensas e intensas entre la sociedad y la Ciencia y entre la Ciencia y la Economía.

Este proceso modificó la valoración y la estructura normativa de la Ciencia, que se convirtió en algo comercialmente útil. Así, una Ética exclusivamente interna al conocimiento resulta insuficiente y debe complementarse con el ordenamiento jurídico. La ley debe

garantizar, por una parte, que se definan las normas de conducta que intervienen directamente en el rendimiento del investigador y pueden prevenir cualquier acto perjudicial. Por otra parte, la libertad de la comunidad científica de comportarse de conformidad con la normativa establecida en materia de control interno (GONÇALVES, 1991).

Romeo Casabona (1994) señala que el Derecho, igual que la Ética, se desarrolla en el mundo de la axiología y de los valores. Sin embargo, forma parte de esto tanto en su carácter coercitivo, como en la forma de manifestarse, a través de la legislación, que se legitima cuando se ha forjada en un Estado plural y democrático. Así, el problema jurídico consiste en detectar los nuevos valores éticos y sociales necesarios para asimilar o afrontar las nuevas realidades sociales, analizar cómo se crean estos valores y también entender cómo se integran con la ley.

Todo se resolvería si las leyes sociopolíticas, por desgracia, no presentara una seria contradicción: el sistema jurídico brasileño se basa en el derecho escrito. Por lo tanto, a medida que la ley se congela en el tiempo, la costumbre crece y se diversifica. Por lo tanto, es necesario encontrar soluciones para que la ley se renueve y se adapte a la Bioética de hoy (PEGORARO, 1998). Y ahí es donde surge otro gran problema para el Derecho.

La construcción de la forma actual de protección jurídica se originó en los siglos XVII y XVIII, sobre la base del paradigma mecanicista y como consecuencia del Estado moderno. En este contexto, casi siempre, se editaron las reglas con el único propósito de satisfacer los intereses de los titulares de capital. La legalidad y la seguridad jurídica fueron los principales instrumentos utilizados para garantizar el poder y la dominación, creando un discurso ideológico, donde el Estado se presentó como el gran racionalizador/garante de la sociedad (OLIVEIRA, 2008).

Sobre la base de una racionalidad puramente económica, esta nueva forma de organización social se basaba en la propiedad privada, que comenzó a ocupar el centro gravitacional del orden social. Así, el sistema jurídico-civil clásico estaba compuesto por una serie de elementos esenciales, sin los cuales la protección del ser humano no podría ser efectivada, que son: titulares de derechos, objetos de derechos y relaciones jurídicas. (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2017).

Ese sistema redujo al ser humano en un "sujeto" y lo convirtió en titular de una capacidad general y abstracta para ser "titular de derechos y obligaciones patrimoniales". El tema se activa de ciertas categorías (persona, nasciturus y prole eventual), formando parte de ciertas relaciones jurídicas, que le otorgan cierta propiedad sobre los objetos (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2014). Si las categorías no se activan y no se crea ninguna relación jurídica, la protección jurídica no se efectiva.

Además, el Derecho es una categoría producida para la realización de derechos de propiedad y no derechos personales. Las relaciones jurídicas disciplinadas por las normas contenidas en las codificaciones civiles clásicas se constituyen entre los intereses de propiedad involucrados y no exactamente entre los seres humanos. Los derechos existenciales inherentes a la persona, como la vida, la libertad, el honor, etc., permanecen fuera de la racionalidad del sistema o se adaptan a esta realidad (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2017).

Staffen y Zambam (2015), reflexionando sobre la sociedad globalizada contemporánea y la revolución tecnológica, destacan que la desterritorialización del Estado, la defensa de las estructuras tradicionales y el constitucionalismo requieren cambios y transformaciones en espacios jurídicos, políticos, económicos y culturales. Un análisis basado en la perspectiva exclusiva de la protección de quien posee un derecho categorizado no resuelve los conflictos relacionados con las implicaciones de la biotecnología para el ser humano.

Sigue siendo evidente, en la segunda década del siglo XXI, el paso en falso entre la actual protección jurídica clásica, basada en el paradigma mecánico-electrónico y en el ser humano-máquina, del desarrollo científico, basado en el paradigma molecular-digital y el ser humano-información. Se pueden traer varios ejemplos a este análisis:

a) la cuestión de los embriones in vitro, que reveló la distancia entre la persona establecida por el derecho formal y la palpitante vida humana en el laboratorio. El avance científico de los métodos artificiales de reproducción humana permitió la concepción extrauterina y la existencia de embriones in vitro, una nueva realidad, totalmente alejada de la tradición que fundaba las codificaciones.

La protección de los embriones no encontró respuestas en la categorización/sistematización derivada del Derecho Civil clásico, ya que ese vinculaba la protección jurídica a la perfecta adecuación a las figuras jurídicas de la persona, nasciturus o prole eventual. Se pregunta al Derecho Civil clásico: ¿qué es el embrión?

En este sistema basado en la estructura formal de la relación jurídica, las personas son consideradas súbditas, no porque reconozca su naturaleza humana y dignidad, sino porque son adecuadas a lo que el Derecho les asigna como poderes u obligaciones, delimitando el ejercicio de poderes o exigiendo el cumplimiento de los deberes (MEIRELLES, 1990).

b) Otro ejemplo es lo que ha estado ocurriendo con la noción clásica de subjetividad jurídica. La subjetividad, que se traduce en propiedad de los derechos, ha sido aprehendida en un sentido cada vez más amplio, superando los límites inicialmente establecidos y extendiéndose más allá del tema categorizado.

c) Aún, las técnicas científicas actuales son capaces de traducir al ser humano en datos genéticos, en una cadena química que puede ser descifrada, separada y pulverizada en diversos campos y para diferentes propósitos. Eso hace que ya no sea tan simple pensar en un cuerpo sano e indiviso, del cual el ser humano es el poseedor. Uno se pregunta: ¿cómo proteger al ser humano en una realidad donde el cuerpo se ha vuelto obsoleto y lo que importa es la información, algo abstracto, sin las ataduras de la materialidad y distante de la propiedad?

d) Otra cuestión importante es el uso de pruebas genéticas para la contratación de trabajo. Qué hacer cuando el cuerpo humano se vuelve prescindible y lo que importa es sólo una cierta información. ¿Cómo proteger al ser humano de convertirse en un "enfermo sano", en vista de lo que dicen sus genes sobre él /ella?

e) Y una de las preguntas más inquietantes: ¿cómo aplicar el principio de dignidad humana, cuando ya no existe el cuerpo humano y sólo una virtualidad codificada para la protección?

Todos esos puntos, esas laconas en la protección jurídica, obligan a los juristas a concluir que, en el análisis de cuestiones relacionadas con la Biotecnología, es esencial reinterpretar varias de las normas jurídicas con bases nuevas y renovadas. Es necesario revisar las categorías y conceptos tradicionalmente utilizados y formulados para situaciones de propiedad (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2017).

No basta simplemente con extender la noción de sujeto de derecho dictada por el sistema clásico a nuevas realidades. Los nuevos derechos, los nuevos actores sociales y las nuevas demandas exigen otras formas de ecuación y protección de los activos legalmente relevantes y de carácter universal. Pero ¿qué camino se puede tomar para actualizar eficientemente el sistema jurídico para abordar los problemas del siglo XXI? En la respuesta a este problema está que la ley encuentra el camino de la Bioética y el Bioderecho[4].

Mucho se ha dicho sobre la necesidad de la formulación de una nueva disciplina, rama o termología para abordar las cuestiones entre el Derecho y la Bioética. Para muchos juristas, el Derecho, dentro de sus propias formas actuales, podría resolver los problemas relacionados con el desarrollo de la Ciencia, sin tener que sacar a la luz una nueva forma epistemológica. Es decir, el propio sistema jurídico sería capaz de abordar las cuestiones bioéticas satisfactoriamente.

[4] En este sentido, cabe señalar que, en la lucha contra la pandemia COVID-19, se han llevado a cabo prácticas de vigilancia en varios países, con el fin de identificar y aislar a las personas infectadas con el nuevo virus. Por lo tanto, cuestiones como la intimidad, la privacidad, el secreto, la imagen, el honor y la no discriminación han sido especialmente llevadas al debate sobre su debida transparencia e inviolabilidad. Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Corea del Sur, Irán, Israel, Italia, Polonia y Taiwán utilizan o han utilizado tales prácticas, a mayor o menor escala.

Sin embargo, así como la Ética ha avanzado y permitido el desarrollo de la Bioética, el Derecho debe avanzar y producir una nueva forma epistemológica para el análisis de cuestiones relacionadas con la Ciencia. Los problemas que se enfrentan en el siglo XXI no pueden resolverse sólo con los cimientos creados en los siglos XVII y XVIII.

No es más suficiente que el ser humano integre el sistema jurídico sólo como "sujeto de derechos", porque a menudo esta titularización no permite su protección jurídica efectiva. Debe ser considerado en su totalidad. Por lo tanto, ya no es aceptable simplemente unir el Derecho, la Bioética y la Ciencia sin que las bases epistemológicas estén sincronizadas. Es inevitable establecer nuevas bases interpretativas, conceptos y compromisos con la vida humana (MYSZCZUK, MEIRELLES, 2014).

Por las mismas razones, en esta encrucijada, el Bioderecho es capaz de construir una forma adecuada de interpretación para que la sociedad pueda optar por reinsertar la variable ética en cuestiones científicas y ajustar la racionalidad técnica a los ideales humanitarios construidos a lo largo de los siglos.

4 BIODERECHO: BASAS INTERPRETATIVAS EN CONSTRUCCIÓN

El Bioderecho surge en la transición paradigmática de hoy, donde el modelo mecanicista ya no sirve para explicar las relaciones entre la Ciencia, la Ética y el Derecho, pero todavía no hay un nuevo estándar completamente retratado para guiar las acciones en el siglo XXI (BORBA, 2010).

Comparte muchas características con la Bioética, pero no se confunde con esta. Como sistemas autopoyéticos, las dos ramas utilizan el conocimiento de otras ciencias, pero mantienen su esencia. Producen y reproducen conocimientos desde la interdisciplinariedad y apuntan a la protección del ser humano integrado en el medio ambiente (LIEDKE, 2009).

Aunque la construcción de esta nueva forma de interpretación todavía esté en curso, ya es posible establecer ciertas características que determinan cómo el Bioderecho actualiza la forma de análisis de los institutos jurídicos. Reinsertando el aspecto ético y considerando al ser humano de manera integral, se basa en la racionalidad pluralista y dialogante, en la interdisciplinariedad y en el pluralismo democrático.

Esta racionalidad busca rescatar la validez formal y material del Derecho, rompiendo con la plena identificación a la ley y promoviendo valores como la dignidad de la persona humana (CAMBI, 2007). Deja de aplicar sólo la racionalidad del "sujeto", "titular" de una

relación patrimonial jurídica, con el fin de llevar a cabo la protección del ser humano, en sus más variadas facetas, lo que exige también dar cuenta de las relaciones jurídicas existenciales.

La interdisciplinariedad ayuda al Bioderecho superar el enfoque dogmático-positivista, monológico y paralizante del sistema civil clásico, a que se adopte un enfoque integral que cruce las disciplinas tradicionales, haciéndolas dialogar con nuevas cuestiones, entre las cuales se encuentran las cuestiones bioéticas. Su objetivo es garantizar un diálogo interdisciplinario, plural y tolerante (BORBA, 2010).

Tiene, también, la tarea de salvaguardar el pluralismo democrático, mediante el suministro de condiciones procesales, el uso de un método dialogante e interdisciplinario y la normalización no positivista (BORBA, 2010). Busca constituir una perfecta sincronía entre "estar con el deber de ser y el poder de hacer", combinando el bien y el mal, con los justos y los injustos (OLIVEIRA, 2008).

Delante de esos temas, Romeo Casabona (1994) escribe que el discurso jurídico actual en torno a las Ciencias Biomédicas se ha convertido en una tarea muy difícil y compleja, requiriendo una prudencia extraordinaria tanto en cómo se quiere regular, como en lo que se pretende permitir o prohibir. Por lo tanto, deben adaptar los conceptos jurídicos al nuevo hecho, porque el Bioderecho es hecho, valor y norma y esa tridimensionalidad debe aplicarse eficazmente, de acuerdo con el momento social vivido y basado en el principio de dignidad humana (LOUREIRO, 2009).

En el camino de su construcción y como resultado de la maduración del propio Bioderecho, se buscan bases interpretativas adecuadamente biolegales para la aplicación y resolución de conflictos entre la Ciencia, la Ética y la sociedad. En esta búsqueda, el Bioderecho tiene que enfrentar y superar un sistema legal basado en la construcción mecanicista y compartimentada.

El principal fundamento que se encuentra en este escenario proviene del principio de la jerarquía de las leyes escritas, que determina que la interpretación de las normas jurídicas debe hacerse de conformidad con la Constitución Federal. Fue esta premisa tradicional la que dio origen a la innovadora concepción teórica de "Bioconstitución" o "Bioderecho Constitucional".

4.1 Bioderecho e Interpretación bioconstitucional

Para Baracho (2009), el concepto moderno de la Ciencia del Derecho Constitucional ha provocado varias reflexiones que buscaban una nueva concepción de la Constitución, adaptada a las grandes transformaciones del mundo contemporáneo causadas por el problema de la

Bioética, el Bioderecho y el desarrollo científico. De esta manera, el concepto de Bioconstitución puede traer una oxigenación en la forma de interpretación de las reglas constitucionales brasileñas, recurriendo a la defensa del ser humano y del medio ambiente. Por lo tanto, es ineludible establecer puntos de referencia interpretativos que guíen una interpretación biocontextualizada.

El Bioderecho Constitucional se caracteriza por ser un conjunto de principios y normas, formal o materialmente constitucionales, que se ocupan de las acciones u omisiones del Estado o entidad privada en sus relaciones con la Biotecnología. Se basa en la protección de la vida, la identidad, la integridad y la salud de los seres humanos actuales y futuros (BARACHO, 2009). Esta forma de interpretación parte del principal valor y base común para analizar los conflictos entre la ciencia y la sociedad, sea en Brasil o en otras partes del mundo: el respeto a la dignidad humana.

En este contexto, la Constitución Federal brasileña de 1988, por sí misma, ya ha representado una innovación hermenéutica: fue la primera Carta en la historia del constitucionalismo brasileño que se reservó un capítulo exclusivo para establecer los principios bajo los cuales se funda el Estado brasileño. Entre estos principios esenciales, la dignidad de la persona humana es elegida cómo el fundamento del Estado. El resultado de esta elección es que ese principio se convierte en la base principal del sistema constitucional actual y el último pilar de la protección de los derechos civiles.

Cabe destacar que el principio de la dignidad de la persona humana no es sólo una elección ética y moral, sino una norma jurídica, un valor guía que dirige las posiciones jurídico-subjetivas que definen los derechos, garantías y deberes fundamentales. También sirve para resolver los conflictos existentes entre los derechos fundamentales, imponiendo restricción de unos o otros, de acuerdo con la posibilidad de protección, promoción o por el menoscabo a la persona humana (MYSZCZUK, 2005).

Es un elemento informante y básico de todos los derechos fundamentales, tiene una función integradora y hermenéutica como parámetro para la aplicación, interpretación e integración de las normas de derechos fundamentales. Como ya dicho, es la base para la imposición de restricciones a los derechos fundamentales, actuando tanto como límite de derechos como límite de los límites a las restricciones a los derechos fundamentales (MYSZCZUK. MEIRELLES: 2010).

Cabe comentar que en el ámbito de las Biotecnologías existe una profunda preocupación por la posibilidad de manipulación del genoma en su totalidad o integralidad y, por lo tanto, dañarse a la dignidad del ser humano. Romeo Casabona (1999) analiza las posibilidades de

limitar la investigación científica y afirma que existen tres modelos jurídicos presentes en las distintas leyes nacionales e internacionales sobre el tema.

El primer considera que la obtención de conocimientos científicos no debe estar sujeta a ningún tipo de limitación, ya que, como tal, no es perjudicial ni beneficiosa, sino más bien su uso. El segundo determina que cualquier investigación dirigida a obtener conocimiento que pueda ser utilizado más adelante en detrimento del individuo o de la colectividad es contraria a la Ética, y puede estar prohibida. El tercer modelo establece que la adquisición de conocimientos, como tal, no debe limitarse, excepto las correspondientes a su uso o aplicación posterior.

Brasil adopta, de forma general, el tercer entendimiento. El límite de posibilidad de realizar un procedimiento es la defensa del ser humano como un valor en sí mismo, que debe respetarse incluso sin tener en cuenta, en su conjunto, los beneficios que se pueden obtener para terceros o para la colectividad. Asimismo, la existencia del desarrollo científico sólo se justifica si sirve para promover la existencia digna de la persona humana y para contribuir a mejorar la calidad de vida del ser humano y de la especie.

Impone la consideración de la persona como el único fin del Derecho, nunca como un medio para alcanzarse el conocimiento científico o la ganancia financiera. Entender la persona humana como un fin significa respetarla y tratarla como una alteridad y, por lo tanto, reconocerla como un ser diverso y un centro de dignidad único que es único y no puede ser reemplazado por otro[5].

De todos los modos, la dignidad de la persona implica en una comprensión determinada, que presupone el reconocimiento de su cualidad como ser humano, por el simple fato de ser humano. No puede ser tratado con discriminación por sus características, ni utilizado como un instrumento (cosa) para lograrse propósitos ajenos al ser humano, no tan valiosos como estas situaciones (ROMEO CASABONA, 1994).

Por todo ello, el principio de dignidad humana es una condición indispensable para la existencia del Estado Democrático de Derecho, convirtiéndose en un criterio de legitimación del poder constituido y del orden constitucional. Desechó cualquier práctica científica que ponga en peligro la existencia de una vida digna de un ser humano, que haga imposible seguir existiendo con dignidad o que cause daños irreparables e irreversibles a su integridad física o psíquica.

[5] La dignidad de la persona humana está relacionada con la idea de la o otra cosa, que no presupone al otro como igual; por lo tanto, busca tratar la dignidad con la igualdad binomial y la reciprocidad, que sólo es apropiada si es de la idea de la diferencia

Del mismo modo, no se permiten intervenciones que traten al ser humano como una cosa o un simple medio para obtener conocimientos científicos o ganancias económicas. En otras palabras, no permite tratar a la persona de una manera que dañe su salud, seguridad, bienestar o cree condiciones adversas para la continuidad de su existencia (MYSZCZUK. MEIRELLES: 2010).

Sin embargo, como recuerdan Padilha y Bertoncini (2016), definir jurídica y filosóficamente la dignidad de la persona humana no es una tarea fácil, y se puede afirmar que tratase de un concepto vacío, cuyo contenido depende de la cultura y del contexto histórico de cada grupo de seres humanos. En raras ocasiones utilízaselo como argumento definitivo, convirtiéndose en un argumento de autoridad, vacío y reacio al diálogo. Al mismo tiempo, esta categoría es utilizada cada vez más a menudo con una excesiva "manipulación" por juristas o moralistas, lo que puede conducir a un vaciado del contenido de valor de ese instituto (ROMEO CASABONA, 1994).

Luego, la dignidad humana sólo puede convertirse en un argumento apropiado cuando dejar de ser un concepto general, abstracto y cambiante y pasar a una definición materialmente concreta y positivada. Es decir, cuando se convertir en un marco jurídico preciso, concreto y racional para la intervención, utilizado únicamente cuando otros instrumentos, como los derechos fundamentales, no aporten las soluciones jurídicas necesarias al caso concreto. (ROMEO CASABONA, 1994).

Debido a esta singularidad, una interpretación bioconstitucional debe basarse en un concepto más amplio de dignidad y actuar concretamente en la promoción de existencia de la persona, con calidad y respeto. A partir de esas características y para definir materialmente cuál sería su complejo de derechos y deberes fundamentales, se propone el entendimiento de que, ante una hermenéutica bioconstitucionalizada, se considera humanamente digno sólo lo que cumple simultáneamente los criterios de: solidaridad, tolerancia y sostenibilidad.

Solidaridad con toda la humanidad, en sus generaciones presentes y futuras. La posibilidad de coexistencia entre la Ciencia y la sociedad depende de un cambio global (CARDOSO, 1998). Es necesario superar la perspectiva ética basada en el sujeto aislado y abstracto y adoptarse a una actitud basada en la responsabilidad universal y solidaria frente a los desafíos del siglo XXI (HERRERO, 1999).

En una hermenéutica bioconstitucionalizada, el criterio de solidaridad es un deber de toda la sociedad de ayudar a los débiles y a los desamparados. Debe ser adoptar y llevado a cabo en plena armonía con otros principios constitucionales, servir de justificación para los derechos fundamentales y estar en consonancia con los parámetros de ciudadanía, erradicación

de las desigualdades y cooperación entre personas, pueblos y toda la humanidad mientras especie. También tiene el mérito de ser un instrumento de enriquecimiento y humanización del Derecho, aportando al entorno jurídico, valores que son nobles y esenciales para la vida en sociedad (ROSSO, 2007).

Tolerancia a lo diferente, respeto do la diversidad cultural, social, económica, política, de género, sexual, religiosa, etc. Uso de posiciones democráticas para liberar al ser humano de cualquier forma de opresión. Consecuentemente, es, sin duda, la superación del uso del conocimiento científico como una razón instrumental y la construcción de una responsabilidad de la razón. El sujeto abstracto del sistema jurídico clásico debe convertirse en un sujeto ético y moral, consciente de sí mismo y de los demás, dotado de voluntad racional, un ser que se reconoce a sí mismo como responsable y que puede determinarse a sí mismo (CARDOSO, 1998).

Desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, la Declaración de Principios sobre la Tolerancia (UNESCO, 1995) es un elemento central para la dirección jurídica. En esta regulación, se describe la tolerancia como "el respeto, la aceptación y la apreciación de la riqueza y diversidad de las culturas de nuestro mundo, nuestros modos de expresión y de formas de expresar nuestra calidad como seres humanos". Representa la armonía en la diferencia, un hito para reemplazar una cultura de guerra por una cultura de paz. Representa una actitud activa basada en el reconocimiento de los derechos universales de la persona humana y de las libertades fundamentales del otro.

La Declaración eleva la tolerancia a la categoría de apoyo a los derechos humanos, el pluralismo, la democracia y el Estado de Derecho. Implica que toda persona tiene la libre elección de sus convicciones y acepta que la otra persona disponga de la misma libertad, aceptando el hecho de que los seres humanos tienen derecho a vivir en paz y a ser como son. Significa que nadie debe imponer sus opiniones a los demás, siendo un método universal de convivencia civil, que utiliza la persuasión, más que la fuerza y la coerción, teniendo como base común la práctica de la confianza en la capacidad de los demás para entender el bien común.

Por lo tanto, en una hermenéutica bioconstitucional, veta cualquier forma de discriminación, sea otorgando un beneficio ilegítimo a la persona o grupo, tratándolos favorablemente en detrimento de otras personas o grupos en igualdad de condiciones, o; imponiendo obligaciones, carga, sanción o cualquier sacrificio a la persona o grupo, discriminándolas desfavorablemente frente a otras personas o grupos en las mismas condiciones. Impone el deber de tratarse al ser humano con equidad, no se pueden imponer distintas condiciones para el cuidado de las personas en igualdad de situaciones.

La sostenibilidad - en sus aspectos jurídico, social, ambiental y económico-financiero - para hacer frente a los problemas ecológicos que nos hicieron tener que repensar la calidad del desarrollo científico actual (CARDOSO, 1998). La humanidad debe asumir las consecuencias de su acción desbalanceada y sin direccionamiento ético. La adopción de principios de responsabilidad solidaria puede crear herramientas para que la humanidad pueda garantizar la capacidad de gobernar los efectos del poder que el conocimiento científico ha proporcionado (HERRERO, 1999).

La sostenibilidad, más que un concepto, tiene como objetivo buscar el equilibrio entre todas las partes ambientales, locales y de posibles recursos que los seres vivos necesiten para sobrevivir y equilibrar las desigualdades sociales y económicas. La producción, el consumo exacerbados e, incluso sin sentido para existir, no pueden más prevalecen por encima de la existencia y continuidad de la especie humana.

En una hermenéutica bioconstitucional, es forzoso establecer un equilibrio entre el desarrollo social, el crecimiento económico y el uso de los recursos naturales, requiriendo una planificación territorial que tenga en cuenta los límites de la sostenibilidad. Este principio sería entonces uno que determine la satisfacción de las necesidades de las generaciones actuales, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Esto prioriza prácticas que evitan, reducen, corrigen o eliminan la posibilidad de causarse cambios en la calidad del medio ambiente (MYSZCZUK). MEIRELLES: 2010).

Los principios de solidaridad, tolerancia y sostenibilidad dan dimensión material a la dignidad humana, uniendo el ser con el deber de ser y el poder de hacer. Sobre la base de estos criterios, se redefine el aspecto ético y se considera el ser humano, sus relaciones con la sociedad y la naturaleza de manera integral. Permitiese la interpretación de los hechos basada en una racionalidad dialoga, interdisciplinaria, pluralista y democrática.

5 CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo central de este paper fue verificar los puntos de contacto y encontrar un camino en el que la Ciencia, la Ética y el Derecho puedan producir una sinergia y colaborar para el desarrollo de la Ciencia como medio de empoderamiento del ser humano. El trabajo demostró que no sólo existe una posibilidad de interacción, sino la necesidad de una sinergia entre la Ciencia, la Bioética y el Bioderecho y que las formas jurídicas clásicas no tienen en cuenta la solución de las preguntas planteadas por la Biotecnología en el siglo XXI.

En esta sinergia, la humanidad puede experimentar una transformación cualitativa, emprendiendo un camino de madurez y sabiduría y no sólo de conocimiento técnico. Se presentan nuevos tiempos y son fundamentales las características innovadoras de la transdisciplinariedad, la complejidad y el pluralismo divididos entre Bioética y Bioderecho.

Del mismo modo, los conceptos de solidaridad, tolerancia y sostenibilidad pueden hacer que el concepto de dignidad humana sea materialmente alcanzable y no sólo el argumento de autoridad, vacío y abstracto de las interpretaciones jurídicas tradicionales. Desde esta sinergia, es posible darse un paso más hacia el desarrollo de la Ciencia siendo sinónimo del empoderamiento del ser humano: el establecimiento de un núcleo bioconstitucional vinculado a la Biotecnología y sus relaciones con el ser humano. Este núcleo será indispensable en la construcción de un estatuto jurídico del ciudadano bioético y no más de una "persona" o del "sujeto de derechos" (ROMEO CASABONA, 2017, p. 13).

Además, es esencial reinterpretar varias de las normas jurídicas positivadas, buscándose bases nuevas o reoxigenadas para la resolución de cuestiones jurídicas (MYSZCZUK, 2012). El objetivo de la intervención del Bioderecho es proteger y garantizar el respeto de la libertad de pensamiento, creación y producción científica, estableciendo un marco jurídico adecuado para las diversas necesidades, compatibilizando la agilidad y el dinamismo con la seguridad jurídica requerida por el tema.

Todo ello debe incluir la protección de la investigación científica, de los descubrimientos biotecnológicos y de las innovaciones, de modo que se facilite el acceso de la población a los beneficios obtenidos o generados por la Biotecnología y a la protección, prevención o, al menos, minimización de los riesgos para los seres humanos, el medio ambiente y la materia viva en general (ROMEO CASABONA, 2007).

Por último, la intervención del Bioderecho debe servir para garantizar la convivencia y la paz social, para resolver los conflictos y para proteger los valores individuales y colectivos más importantes para la sociedad, sean esos ya reconocidos que requieran identificación y merezcan protección biojurídica.

REFERENCIAS

BARACHO, J. A. de O. A identidade genética do Ser humano. Bioconstituição: Bioética e Direito. ***Revista de Direito Constitucional e Internacional***, v 32. p. 98-109.

BORBA, M. de N. ***Bioética e Direito: biodireito?*** *Implicações epistemológicas da Bioética ao Direito.* Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Bioética do Centro Universitário São Camilo, 2010. 74 p.

CAMBI, E. O caráter universal do direito moderno e os desafios fundamentais impostos pelo biodireito. In: CONRADO, M. CORRÊA, E. A. de A.; GIACOIA, G. (Coords.). ***Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a Ciência e o Direito.*** Curitiba: Juruá, p. 21-48, 2007.

CARDOSO, C. M. Ciência e Ética: alguns aspectos. ***Revista Ciência & Educação***, v. 5, n. 1, 1998, p. 01-06.

CUNHA, P. M. da. Princípio da dignidade da pessoa humana ressignificado a partir do Direito Civil-Constitucional prospectivo. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CORTIANO JUNIOR, Eroulths (Coords.). **Transformações no Direito Privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem a Luiz Edson Fachin**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

DECLARAÇÃO, DE PRINCÍPIOS SOBRE A. TOLERÂNCIA. **Unesco**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP http://www. direitoshumanos. usp. br/index. php, 1995.

FERRER, J. J. La Bioética como quehacer filosófico. ***Acta Bioética***, v. 15, n1, 2009. p. 35-41.
GODIN, J. R. Bioética: origens e complexidade. ***Revista HCPA***, n. 26, v 2, 2006. p. 86-92.

GONÇALVES, M. E. Ciência e Direito: de um paradigma a outro. ***Revista Crítica de Ciências Sociais***, n. 31, 1991. p. 89-113.

HERRERO, J. Desafios Éticos do mundo contemporâneo. ***Síntese (Revista de Filosofia)***, v. 26, n. 84, 1998. p. 05-11.

LIEDK, M. S. A Bioética e o Biodireito enquanto sistemas autopoieticos. **Revista Juris**, n. 14, 2009. p. 105-117.

LOUREIRO, C. R. M. ***Introdução ao Biodireito***. São Paulo: Saraiva, 2009. 222 p.

MEIRELLES, J. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, L. E. (Coordenador). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MORI, M. A bioética: sua natureza e história. ***Humanidades***, n. 9, 1994. p. 332-341.

MYSZCZUK, A. P. **Genoma humano**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

MYSZCZUK, A. P.; MEIRELLES, J. M. L. La protección del ser humano en la era posgenómica: el ser humano inmaterial. ***Revista de Derecho y Genoma Humano***, número especial, 2014. p. 401-409.

_____. Bioethics, biolaw,(bio) constitutional interpretation and biopatents under the light of Brazilian law. **Revista de Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome Review**, n. 33, p. 65-91, 2010.

_____. Ser humano-informação e sociedade pós-genômica: a crise da proteção jurídica do sujeito de direitos em face das biopatentes. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 9, n. 1, p. 65-74, 2017.

OLIVEIRA, S. B. de. **Da Bioética ao Biodireito:** manipulação genética e dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2008. 216 p.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Direito**, v. 12, n. 2, 2016. p. 137-145.

PEGORARO, O. A. Historicidade da ciência e da ética. ***Revista Bioethikos***, v 4, n 1, 2010. p. 10-18.

PORTAL FIOCRUZ. www.portal.fiocruz.br. Acesso em 15.07.2020.

POTTER, Van Ressenlaer. *Bioética: ponte para o futuro.* Stevens Point: Universidade de Wisconsin, 1971.

REQUIÃO, Maurício. **Covid-19 e proteção de dados pessoais: o antes, o agora e o depois**. 05.04.2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direito-civil-atual-covid-19-protecao-dados-pessoais-antes-agora-depois . Acesso em 07.07.2020.

ROMEO CASABONA, C. M. et al. **El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana.** Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

ROMEO CASABONA, C. M. **Do gene ao Direito**: sobre as implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. IBCCrim, 1999.

_____. El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común. ***Revista Iberoamericana de Bioética***, n. 3, 2017. p. 1-16.

_____. O desenvolvimento do Direito diante das Biotecnologias. In: ROMEO CASABONA, C. M. FREIRE DE SÁ, M. de F. **Desafios jurídicos da biotecnologia.** Belo horizonte: Mandamentos, 2007. p. 29-61.

ROSSO, P. S. Solidariedade e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 2, 2007.

SILVA, M. R. da. HAYASHI, C. R. M. HAYASHI, M. C. P. I. Análise bibliométrica e cientométrica: desafios para especialistas que atuam no campo. **Revista de Ciência da Informação e Documentação**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, jan/jun. 2011. p. 100-119.

STAFFEN, M. R.; ZAMBAM, N. J. Direito ao desenvolvimento humano enquanto bem jurídico global. **Revista de Direito Brasileira**, v. 11, n. 5, p. 22-43, 2015.

Submissão em 09/10/2020 / Aceito em 18/11/2020

AUTONOMIA DO PACIENTE, POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCORPORAÇÃO DE TERAPÊUTICAS PELO SUS NA PANDEMIA DE COVID-19 E O PAPEL DA MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS

PATIENT AUTONOMY, PUBLIC POLICIES FOR THE INCORPORATION OF THERAPEUTICS BY THE BRAZILIAN HEALTH SYSTEM IN THE COVID-19 PANDEMIC AND THE ROLE OF EVIDENCE-BASED MEDICINE

Roberto Henrique Pôrto Nogueira[1]
Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP)
Felipe Melazzo do Nascimento Santos[2]
Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP)

Resumo:
Objetiva-se analisar o papel da Medicina Baseada em Evidências no desenho da política pública relacionada à incorporação de terapêuticas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Para tanto, também são tangenciados os argumentos da autonomia do paciente para decidir sobre seu tratamento e da licitude da prescrição *off label* de medicamentos, para esclarecer a ausência de relação entre essas ideias e a adequação da disponibilização ampla de medicamentos na rede pública de saúde. Trata-se de estudo teórico-dogmático com a exploração de dados secundários na delimitação dos institutos jurídicos e conteúdos correlatos acerca da produção do conhecimento científico na seara médica. Demonstrar o papel das evidências científicas nas práticas resultantes de contextos médicos diversos mostra-se relevante para que a pandemia da COVID-19 não turve os debates sobre o direito à saúde e sobre as políticas públicas correlatas. Como resultado, tem-se que a Medicina Baseada em Evidências privilegia a relevância e a qualidade das evidências científicas para o aumento da precisão da prática terapêutica, diagnóstica e preventiva em saúde, o que constitui substrato de análise necessária para a aferição da pertinência de medidas de saúde pública.
Palavras-chave:
Autonomia. COVID-19. Medicina Baseada em Evidências. Políticas públicas.

Abstract:
It is aimed to analyze the role of Evidence-Based Medicine in the definition of public policy related to the incorporation of therapies by the Brazilian Public Health System. To this end, the ideas of the patient's autonomy to decide on their treatment and the lawfulness of the off-label prescription of medicines are also important, in order to make it clear that there is no necessary relation between these perspectives and the adequacy of the decision on the wide availability of medicines in the public health system. It is a theoretical-dogmatic study with the exploration of secondary data in the delimitation of legal institutes and related contents about the production of scientific knowledge in the medical field. Demonstrating the role of Evidence-Based Medicine in practices resulting from different medical contexts is relevant so that the COVID-19 pandemic does not cloud the debates about the right to health and linked public policies. As a result, Evidence-Based Medicine emphasizes the relevance

[1] Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos Belo Horizonte. Professor Adjunto IV do Mestrado Acadêmico em 'Novos Direitos, Novos Sujeitos' e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP. Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento – NDP, do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID-UFOP, do JUSBIOMED-UNEB e do Grupo de Apoio Jurídico à Gestão de Crise Pandêmica da COVID-19 (PPGD-UFOP). Apoiado por AUXÍLIO PESQUISADOR UFOP. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-0216-1433. E-mail: roberto.nogueira@ufop.edu.br
[2] Mestrando em Direito, Área de Concentração 'Novos Direitos, Novos Sujeitos' pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP. Bolsista institucional UFOP. Pesquisador vinculado aos núcleos de estudos 'Novos Direitos e Reconhecimento' - NDP - UFOP e "Centro de Estudos em Biodireito" - CEBID - UFOP. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-9622-9293

and the quality of scientific evidence for increasing the accuracy of therapeutic, diagnostic and preventive health practices, which constitutes a necessary point of reference for assessing policies with concern to public health.
Keywords:
Autonomy. COVID-19. Evidence-Based Medicine. Public policies.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No panorama da pandemia da COVID-19, por que é tão importante conhecer e considerar evidências científicas no desenho da política pública relacionada à incorporação de terapêuticas pelo Sistema Único de Saúde (SUS)? A resposta a essa indagação depende da compreensão dos desafios emergentes e dos critérios de adequação da política pública em saúde, bem como da aferição da impertinência, para esse mister, dos argumentos ligados ao exercício de autonomia do paciente para decidir sobre seu tratamento e à licitude da prescrição *off label* de medicamentos.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, a situação de emergência de saúde pública mundial decorrente da doença designada como COVID-19. Menos de dois meses depois, em 11 de março seguinte, declarou a pandemia. A transmissão do agente etiológico, qual seja, o novo Coronavírus (SARS-CoV-2, de acordo com Comitê Internacional de Taxonomia Viral), ocorre de pessoa a pessoa, independentemente de serem sintomáticas (WANG, 2020).

Nesse cenário pandêmico de uma nova doença, o Direito é desafiado a ocupar-se de problemas diversos, tais como aqueles conexos a contratações públicas, policiamento preditivo, revisão de relações jurídicas negociais privadas, responsabilidade civil do médico no âmbito da prática profissional, objeção de consciência e recusa do médico para a prescrição de medicamento.[3] Para o propósito desse trabalho, desponta o problema das políticas públicas de incorporação de medicamentos pelo sistema público de saúde, em uma conjuntura na qual são inexistentes tratamentos farmacológicos específicos para a COVID-19. Assim, o tratamento regular é o sintomático, que compreende opções para o controle da febre, dor, tosse seca e náusea. Tem lugar o uso de medicações de apoio, quais sejam, antipiréticos, analgésicos, antitussígenos/expectorantes e antieméticos (BRASIL, 2020).

[3] Especificamente sobre a responsabilidade civil do médico no âmbito da prática profissional na pandemia da COVID-19, ver: NOGUEIRA, 2020; e LIMA; BERALDO; NOGUEIRA, 2020. O debate acerca da objeção de consciência e da recusa do médico para a prescrição de medicamento foi explorada por: NOGUEIRA; GODOI, 2020.

Diante da identificação, pela comunidade científica e também pela comunidade leiga (não necessariamente ilegítima para tanto, o que se define a partir do contexto humano, social, econômico e político), de terapias alternativas não consideradas específicas para o tratamento da COVID-19, cabe compreender a relação entre a autonomia do paciente para fazer uso de uma determinada medicação, a prerrogativa do médico para prescrever *off label* e a fundamentação de políticas públicas de disponibilização de terapêuticas. A hipótese é a de que a Medicina Baseada em Evidências desempenha um papel central no debate.

O presente estudo apresenta-se como teórico-dogmático com a exploração de dados secundários na delimitação dos institutos jurídicos e conteúdos correlatos acerca da produção do conhecimento científico na seara médica.

Inicialmente, cabe resgatar os argumentos da autonomia do paciente na sua relação com o médico e a licitude da prescrição *off label*, no propósito de elucidar a provável ausência de relação entre essas ideias e a adequação da disponibilização ampla de medicamentos na rede pública de saúde.

Então, critérios legais determinantes da adequação das políticas públicas de incorporação de terapêuticas no Sistema Único de Saúde são apontados, de modo a destacar o papel da Medicina Baseada em Evidências (MBE).

Por fim, o estudo enfrenta, cientificamente, a partir dos referenciais edificados nas seções anteriores, estudos clínicos acerca da cloroquina e da hidroxicloroquina e as evidências científicas deles provenientes, para análise da consistência dos fundamentos técnicos para a incorporação e disponibilização ampla desse tratamento no âmbito do SUS. Vale dizer, o estudo não pretende discutir eficácia da medicação em apreço, mas sim demonstrar como as evidências clínicas são capitais para legitimarem essa específica política pública de saúde de incorporação de tratamento no sistema público.

Mostra-se relevante, portanto, para que o contexto da pandemia da COVID-19 não deturpe os debates sobre o direito à saúde, a demonstração do papel das evidências científicas nas políticas públicas correlatas.

2 AUTONOMIA DO PACIENTE E PRESCRIÇÃO MÉDICA

É comum que se recorra ao argumento da autodeterminação terapêutica, que integra o espectro da autonomia do paciente, para justificar a adoção de determinada política pública de saúde. Exatamente por essa razão, vale explorar essa compreensão, que é útil às discussões do trabalho.

Ao paciente, cabe a prerrogativa de definir seu próprio tratamento, na edificação de sua saúde, considerada de forma ampla e holística, abrangente de seu bem-estar e delineada pelo livre desenvolvimento de sua personalidade. Isso viabiliza a sua participação, como protagonista, na relação médico-paciente, contexto no qual deve ser definida, de modo dialógico, a abordagem terapêutica. Caso não haja objeção de consciência lícita do médico, e desde que esclarecimentos tenham sido prestados em relação às indicações, às contraindicações, aos efeitos adversos e colaterais e ao estado da arte do conhecimento médico, o paciente preserva a prerrogativa de eleger ou de rejeitar as terapias disponíveis. O exercício efetivo e idôneo de sua autonomia guarda relação direta com a responsabilidade correlata. Independentemente da relação médico-paciente, a opção pelo uso do medicamento pelo paciente é ato de autonomia, desde que se trate de produto de acesso permitido, nos moldes dos requisitos fixados pelo ordenamento jurídico e pela vigilância sanitária.

Ao médico, lado outro, cabe prescrever tratamentos. Prescrever, do latim *praescribere*, significa ordenar, de maneira explícita, previamente; indicar com precisão; determinar, fixar, preceituar; indicar como remédio; receitar, indicar (FERREIRA, 2004). No Brasil, prescrever medicamentos é dever profissional do médico (BRASIL, 1932). Outros profissionais de saúde, nos limites legalmente previstos, podem prescrever medicamentos (NOGUEIRA, 2017, p. 60).

Para prescrever, o Código de Ética Médica (2018) veda ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Na mesma linha, para o médico fazer objeção ao desejo do paciente e recusar-se a prescrever determinado tratamento, não deve fundamentar-se no fato ou ato que padeça de civilidade ou de consideração e respeito pela dignidade do paciente, sendo vedada a discriminação. No geral, portanto, o médico deve aceitar as escolhas dos pacientes. Essas orientações deontológicas reforçam a autonomia do paciente, para promoverem oportunidades e condições de exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa e sobre seu bem-estar.

Cabe, portanto, ao médico, prescrever a terapêutica adequada quando seu uso estiver liberado no País. A liberação, pela via do registro para autorização de produção ou de comercialização de medicamento no Brasil, é ato do Ministério da Saúde, sob responsabilidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). O médico pode, ainda, prescrever terapêutica experimental, se efetivamente aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento esclarecido do paciente.

3 O REGISTRO E A PRESCRIÇÃO OFF LABEL DE MEDICAMENTOS

A Lei n. 6.360 (BRASIL, 1976) almeja, com o registro do medicamento junto à ANVISA, possibilita o controle de qualidade, por meio de um conjunto de medidas assecuratórias da pureza, da eficácia e da inocuidade. A Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA RDC n. 200 (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2017), para a concessão de registro a um determinado medicamento novo, exige que estudos clínicos prévios sejam desenvolvidos sob exigências específicas. Logo, nos exatos termos das pesquisas implementadas, o medicamento é registrado. Se o medicamento obtém êxito, nas pesquisas devidamente controladas e nas fases consideradas mínimas, quanto aos requisitos de segurança, eficácia e acurácia, para uma doença definida, em certa população, dosagem e modo de uso, a prescrição *on label* se restringe a esses parâmetros, apenas. A prescrição estranha a essas diretrizes registradas no órgão de vigilância nacional é *off label*.

Ocorre que, havido o registro, o medicamento fica disponível para acesso. Logo, o médico pode prescrevê-lo, licitamente, mesmo fora daqueles critérios exatos registrados (prescrição *off label*), em vista da situação e dos interesses circunscritos e individuais do paciente. Para tanto, a prescrição *off label* pode ser lícita em casos extremos, de inexistência de tratamentos previamente testados, de não resposta do doente a terapias consagradas, de superioridade de tratamento inovador, de evidências científicas robustas e de ponderação do interesse do paciente (formatado com a sua participação esclarecida e ampla) (NOGUEIRA, 2017, p. 62).

Significa que mesmo que o paciente queira fazer uso *off label* de um medicamento, o médico pode, por objeção de consciência, não prescrevê-lo. Lado outro, mesmo que o médico deseje prescrever determinado medicamento *off label*, não significa que o paciente fará o uso, eis que a sua autonomia deve ser respeitada. E mais: mesmo que a evidência científica seja de baixo grau, no caso individualizado de um paciente, pode haver motivos suficientes à prescrição de uma terapia *off label*.

A Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA RDC n. 9 (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2015) é responsável por definir os procedimentos e requisitos para realização de ensaios clínicos feitos no Brasil com medicamentos a serem aprovados pela agência. Tais ensaios devem seguir a Resolução quando envolvem nova indicação terapêutica, nova via de administração, nova concentração, nova forma farmacêutica, ampliação do uso, nova posologia, novas associações ou qualquer alteração pós-registro, incluindo renovação.

O estudo clínico, para que esteja em consonância com a normativa em questão, deve, necessariamente, estar acompanhado de um Dossiê de Desenvolvimento Clínico de Medicamento (DDCM), que consiste em compilado de documentos para submissão à ANVISA, com finalidade de permitir que sejam avaliadas todas as etapas inerentes ao experimento projetado. Tal documentação deve possibilitar a avaliação de eficácia e de segurança, tanto no que respeita aos direitos dos participantes em todas as fases do estudo, quanto à qualidade do medicamento até então experimental. Ressalta-se que, uma vez cancelado um DDCM, seja por justificativas técnico-científicas dos pesquisadores, seja por motivos de segurança, nenhum ensaio clínico que carregue alguma relação com ele poderá ser continuado no País (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2015).

A Resolução exige também que os estudos clínicos sigam as Boas Práticas Clínicas (BPC), que envolvem:

> [...] a definição de um padrão para o planejamento, a condução, a realização, o monitoramento, a auditoria, o registro, a análise e o relato de ensaios clínicos que fornece a garantia de que os dados e os resultados relatados têm credibilidade e precisão, e que os direitos, a integridade e o sigilo dos participantes do ensaio clínico estão protegidos, de acordo com as diretrizes de BPC dispostas no Documento das Américas e Manual de Boas Práticas Clínicas da Conferência Internacional de Harmonização (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2015).

Um estudo clínico cujas fases estejam em consonância com esse regime regulamentar revela-se científico do ponto de vista do ente regulador e, assim, pretende engendrar evidências científicas consideradas robustas para autorizar o registro junto à autoridade sanitária. Com efeito, a preocupação institucional em regular os estudos clínicos que afiram a segurança e a eficácia de medicamentos revela o reconhecimento institucional da relevância das evidências clínicas no contexto das políticas públicas.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCORPORAÇÃO TERAPÊUTICA NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E A MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS

De todo modo, esses argumentos da autodeterminação terapêutica do paciente e da licitude circunstancial da prescrição *off label* de medicamentos parecem ter pouco ou nada a ver com a opção por uma dada política pública de incorporação e de disponibilização ampla de determinados tratamentos no SUS.

Tratando-se de uma política pública que envolve gastos significativos e uma abordagem transversal no sistema de saúde para a população em geral, o interesse coletivo há de ser

considerado. Para a eleição dessa política pública, deve haver, portanto, atendimento a critérios intersubjetivos firmados por processos democraticamente legitimados.

No Brasil, a Lei n. 8.080 (BRASIL, 1990) introduz esses critérios objetivos, de modo a demandar que a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, sejam objeto de relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias, que deve levar em consideração, necessariamente, entre outros aspectos, as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança.

Assim, independentemente de qualquer problematização acerca da epistemologia possivelmente pouco plural em relação ao critério objetivo para a decisão pela execução de uma política pública de amplo espectro na área da saúde, tal critério é, *a priori*, legitimamente demarcado pela lei, de maneira que parece imprescindir, de modo ideal e conforme a normativa de regência, de evidências científicas em razoável grau de consistência.

As evidências clínicas científicas são resultantes de processos de produção e de revisão de conhecimentos, preferencialmente oriundos de achados em pesquisas clínicas metodologicamente estruturadas e que, devidamente divulgadas, possam contribuir para o estabelecimento de parâmetros e de práticas úteis à realização de escolhas diagnósticas, terapêuticas e profiláticas com algum grau de certeza e de segurança. Vale dizer, para diagnóstico médico, as evidências podem sugerir protocolos ou abordagens que envolvem os formatos das consultas e dos exames clínicos, que se delineiam desde a anamnese até a coleta de dados próprios do histórico do paciente, com a identificação de sintomas e para a definição do quadro clínico de uma possível doença. A depender da necessidade e da conveniência para o paciente, as evidências científicas podem precisar métodos, técnicas e drogas com superiores segurança, eficácia e acurácia para a prescrição e para a realização de tratamentos. Do mesmo modo, as evidências científicas podem contribuir para a adoção de medidas efetivamente úteis na profilaxia e na atenuação de doenças.

A Medicina Baseada em Evidências (MBE) é um movimento formado por cientistas, médicos e profissionais da saúde envolvidos e comprometidos com a utilização e com o desenvolvimento de métodos e de abordagens rigorosos que ofereçam respostas a questões clínicas “sobre eficácia, efetividade, eficiência e segurança de determinado tratamento e prevenção, bem como sobre a sensibilidade e especificidade de testes diagnósticos e aspectos prognósticos de certa doença na área da saúde” (EL DIB, 2014, p. 09).

Não somente atrelada à relação médico-paciente, a MBE também consiste na utilização da Epidemiologia Clínica como ferramenta de apoio à tomada de decisão coletiva. Logo, a área

de estudo fornece subsídios científicos para a tomada de decisões não só de cientistas, de profissionais da saúde e de pacientes, mas também de gestores públicos de saúde no cumprimento de suas atribuições (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 17).

A MBE almeja, portanto, contribuir para a redução da "margem de erro dos atos médicos com medidas custo-efetivas. O processo de aplicação da MBE pressupõe conceitos da Epidemiologia Clínica aliados a conceitos da Estatística e da Informática Médica" (GOMES, 2001, p. 4). Isso não quer dizer que a autonomia do paciente e o seu quadro clínico individual sejam ignorados, pois é a partir do paciente que "são construídas as questões clínicas a serem respondidas, e para ele, individualmente, os resultados serão aplicados, se forem válidos, importantes e úteis." (GOMES, 2001, p. 11).

A qualidade das evidências depende da consistência dos resultados e das conclusões de seus estudos de base. Essa consistência submete-se, a seu turno, à validade interna (estrutura metodológica) e à validade externa (possibilidade de generalização dos resultados para outras populações) (GOMES, 2001, p. 17).

Logo, é o desenho dos estudos que determina a qualidade das evidências. As evidências categorizadas como de alto grau de consistência são consideradas boas para apoiar a recomendação de um determinado uso de medicamento. A depender dos fins da investigação, evidências de alto grau são aquelas apresentadas por um ou mais estudos com adequada e controlada metodologia, "prospectivos, randomizados, mascarados e controlados" (GOMES, 2001, p. 34).

O estudo é prospectivo quando é desenhado no presente e acompanhado para o futuro. É randomizado quando, em estudos experimentais, há aleatoriedade na distribuição da intervenção em relação aos participantes da pesquisa, individualmente considerados. É mascarado ou cego quando for desconhecido se o participante da pesquisa integra o grupo de intervenção ou o grupo controle. Caso o pesquisador também impeça seu próprio acesso a essa informação no curso da investigação, diz-se que o estudo é duplo cego. Quando variáveis que possam impactar os desfechos são acompanhadas e, eventualmente, isoladas, diz-se que o estudo é controlado.

Na proporção em que estudos, a depender de seus escopos, distanciam-se dessas características, eles fragilizam suas validades interna ou externa, de forma a restar minorada a qualidade das evidências, que caem de grau.

Nesse mesmo sentido, estudos com populações inadequadamente reduzidas e meros relatos de casos isolados são tidos como geradores de evidências menos robustas.

Opiniões de perito sem avaliação crítica e pesquisas desenvolvidas apenas em laboratório tendem a produzir evidências de ainda menor consistência (GOMES, 2001, p. 34).

As evidências, por conseguinte, devem ser percebidas em graus de consistência.

No âmbito da MBE, sistemas são elaborados para a avaliação de graus de qualidade ou de consistência, bem como de graduação da força de recomendação de evidências científicas obtidas nos estudos clínicos. Esses sistemas objetivam, respectivamente, informar a confiança nas evidências apresentadas e a ênfase para que determinada conduta seja adotada ou rejeitada.

Dos marcos teóricos disponíveis que estabelecem critérios de avaliação de evidências, o presente estudo foca no Sistema GRADE (*Grading of Recommendations Assessment, Development and Evaluation*), tendo em vista a sua adoção pelo Ministério da Saúde. O Sistema GRADE, utilizado também pela Organização Mundial da Saúde (OMS), tem como objetivo criar um sistema universal, "transparente e sensível para graduar a qualidade das evidências e a força das recomendações" (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 18).

No Sistema GRADE, os níveis ou qualidades das evidências são divididos em alto, moderado, baixo e muito baixo. Oferecem evidências com nível alto na escala do Sistema aqueles estudos clínicos bem delineados, randomizados, com amostra representativa da população, grupos paralelos, com controles de variáveis estranhas e análise de dados e achados consistentes (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 45). Em alguns casos, estudos observacionais podem oferecer evidências de alto nível, desde que bem delineados e que apresentem achados consistentes, como os estudos de coorte prospectivos e conduzidos por meio de métodos especiais de análise que controlam variáveis de confusão e mostram efeitos das intervenções terapêuticas que não podem ser resultados de vieses (VILLAS BOAS; DO VALLE, 2014, p. 103). Quando o nível é alto, há forte confiança de que o verdadeiro efeito esteja muito próximo daquele obtido pelo estudo e é improvável que futuros trabalhos modifiquem tal confiança (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 45).

Oferecem evidência com nível moderado os ensaios clínicos com limitações leves (problemas na condução, inconsistência nos resultados, desfechos substitutos ou validade externa comprometida), estudos observacionais com achados e estudos meramente observacionais, mas bem delineados e com achados consistentes. Em evidências de nível moderado há a confiança moderada de que os efeitos obtidos nos ensaios representam os reais. Dessa forma, trabalhos futuros são esperados a modificar tal confiança, na medida em que podem se valer de métodos mais robustos aptos a provarem outros efeitos e estimativas (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 45).

Evidências de nível baixo são obtidas a partir de estudos observacionais com importantes limitações e suscetíveis a inúmeros vieses, como os observacionais comparativos (coorte e caso-controle). A confiança nas evidências de nível baixo é limitada, visto que trabalhos futuros com melhores estruturas provavelmente impactarão na estimativa de efeito obtida (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 45).

Estudos clínicos com limitações graves (com vieses no delineamento do estudo, não-controlados no que toca às variáveis estranhas e não sistematizados), estudos meramente observacionais também com limitações graves, estudos observacionais não comparados (como séries e relatos de caso) e opiniões de especialistas oferecem evidências de nível muito baixo. Nessas circunstâncias, qualquer estimativa obtida pelos estudos é incerta, uma vez que as fortes limitações metodológicas interferem diretamente na confiança dos resultados obtidos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 45).

Dessa forma, os ensaios clínicos randomizados são os aptos a oferecerem evidências de nível alto no Sistema GRADE. Quando são considerados apenas estudos observacionais, o nível de evidência inicia-se baixo. Além desse, outros fatores são responsáveis pela redução do nível de qualidade da evidência, como limitações metodológicas, inconsistências, uso de evidências indiretas, imprecisão e viés de publicação (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 19).

As limitações metodológicas estão diretamente relacionadas com o alto potencial de presença de vieses nos estudos, vale dizer, quanto maior a limitação, maiores serão os vieses. Com base na análise das características do experimento, o Sistema GRADE organizou e estruturou uma forma de avaliação do Risco de Viés (ou RoB, *Risk of Bias*), que leva em consideração suas limitações metodológicas referentes ao seu delineamento ou execução (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 23). O Risco de Viés também apresenta graus ou níveis: alto, baixo ou incerto (VILLAS BOAS; DO VALLE, 2014, p. 27).

São exemplos de limitações metodológicas de estudos randomizados: ausência de sigilo da alocação, ausência de mascaramento, seguimento incompleto (perda no seguimento de pacientes randomizados e ausência de análise por intenção de tratar), relato seletivo de desfechos e outros entraves, como interrupção precoce do estudo por benefício e utilização de desfechos não validados (VILLAS BOAS; DO VALLE, 2014, p. 47).

Em relação aos estudos observacionais, são exemplos de limitações metodológicas: seleção e inclusão inadequada de participantes, ausência de mascaramento, falhas para controlar adequadamente os fatores de confusão e seguimento incompleto (VILLAS BOAS; DO VALLE, 2014, p. 47).

Além dos níveis de evidência, o Sistema GRADE também estipula a chamada força de recomendação, que expressa a ênfase para que seja adotada ou rejeitada determinada conduta de saúde por gestores públicos de saúde, pacientes e profissionais, considerando potenciais vantagens e desvantagens obtidas em estudos. A força de recomendação é medida em forte ou fraca (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 20). Percebe-se que o nível das evidências obtidas nos estudos clínicos é fator que influencia a força de recomendação.

Como demonstrado, com base nas disposições da Lei 8.080 e na adoção do Sistema GRADE pelo Ministério da Saúde, tem-se que a Medicina ou Saúde Baseada em Evidências ocupa uma posição central não apenas nas situações próprias da relação médico-paciente (autonomia do paciente, prescrição de medicamentos), mas também na tomada de decisão dos agentes públicos e na fundamentação de políticas públicas de disponibilização de terapêuticas.

5 TRATAMENTOS INCORPORADOS PELO SUS NA PANDEMIA DE COVID-19

A ausência de tratamento farmacológico específico para a COVID-19 favorece o emprego de medicamentos já conhecidos e até então utilizados no tratamento de outras enfermidades, no controle da doença em estudo. É o caso do difosfato de cloroquina ou somente cloroquina e seu análogo sulfato de hidroxicloroquina ou somente hidroxicloroquina, manipulados, originalmente, no tratamento de malária e de doenças autoimunes como lúpus eritematoso sistêmico e artrite reumatóide (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020, p. 2). Estudos clínicos, portanto, dedicam-se ao teste da eficácia de drogas voltadas a outros fins, nas diversas abordagens da COVID-19.

Vale frisar, os estudos clínicos podem oferecer evidências científicas aptas a comporem o substrato para a identificação de terapias principais e adjuvantes para a COVID-19, para prescrição médica, para o uso pelo paciente e, eventualmente, para a incorporação ampla pelo sistema de saúde (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020, 2020, p. 2).

Com o intuito de descortinar o papel da MBE e das evidências científicas propriamente ditas para a legitimidade das políticas públicas de incorporação e de disponibilização de terapias no âmbito da saúde, é válido o esforço de análise dos estudos clínicos recorrentemente aludidos como fundamentos para a admissão ampla da cloroquina e da hidroxicloroquina pelo SUS, bem como o diálogo com as posições do Conselho Federal de Medicina (CFM) e da Sociedade Brasileira de Infectologia emitidas no decorrer do período compreendido entre março e julho de 2020.

Em 06 de março de 2020 foi publicado na revista *Journal of ZheJiang University (Medical Sciences)* um estudo chinês realizado no *Shanghai Public Health Clinical Center*, cujo objetivo era avaliar a eficácia e a segurança do uso da hidroxicloroquina (HCQ) no tratamento de pacientes com COVID-19 considerada moderada (CHEN *et al.*, 2020, p. 215).

Tratou-se de um estudo clínico randomizado (ECR), duplo-cego, prospectivo, com uma amostra de 30 pacientes com idade média de 48,5 anos diagnosticados com COVID-19, matriculados mediante consentimento informado e cujo critério de inclusão era não ter recebido nenhum outro tratamento para a doença até o início do estudo. Os pacientes foram divididos em dois grupos, um controle contendo 15 pessoas e outro experimental também com 15 (CHEN *et al.*, 2020, p. 216).

Durante 5 dias, o grupo controle recebeu tratamento convencional (inalação com oxigênio, medicamentos antivirais recomendados no plano de tratamento, nebulização e antibacterianos, quando necessários), enquanto o grupo experimental recebeu 400mg de hidroxicloroquina por dia aliada ao tratamento convencional (CHEN *et al.*, 2020, p. 217).

Ao final do experimento, 13 (86,7%) pacientes do grupo experimental e 14 (93,3%) pacientes do grupo controle testaram negativo para COVID-19; a duração média de hospitalização até os resultados negativos foi de 4 dias para o grupo experimental e 2 dias para o grupo controle; o tempo médio para a normalização da temperatura corporal dos pacientes, após a hospitalização, foi igual no grupo controle e experimental, isto é, 1 dia; houve progressão radiológica, constatada por imagens de tomografia computadorizada, em 5 (33,3%) casos no grupo experimental e em 7 (46,7%) casos no grupo controle; 4 casos (26,7%) do grupo experimental e 3 casos (20%) do grupo controle apresentaram diarreia transitória e função hepática anormal (CHEN *et al.*, 2020, p. 218).

A partir desses resultados, os pesquisadores concluíram que o prognóstico para pacientes moderados de COVID-19 era bom. Entretanto, sugeriram a necessidade de estudos maiores em relação ao tamanho da amostra para identificar os efeitos da hidroxicloroquina no tratamento (CHEN *et al.*, 2020, p. 218).

Com base nos resultados apresentados, percebe-se que, se comparada ao grupo controle, a dose padrão de hidroxicloroquina não apresentou efeitos clínicos consideráveis na melhora dos sintomas e na aceleração da supressão do SARS-CoV-2 nos pacientes, na forma aferida.

A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), vinculada a Organização Mundial da Saúde (OMS), divulgou em 22 de abril de 2020 uma revisão rápida do documento de "Atualização Dinâmica e Contínua de Potenciais Terapias para COVID-19: resumo de revisões sistemáticas rápidas". O documento realizou um agrupamento meta-analítico de diversos

estudos, realizados até o momento da publicação, de desenvolvimento e/ou aproveitamento de medicamentos que possam ter efeito contra o SARS-CoV-2.

Segundo o documento (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020, p. 9), o estudo realizado no *Shanghai Public Health Clinical Center* apresentou um Risco de viés alto (ou RoB, *Risk of Bias*), definido com base no Sistema GRADE, e um Nível de certeza de evidência muito baixo, por (i) trabalhar com uma amostragem pequena com poucos eventos clínicos, logo, não poderia ser um estudo representativo; e por (ii) atribuir co-tratamento de forma não balanceada.

A atribuição de co-tratamento não balanceada mencionada pela OPAS é resultado do controle não realizado pelo estudo chinês acerca do tratamento convencional manipulado contemporaneamente em ambos os grupos, no decorrer do experimento. Não há menções especificas em relação à dosagem, ao momento de administração e a quais pacientes tal tratamento foi necessário. O co-tratamento ou tratamento convencional, se não controlados, podem funcionar como variáveis aptas a macular os resultados do estudo.

Em 20 de março de 2020, foi publicado um estudo francês na revista *International Journal of Antimicrobial Agents*, coordenado no âmbito de *The Méditerranée Infection University Hospital Institute in Marseille.* O objetivo do estudo era avaliar se a cloroquina e a hidroxicloroquina eram eficazes no combate do SARS-CoV-2 (GAUTRET *et al.*, 2020, p. 2).

Tratou-se de um estudo observacional clínico, não-randomizado, não mascarado, prospectivo, com uma amostra de 36 pacientes com idade média de 45,1 anos, hospitalizados, diagnosticados com COVID-19 por meio do exame PCR e em estados clínicos diversos. Os pacientes foram divididos em um grupo controle de 16 pessoas e um grupo experimental de 20 pessoas (GAUTRET *et al.*, 2020, p. 2-3).

Foram excluídas gestantes e mulheres em período de amamentação, bem como pacientes que tinham alergia conhecida à hidroxicloroquina ou à cloroquina ou que tinham contraindicação aos medicamentos, incluindo retinopatia, deficiência de glicose-6-fostato desidrogenase (G6PD) e prolongamento do intervalo QT. Como o estudo não foi randomizado, esses pacientes diagnosticados com COVID-19 e excluídos por não preencherem os critérios de inclusão, juntamente com crianças e com aqueles que se recusaram a receber o tratamento da hidroxicloroquina ou da cloroquina, formaram o grupo controle (GAUTRET *et al.*, 2020, p. 2).

A amostra, para fins de análise dos resultados, foi dividida também em 3 categorias: pacientes assintomáticos (2 estavam no grupo experimental e 4 no grupo controle); pacientes com sintomas de infecção respiratória do trato superior ou *upper respiratory tract infection*

(URTI), quando apresentavam rinite, faringite ou febre alta e mialgia isolada de baixo grau (12 estavam no grupo experimental e 10 estavam no grupo controle); e pacientes com sintomas de infecção no trato inferior ou *lower respiratory tract infections* (LRTI), quando apresentavam sintomas de pneumonia ou bronquite (6 estavam no grupo experimental e 2 no grupo controle) (GAUTRET *et al.*, 2020, p. 2).

Durante 6 dias, o grupo experimental recebeu 200mg de hidroxicloroquina por via oral, 3 vezes ao dia e, a depender do estado clínico, também recebeu azitromicina. Do grupo experimental, 14 pacientes foram tratados apenas com hidroxicloroquina e 6 foram tratados com hidroxicloroquina aliada a azitromicina. Em relação ao grupo controle, o estudo apenas mencionou que o tratamento sintomático e a administração de antibióticos, como medidas de prevenção de superinfecção bacteriana, foram implementados conforme julgamento clínico. (GAUTRET *et al.*, 2020, p. 2-4). Não há, assim, como afirmar que o mesmo tratamento, ainda que sintomático, foi aplicado a todos os pacientes do mesmo grupo.

No final do experimento, dos 14 pacientes que receberam apenas hidroxicloroquina, 8 (57,1%) testaram negativo para COVID-19; dos 6 pacientes que receberam hidroxicloroquina aliada a azitromicina, 6 (100%) testaram negativo para COVID-19; e dos 16 pacientes presentes no grupo controle, 2 (12,5%) testaram negativo para COVID-19. Analisando os dados do grupo experimental de outra forma, 14 (70%) dos 20 pacientes que receberam hidroxicloroquina, seja ela aliada a azitromicina ou não, testaram negativo no final do experimento (GAUTRET *et al.*, 2020, p. 4).

Após a apresentação dos resultados, os pesquisadores concluíram que, apesar da amostra conter um número pequeno de pacientes, o estudo demonstrou que a hidroxicloroquina foi eficiente no combate do agente etiológico SARS-Cov-2 em pacientes com COVID-19 em um curto espaço de tempo (3 a 6 dias), no formato de aferição adotado pelo estudo (redução da detecção do vírus no trato respiratório superior). Além disso, concluíram que tal efeito do medicamento é reforçado quando aliado a azitromicina (GAUTRET *et al.*, 2020, p. 5).

Segundo a revisão rápida de 22 de abril de 2020 do documento "Atualização Dinâmica e Contínua de Potenciais Terapias para COVID-19: resumo de revisões sistemáticas rápidas", elaborado pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), o estudo realizado no *The Méditerranée Infection University Hospital Institute in Marseille* apresentou um Risco alto de viés (ou RoB, *Risk of Bias*), definido com base no Sistema GRADE, e um Nível de certeza de evidência muito baixo, por (i) não discutir a ocorrência de efeitos colaterais dos medicamentos manipulados; (ii) conter a presença de confundidores (variáveis estranhas); (iii) não ser mascarado; (iv) conter amostra pequena (v) registrar poucos eventos; e (vi) conter relato

subótimo de métodos e desfechos (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020, p. 9).

A presença de confundidores e o relato subótimo de métodos e desfechos mencionados pela OPAS dão-se pelo fato de não haver no estudo maiores descrições acerca da condição dos participantes do experimento em relação à coexistência de outras doenças, do recebimento ou não algum tipo de tratamento anterior ao experimento, bem como de outras variáveis que, se isoladas ou ao menos consideradas, poderiam alterar o resultado dos tratamentos.

No dia 01 de abril de 2020 foi publicada a Nota Informativa nº 6/2020-DAF/SCTIE/MS (BRASIL, 2020) pelo Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos da Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde do Ministério da Saúde. A Nota, com base na Lei nº 13.979 (BRASIL, 2020), informa a disponibilização da cloroquina para uso no Sistema Único de Saúde, em casos confirmados e a critério médico, de pacientes hospitalizados com formas graves de COVID-19, sem que outras medidas fossem desprezadas (BRASIL, 2020).

Segundo a Nota, a justificativa para a disponibilização foi de que até aquele momento não existia disponível outro tratamento específico e eficaz, além de haver dezenas de estudos clínicos nacionais e internacionais destinados a mensurar a eficácia e a segurança da droga cloroquina (e seu análogo hidroxicloroquina) para o tratamento da infecção por SARS-Cov-2 (BRASIL, 2020).

Foi ressaltado na Nota que, a depender de novas evidências científicas que porventura viessem a surgir desses estudos, a medida poderia ser modificada a qualquer momento (BRASIL, 2020). Como exemplo desses estudos internacionais mencionados, foi referenciado o estudo francês havido pelo *The Méditerranée Infection University Hospital Institute in Marseille* e atestado pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) com o Risco de viés (ou RoB, *Risk of Bias*) alto e um Nível de certeza de evidência muito baixo, devido as suas falhas metodológicas (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020, p. 11).

Em 20 de maio de 2020, uma nova Nota Informativa foi publicada, dessa vez pelo Gabinete da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, e que recebeu o nº 9/2020-SE/GAB/SE/MS. A Nota informou a orientação permissiva e ampliativa para o tratamento com hidroxicloroquina e cloroquina, associadas ou não a azitromicina, a pacientes diagnosticados com COVID-19 no SUS, com sintomas leves e moderados, incluindo o acesso precoce. A Nota trouxe também orientações e algoritmos para o tratamento (BRASIL, 2020).

Na introdução da Nota, especificamente no ponto 2, foi disposto que o acompanhamento dos resultados dos estudos promovidos pela comunidade científica acerca dos possíveis

tratamentos para a COVID-19 foi de extrema relevância para a manutenção e para a atualização periódica das orientações para o trato da doença (BRASIL, 2020).

Ambos os estudos comentados acima, quais sejam, o chinês e o francês, a despeito de suas falhas metodológicas (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2020, p. 11), foram referenciados na Nota Informativa nº 9/2020-SE/GAB/SE/MS (BRASIL, 2020).

Ainda na introdução, dessa vez no ponto 13, a Nota justificou a ampliação da disponibilização dos medicamentos em questão, a partir do Processo-Consulta CFM nº 8/Parecer CFM nº 4/2020 do Conselho Federal de Medicina (CFM) divulgado em 16 de abril (BRASIL, 2020). Tal parecer propôs a consideração do uso da cloroquina e da hidroxicloroquina no tratamento de pacientes com sintomas leves no início do quadro clínico, pacientes com sintomas importantes, mas que ainda não haja a necessidade de cuidados intensivos, e pacientes críticos recebendo cuidados intensivos, sempre sob consentimento livre e esclarecido do paciente ou dos familiares, quando cabível; sob orientação da autonomia do médico; e condicionada à valorização da relação médico-paciente.

Na data de 22 de maio, foi publicado pela revista inglesa *The Lancet* o estudo "*Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis*", que objetivou analisar a eficácia da cloroquina e da hidroxicloroquina associadas ou não a um macrolídeo de segunda geração (azitromicina ou claritromicina) no tratamento da COVID-19 (MEHRA; DESAI; RUCHITZKA; PATEL, 2020, p. 1).

O estudo não foi randomizado e não foi mascarado, visto que se tratou de uma pesquisa *ex-post-facto* (retrospectiva), isto é, não houve manipulação de tratamento pelos pesquisadores (SELLTIZ; WRIGHTSMAN; COOK; KIDDER, 1987). Os resultados foram obtidos depois que as variáveis (cloroquina e hidroxicloroquina associadas ou não a um macrolídeo de segunda geração no tratamento da COVID-19) em questão já tinham incidido no cotidiano médico.

Foi realizada uma análise multinacional dos registros de 671 hospitais localizados na América do Norte, Europa, Ásia, África, América do Sul e Austrália, disponibilizados pela *Surgisphere Corporation*. Esses registros continham dados não identificados de pacientes hospitalizados com COVID-19 de dezembro de 2019 a abril de 2020 e foram obtidos por meio da extração automática de registros eletrônicos de saúde hospitalares e ambulatoriais, bancos de dados da cadeia de suprimentos e registros financeiros (MEHRA; DESAI; RUCHITZKA; PATEL, 2020, p. 2).

Os dados de 96.032 pacientes foram delimitados como a amostra do estudo e divididos em 5 grupos. Os pacientes que iniciaram o tratamento dentro de 48 horas após o diagnóstico,

com cloroquina isolada, cloroquina com um macrolídeo, hidroxicloroquina isolada ou hidroxicloroquina com macrolídeo formaram o grupo experimental, totalizando 14.888 pacientes. Os pacientes que não receberam o tratamento com os medicamentos formaram o grupo controle, totalizado por 81.444 pacientes (MEHRA; DESAI; RUCHITZKA; PATEL, 2020, p. 3).

Com base na análise dos dados primários desses pacientes, o estudo concluiu que o uso da hidroxicloroquina ou cloroquina (com ou sem macrolídeo) não apresentou benefício (nos termos aferidos no projeto investigativo), mas foi associado com um aumento no risco de arritmias ventriculares e com um maior risco de morte hospitalar por COVID-19. Além disso, o estudo sugeriu que os medicamentos não fossem empregados fora do contexto de pesquisas científicas, chamando atenção para a necessidade de confirmação urgente, com base em ensaios clínicos randomizados, da possibilidade de sua utilização (MEHRA; DESAI; RUCHITZKA; PATEL, 2020, p. 7-8).

Entretanto, no dia 05 de junho de 2020, o mesmo estudo foi retratado pela revista *The Lancet*, devido a preocupações acerca da veracidade dos dados disponibilizados e a análises conduzidas pela *Surgisphere Corporation*. Para a verificação das suspeitas, a revista lançou mão de uma revisão independente por pares para confirmar a integridade do banco de dados utilizados no artigo (MEHRA; RUCHITZKA; PATEL, 2020, p. 1820).

Na retratação, foi informado ainda que a *Surgisphere* não transferiu aos responsáveis pela revisão os dados, os contratos dos clientes e o relatório de auditoria completos, pois, essa transferência violaria os requisitos de confidencialidade presente nas avenças. Dessa forma, como a revisão por pares se fez prejudicada, os autores solicitaram a retirada do artigo, visto que a veracidade das fontes de dados primárias não pôde ser garantida (MEHRA; RUCHITZKA; PATEL, 2020, p. 1820).

Na data de 16 de julho de 2020 mais um estudo, cujo objetivo era investigar se a hidroxicloroquina seria capaz de reduzir a carga viral de pacientes adultos contaminados com SARS-Cov-2, foi publicado. Dessa vez, publicado na *Annals Of Internal Medicine*, o estudo "*Hydroxychloroquine in Nonhospitalized Adults With Early: A Randomized Trial*" foi desenvolvido nos Estados Unidos e no Canadá (SKIPPER *et al.*, 2020).

Randomizado, duplo-cego, prospectivo, o estudo teve 6924 pessoas inscritas através de pesquisas na internet. Entretanto, dessa população, a amostra foi delimitada em 491 pessoas. Houve ainda mais um recorte, visto que das 491, 423 pessoas realmente contribuíram para o levantamento dos dados. (SKIPPER *et al.*, 2020).

A amostra continha adultos de 40 estados dos Estados Unidos e de 3 províncias do Canadá, sintomáticos, não hospitalizados, com COVID-19 confirmado por laboratório ou com sintomas compatíveis com a doença após uma exposição de alto risco a uma pessoa com COVID-19, cujo diagnóstico foi confirmado por PCR nos últimos 14 dias anteriores ao estudo. A idade média dos pacientes que compuseram a amostra era de 40 anos (SKIPPER *et al.*, 2020).

As variáveis estranhas, isto é, aquelas aptas a influenciarem o resultado do experimento, mas que não eram objeto do mesmo, como características pessoais (idade, peso, gênero) e demográficas, estado clínico, comorbidades, se fumante, se trabalhador de saúde, foram todas objeto de tentativa de controle de equilíbrio, de modo que incidissem da mesma maneira em todos os grupos (SKIPPER *et al.*, 2020).

Pelo fato de ser randomizado, os participantes do estudo foram aleatoriamente distribuídos entre os grupos controle e experimental. 211 pacientes compuseram o grupo controle e 212, o grupo experimental. Durante 14 dias, o grupo controle recebeu placebo como tratamento. O grupo experimental recebeu 800mg de hidroxicloroquina uma vez, seguida de 600mg de 6 a 8 horas e, depois, 600mg diariamente por mais 4 dias, via oral (SKIPPER *et al.*, 2020).

Foram obtidos como resultados dos experimentos os seguintes dados: a mudança na gravidade dos sintomas ao longo do período não diferiu entre os grupos controle e experimental (diferença na gravidade dos sintomas: relativa, 12%; absoluta, -0,27 pontos [IC 95%, -0,61 a 0,07 pontos]; P = 0,117); no final do período de 14 dias, 24% dos participantes do grupo experimental e 30% do grupo controle ainda apresentaram sintomas; efeitos adversos da medicação ocorreram em 43% dos participantes do grupo experimental contra 22% do grupo controle; no grupo controle ocorreram 10 internações (2 não relacionadas ao COVID-19) e 1 óbito hospitalizado; no grupo experimental ocorreram 4 internações hospitalizadas (SKIPPER *et al.*, 2020).

Concluiu-se que o tratamento composto pela manipulação da hidroxicloroquina não foi capaz de reduzir substancialmente a gravidade dos sintomas em pacientes diagnosticados com COVID-19 em estado leve e precoce (SKIPPER *et al.*, 2020).

A partir dos resultados e das conclusões obtidas no estudo americano e canadense, controlado, randomizado, duplo-cego e com amostra robusta, a Sociedade Brasileira de Infectologia (SBI), filiada à Associação Médica Brasileira (AMB), emitiu, no dia 17 de julho, o Informe nº 16, contendo atualização sobre a hidroxicloroquina no tratamento precoce da COVID-19 (SOCIEDADE BRASILEIRA DE INFECTOLOGIA, 2020). No Informe, a SBI orientou que a hidroxicloroquina fosse abandonada em qualquer fase do tratamento da COVID-

19. Segundo a Sociedade, tal orientação acompanhou as que estão sendo dadas por todas as sociedades médicas científicas dos países desenvolvidos e pela própria Organização Mundial da Saúde (SOCIEDADE BRASILEIRA DE INFECTOLOGIA, 2020).

Recomendou-se, ainda, em caráter de urgência e necessidade, que os agentes públicos (estados, municípios e Ministério da Saúde) "reavaliem suas orientações de tratamento, não gastando dinheiro público em tratamentos que são comprovadamente ineficazes e que podem causar efeitos colaterais" e que o recurso público seja utilizado para a compra de medicamentos eficazes e seguros comprovadamente para pacientes com COVID-19 (SOCIEDADE BRASILEIRA DE INFECTOLOGIA, 2020, p. 2).

Na data de 23 de julho de 2020 foi publicado um estudo na *The New England Journal of Medicine*, dessa vez brasileiro e nomeado "*Hydroxychloroquine with or without Azithromycin in Mild-to-Moderate Covid-19*". O estudo em questão objetivou produzir evidências científicas acerca da segurança e da eficácia dos tratamentos para COVID-19 compostos pelos medicamentos hidroxicloroquina e azitromicina (CAVALCANTI *et al.*, 2020). Tratou-se de um estudo aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), randomizado, duplo-cego, prospectivo e com uma amostra de 665 pacientes maiores de 18 anos, hospitalizados com suspeita ou confirmação de COVID-19, sintomáticos há no máximo 14 dias. O delineamento experimental escolhido para esse estudo contou com três grupos, um controle e dois experimentais. A média de idade dos pacientes da amostra era de 50,3 anos, e esses estavam espalhados em 55 hospitais pelo país (CAVALCANTI *et al.*, 2020).

As variáveis estranhas como características pessoais (idade, peso, gênero) e demográficas, medicamento usado antes do início do experimento e coexistência de comorbidades foram todas controladas e equilibradas, de modo que incidissem da mesma maneira em todos os grupos (CAVALCANTI *et al.*, 2020).

O grupo controle continha 227 pacientes, que recebiam o tratamento padrão (glicocorticóides, imunomoduladores, antibióticos e antivirais). O primeiro grupo experimental continha 221 pessoas, que recebiam o tratamento padrão somado a hidroxicloroquina isolada (400mg, 2 vezes ao dia). O segundo grupo experimental com 217 pacientes recebeu como o tratamento padrão e a hidroxicloroquina (400mg, 2 vezes ao dia) associada a azitromicina (500g, 1 vez ao dia). As medicações foram aplicadas durante 7 dias, entretanto, o acompanhamento experimental durou duas semanas (CAVALCANTI *et al.*, 2020).

Após 14 dias, chegou-se aos seguintes resultados: 68% dos pacientes do grupo controle receberam alta; enquanto 64% do primeiro grupo experimental e 69% do segundo grupo

experimental tiveram alta; 3 pacientes do grupo controle vieram a óbito, ao passo que 3 pacientes do primeiro grupo experimental e 2 pacientes do segundo grupo experimental faleceram (CAVALCANTI *et al.*, 2020).

Após a apresentação dos resultados, os pesquisadores concluíram que não foram encontradas diferenças significativas após o experimento entre os pacientes que estavam no grupo controle, aqueles que estavam no primeiro grupo experimental e aqueles que estavam no segundo grupo experimental. Além disso os pacientes que receberam hidroxicloroquina isolada ou com azitromicina tiveram com maior frequência eventos de prolongamento do intervalo QT e elevação dos níveis de enzimas hepáticas em relação aos pacientes não receberam nenhum agente (CAVALCANTI *et al.*, 2020).

Esse escorço reforça que as evidências iniciais eram inconsistentes e, portanto, insuficientes para fundamentar a política pública de incorporação da terapia em apreço pelo sistema público de saúde. Tivessem sido considerados os critérios legalmente firmados para essa política de saúde e os marcos teóricos adotados pelo próprio MS, a incorporação da terapêutica não teria, provavelmente, sido implementada, o que faz com que seja questionável a legitimidade das medidas adotadas em relação à cloroquina e à hidroxicloroquina.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o intento do trabalho é apreciar o papel da Medicina Baseada em Evidências científicas para a incorporação de terapêuticas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), parece necessário apontar que os argumentos da autonomia do paciente para decidir sobre seu tratamento e da licitude da prescrição *off label* de medicamentos guardam pouca ou nenhuma relação com o debate atinente à política pública, no que toca aos parâmetros da lei específica de regência.

O aparato ao exercício de autonomia terapêutica do paciente é tão maior quanto mais conhecedor ele for das evidências, em seus diversos graus. Assim, o paciente pode edificar sua concepção particular de saúde, que é consonante com o livre desenvolvimento de sua personalidade. Em relação à prescrição *off label* de medicamentos, o médico deve agir com perícia no exercício da profissão, tendo em mente as evidências e articulando-as em favor do paciente, o que pode representar parâmetro de licitude e de reforço de conduta proba, isenta de culpa. Por lei, essas perspectivas não são, entretanto, critérios justificadores de políticas públicas de incorporação de tratamentos no SUS.

Para a crítica das políticas públicas de amplo espectro de disponibilização generalizada de medicamentos no SUS, a robustez das evidências tende a assegurar a observância do interesse público. Lado outro, empregar evidências de baixa qualidade pode, eventualmente, macular a legalidade do ato administrativo correspondente.

A Medicina ou Saúde Baseada em Evidências, por meio dos seus instrumentos, como o Sistema GRADE, adotado pelo Ministério da Saúde, oferece (ou, pelo menos, deveria oferecer) substrato científico para a análise empreendida nesse trabalho.

O Sistema GRADE demonstra que os desenhos metodológicos de estudos clínicos são determinantes dos níveis de evidência oriundos desses trabalhos. Quanto mais sofisticado for o delineamento experimental, mais robusta é a evidência. Percebe-se que os graus mais elevados de evidência envolvem o controle de vieses, randomização, mascaramento e amostra representativa capaz de elevar o potencial de generalização.

Entretanto, é possível concluir que os estudos clínicos com cloroquina e com seu análogo hidroxicloroquina aludidos nas Notas Informativas nº 6/2020-DAF/SCTIE/MS e nº 9/2020-SE/GAB/SE/MS do Ministério da Saúde - que preveem o emprego dessas medicações no tratamento dos casos leves e graves da COVID-19 - são experimentos que apresentam falhas associadas a baixos graus de evidências científicas.

O referenciado estudo francês (*The Méditerranée Infection University Hospital Institute in Marseille),* além de ser não-randomizado e não mascarado, apresentou seus resultados com base em uma amostra consideravelmente pequena de 36 pacientes, sem controle de variáveis estranhas relevantes. O também já referenciado estudo chinês (*Shanghai Public Health Clinical Center),* ainda que randomizado, não foi mascarado e trabalhou com uma amostra insuficiente para viabilizar grau de generalização elevado, por ser composta de apenas 30 participantes. Não houve também o controle de variáveis estranhas. Especialmente no primeiro estudo, foi demonstrado suposto benefício da cloroquina ou da hidroxicloroquina no combate ao SARS-CoV-2.

Quando se analisam estudos com desenhos metodologicamente aprimorados, os resultados são inversamente proporcionais. Sobre os estudo com evidências mais robustas já explorados nesse ensaio, o norte-americano e canadense "*Hydroxychloroquine in Nonhospitalized Adults With Early COVID-19: A Randomized Trial*", que foi randomizado, duplo-cego, com universo amostral de 423 pessoas e controle de variáveis confundidoras, demonstrou que os pacientes com COVID-19 que receberam hidroxicloroquina não tiveram benefício clínico em comparação com aqueles que receberam placebo.

O mencionado estudo brasileiro "*Hydroxychloroquine with or without Azithromycin in Mild-to-Moderate Covid-19*", randomizado, duplo-cego, com controle de variáveis estranhas e com o universo amostral de 665 pessoas, demonstrou que pacientes que trataram o SARS-CoV-2 com hidroxilocloroquina não apresentaram benefício clínico, ainda que o medicamento tenha sido associado a azitromicina.

Essa trajetória na busca por evidências científicas de qualidade em relação aos medicamentos estudados revela a provável inconsistência das políticas públicas de saúde correlatas, quando considerados o papel da MBE e os critérios objetivos legalmente fixados.

Ao fim e ao cabo, não se trata, como dito, de realizar discussão apenas sobre a eficácia da cloroquina e hidroxicloroquina. O que se afere pela via desse estudo do caso da medicação em debate é que evidências científicas têm muito a contribuir para o substrato científico suficiente ao atendimento do critério objetivo legal para a incorporação de tratamentos pelo sistema público de saúde nacional.

Esses três recortes possíveis do problema merecem esses esclarecimentos, para que o contexto da pandemia da COVID-19 não turve os debates sobre o direito à saúde e não permita que, em nome da autodeterminação terapêutica, sejam incorporados ao sistema de saúde e ofertados à população novos fármacos, novos produtos, novos procedimentos, novas tecnologias, novos protocolos clínicos e novas diretrizes terapêuticas cuja segurança, eficácia e acurácia estejam lastreadas em evidências com baixo grau de qualidade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução RDC n. 09, de 20 fev. 2015. Dispõe sobre o Regulamento para a realização de ensaios clínicos com medicamentos no Brasil. Brasília, **Diário Oficial da União**, 03 mar. 2015. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3503972/RDC_09_2015_COMP.pdf/e26e9a44-9cf4-4b30-95bc-feb39e1bacc6. Acesso em: 30 mar. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução RDC n. 200, de 26 dez. 2017. Dispõe sobre os critérios para a concessão e renovação do registro de medicamentos com princípios ativos sintéticos e semissintéticos, classificados como novos, genéricos e similares, e dá outras providências. Brasília, **Diário Oficial da União**, 28 dez. 2017, republicado em 29 jan. 2018. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/3836387/RDC_200_2017_COMP.pdf/3b8c3b31-24cb-4951-a2d8-8e6e2a48702f. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Decreto n. 20.931, de 11 jan. 1932. Regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1932. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil _03/decreto/1930-1949/ d20931.htm. Acesso em: 06 jun. 2020;

BRASIL. Lei n. 13.979, de 6 de fev. 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, 7 fev. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Lei Federal n. 6.360, de 23 setembro 1976. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 set. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. Lei Federal n. 8.080, de 19 set. 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 1990. Alterada por: BRASIL. Lei Federal n. 12.401, de 28 abr. 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 abr. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8080.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Diretrizes para diagnóstico e tratamento da COVID-19. Brasília: Ministério da Saúde, 06 abr. 2020. Disponível em: https://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/07/ddt-covid-19.pdf. Acesso em: 06 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos**. Nota Informativa nº 6/2020-DAF/SCTIE/MS**. Atualiza informações sobre o Uso da Cloroquina como terapia adjuvante no tratamento de formas graves do COVID-19, ficando revogada a Nota Informativa nº 5/2020-DAF/SCTIE/MS, datada de 27 de março de 2020. Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. Gabinete da Secretaria Executiva. **Nota Informativa nº 9/2020-SE/GAB/SE/MS.** Orientações para manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da COVID-19. Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

CAVALCANTI *et al*. Hydroxychloroquine with or without Azithromycin in Mild-to-Moderate Covid-19. **The New England Journal of Medicine,** p. 1-12 2020. DOI: 10.1056/NEJMoa2019014. Disponível em: https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa2019014?query=featured_home. Acesso em: 25 jul. 2020.

CHEN, Jun et al. A pilot study of hydroxychloroquine in treatment of patients with moderate COVID-19. **Journal of ZheJiang University (Medical Sciences),** vol. 49, *Issue* 2, p. 215-219, 2020. DOI: 10.3785/j.issn.1008-9292.2020.03.03. Disponível em: http://www.zjujournals.com/med/EN/10.3785/j.issn.1008-9292.2020.03.03. Acesso em: 25 jul. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de ética médica: resolução CFM nº 2.217, de 1 de novembro 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Conselho Federal de Medicina, Brasília: 2018. **Diário Oficial da União**: 01 nov. 2018. Disponível em: https://www.anamt.org.br/portal/wp-content/uploads/2018/11/resolucao_cfm_n_22172018.pdf. Acesso em: 6 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-Consulta CFM nº 8/2020 – Parecer CFM nº 4/2020, de 16 de abril de 2020.** Tratamento de pacientes portadores de COVID-19 com cloroquina e hidroxicloroquina. Considerar o uso da cloroquina e hidroxicloroquina, em condições excepcionais, para o tratamento da COVID-19. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2020.

EL DIB, Regina. Medicina Baseada em Evidências. In: EL DIB, Regina (Org.). **Guia Prático de Medicina Baseada em Evidências**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Curitiba: Positivo Informática, 2004. Versão 5.0. CD.

GAUTRET, Philippe et al. Hydroxychloroquine and azithromycin as a treatment of COVID-19: results of an open-label non-randomized clinical trial. **International Journal of Antimicrobial Agents**, vol. 56, *Issue* 1, p. 1-6, 2020. DOI: 10.1016/j.ijantimicag.2020.105949. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0924857920300996. Acesso em: 25 jul. 2020.

GOMES, Marleide da Mota; KALE, Pauline Lorena. Qualidade das evidências: desenhos de pesquisa. In: GOMES, Marleide da Mota. **Medicina baseada em evidências**: princípios e práticas. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso Editora, 2001.

LIMA, Taisa Maria Macena de; BERALDO, Leonardo de Faria; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Reflexões sobre a responsabilidade civil do médico em tempos de pandemia da COVID-19. In: CRUZ: Álvaro Ricardo de Souza; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho (Org.). **A pandemia e seus reflexos jurídico.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, p. 211-224.

MEHRA, Mandeep R.; DESAI, Sapan S.; RUCHITZKA, Frank; PATEL, Amil N. RETRACTED: Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis. **The Lancet**, p. 1-10, 2020. DOI: 10.1016/S0140-6736(20)31180-6. Disponível em: https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31180-6/fulltext. Acesso em: 25 jul. 2020.

MEHRA, Mandeep R.; RUCHITZKA, Frank; PATEL, Amil N. Retraction—Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis; **The Lancet**, vol. 395, *Issue*: 10240, 2020. DOI: 10.1016/S0140-6736(20)31324-6. Disponível em: https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)31324-6/fulltext. Acesso em: 25 jul. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. **Diretrizes metodológicas: Sistema GRADE –**

Manual de graduação da qualidade da evidência e força de recomendação para tomada de decisão em saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_metodologicas_sistema_grade.pdf. Acesso em: 25 jul. 2020.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; GODOI, Nayder Rommel de Araújo. Objeção de consciência e a recusa do médico para a prescrição de cloroquina ou hidroxicloroquina em associação com azitromicina no tratamento da COVID-19. **Emporio do direito**, 2020. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/objecao-de-consciencia-e-a-recusa-do-medico-para-a-prescricao-de-cloroquina-ou-hidroxicloroquina-em-associac-a-o-com-azitromicina-no-tratamento-da-covid-19. Acesso em: 23 jul. 2020.

NOGUEIRA, Roberto Porto Henrique. **Prescrição *off label* de medicamentos, ilicitude e responsabilidade civil do médico.** Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2017.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Responsabilidade civil do médico na prescrição *off label* de medicamentos para a COVID-19. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Org.). **Coronavírus e responsabilidade civil**: impactos contratuais e extracontratuais. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 283-292.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Atualização Dinâmica e Contínua de Potenciais Terapias para COVID-19: resumo de revisões sistemáticas rápidas, 22 de abril de 2020.** Organização Mundial da Saúde, 2020. Disponível em: https://iris.paho.org/handle/10665.2/52173. Acesso em: 25 jul. 2020.

SELLTIZ, Claire; WRIGHTSMAN, Lawrence Samuel; COOK, Stuart Wellford; KIDDER, Louise H. (org.). **Métodos de pesquisa nas relações sociais**. São Paulo: EPU, 1987.

SKIPPER *et al*. Hydroxychloroquine in Nonhospitalized Adults With Early COVID-19: A Randomized Trial, **Annals of Internal Medicina**, 2020. DOI: https://doi.org/10.7326/M20-4207. Disponível em: https://www.acpjournals.org/doi/10.7326/M20-4207. Acesso em: 25 jul. 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE INFECTOLOGIA. **Informe n° 16 Da Sociedade Brasileira De Infectologia Sobre: Atualização Sobre A Hidroxicloroquina No Tratamento Precoce Da Covid-19, de 17 de julho de 2020**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Infectologia, 2020.

VILLAS BOAS, Paulo José Fortes; DO VALLE, Adriana Polachini. Níveis de evidência e grau de recomendação. In: EL DIB, Regina (Org.). **Guia Prático de Medicina Baseada em Evidências**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

WANG et al. A review of the 2019 Novel Coronavirus (COVID-19) based on current evidence. **International Journal of Antimicrobial Agents** – In Press 17 March 2020 – DOI: 10.1016/j.ijantimicag.2020.105948. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0924857920300984. Acesso em: 9 abr. 2020.

Submissão em 15/09/2020 / Aceito em 18/11/2020

Revista da Faculdade Mineira de Direito | V.23 N.46 |
Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea

BEBÊ GLOBALIZADO: a gestação de substituição e o direito internacional privado brasileiro

GLOBALIZED BABY: subrogate gestation and the brazilian private international law

Fernanda Schaefer Rivabem[1]
UniCuritiba
Frederico Glitz[2]
UniCuritiba

Resumo:
Considerando as técnicas de reprodução humana medicamente assistida e o aumento expressivo de países que autorizam a prática por genitores estrangeiros, o presente trabalho discute as dificuldades trazidas por essa forma 'negocial' em razão da aplicabilidade de normas de Direito Internacional Privado brasileiro. A partir do estudo normativo e bibliográfico apontam-se as possíveis dificuldades decorrentes de eventual conflito, buscando demonstrar que os poucos critérios normativos brasileiros para a solução conflitual são insuficientes para dar respostas satisfatórias a essas relações.
Palavras-chave:
Reprodução humana assistida. Direito internacional. Gestação por substituição. Contrato internacional.

Abstract: Taking into account the techniques of medically assisted human reproduction and the significant increase in countries that authorize the practice by foreign parents, the present paper discusses the difficulties brought about by this 'negotial' form due to the applicability of the brazilian private international law rules. From a normative and a bibliographic perspective, it´s possible to point out the possible difficulties arising from an eventual conflict, seeking to demonstrate that the few Brazilian legal criteria for the conflictual solution are insufficient to provide satisfactory answers to these relations.

---

[1] Pós-Doutora pelo Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Bioética da PUC-PR, bolsista CAPES. Advogada em Curitiba-PR, graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus Curitiba, em 2000. Especializou-se em Direito Processual Civil pela mesma instituição em 2003. Foi bolsista CAPES no Mestrado em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, curso que concluiu em março de 2005. Doutora em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná, curso em que realizou Doutorado Sanduíche nas Universidades do País Basco e Universidade de Deusto (Espanha) como bolsista CAPES. Autora de obras e artigos sobre responsabilidade médica e Biodireito; integrante do Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico e do Grupo de Pesquisa Clínica de Direitos Humanos, vinculados ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da UFPR. Professora e Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Médico e do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil EAD do UniCuritiba. Professora de Direito Civil, Direito do Consumidor e Biodireito do Curso de Direito. Presidente da Comissão de Educação Jurídica e Vice-Presidente da Comissão de Estágio e Exame da OAB-PR. Diretora da Escola de Administração Pública do IMAP. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5508-1720

[2] Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2011). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2005). Especialista em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná (2002). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Professor de Direito Internacional Privado e Coordenador geral da Pós-graduação Lato Sensu do UNICURITIBA. Membro do Conselho Editorial de vários periódicos especializados nacionais e internacionais. Autor de diversos livros e artigos especializados, publicados no Brasil e no exterior. Componente da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP), Câmara de arbitragem da Federação de Entidades Empresariais do Rio Grande do Sul (CAF) e da Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil (CAMEDIARB). Vice-presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Membro do grupo de pesquisa "Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional" (UFPR). Atualmente desenvolve pesquisas nos seguintes temas: Atores privados e regulação internacional; Soft law; Lex mercatoria; Direito contratual contemporâneo; Contratos internacionais e Direito Internacional Privado. https://orcid.org/0000-0002-0191-9129. E-mail: frederico@fredericoglitz.adv.br

Keywords:
Assisted human reproduction. International law. Surrogate motherhood. International contract.

1 INTRODUÇÃO

As técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA) popularizaram-se a partir dos anos 90, barateando-se o processo e ampliando-se o acesso individual a estas tecnologias. Com isso, um número crescente de pessoas busca nessas técnicas a solução para seus problemas de infertilidade, esterilidade, ou simplesmente, para o exercício de seu projeto familiar. Por isso, hoje, essas técnicas são consideradas partes integrantes do direito à saúde e do livre planejamento familiar, direitos constitucionalmente garantidos.

Em busca da efetivação destes direitos, muitas famílias optam pela contratação de terceiros para que gestem seus filhos. Este tipo de ´serviço´ acabou se popularizando e tem provocado um debate internacional no que se refere à comercialização, à validade e aos efeitos dos contratos de maternidade de substituição[3], negócios jurídicos que vêm se disseminando e ganhando cada vez adeptos.

O problema surge quando se busca compreender como os diferentes ordenamentos jurídicos percebem este fenômeno e os limites que lhe são dados. Isto quer dizer que, em várias ocasiões, famílias são levadas a acreditar que a busca da efetivação daquilo que entendem ser um direito (eventualmente assegurado em seu Direito nacional) passa pela celebração de um negócio internacional para a prestação de um 'serviço' não disponível em seu ordenamento de origem. Países, como o Brasil, que limitam a maternidade por substituição (de forma mais ou menos abrangente) são percebidos, então, como refratários a este tipo de serviço; outros, contudo, perceberam neste 'nicho' a possibilidade de implementação de uma nova fonte de divisas em um competitivo novo mercado internacional. Daí porque já se fala em turismo reprodutivo e proliferam empresas especializadas na oferta de pacotes com essa finalidade.

Entretanto, para além da estrita percepção do exercício de um direito individual ou de intricado hipótese de comércio exterior, o tema envolve a compreensão de como os diferentes Direitos nacionais tratam o fenômeno e aceitam seus efeitos. Isso porque negócios de gestação celebrados no exterior, visam, em princípio, a produção de efeitos no território de origem dos pais.

---

[3] Também denominada barriga de aluguel, maternidade de (ou por) sub-rogação (*surrogate motherhood*), cessão de útero, doação de útero, gestação por outrem, maternidade por procuração, mãe portadora, por procuração ou interina, mãe por comissão, maternidade cindida (*split motherhood*).

Além disso, o tema acaba impondo análise do conteúdo da própria liberdade negocial associada a esse tipo de planejamento familiar. Em outros termos, cada uma destas relações não só está sujeita à possibilidade do chamado conflito de leis, ou seja, a potencialidade da incidência de distintos ordenamentos jurídicos a um mesmo fato jurídico, como seus efeitos podem não ser possíveis no ordenamento que os recebe.

O presente artigo, a partir de uma pesquisa dedutiva de matriz bibliográfica, propõe-se a entender como o Direito Internacional Privado brasileiro percebe a contratação internacional da maternidade de substituição e, eventualmente, trata seus efeitos. Assim, de forma específica, objetiva-se apresentar a complexidade normativa dos negócios jurídicos entabulados internacionalmente para a gestação por substituição, em especial, o papel do sistema conflitual brasileiro diante deles.

Para que se possa responder a este problema, atingindo os objetivos delimitados, é necessário retomar o tema da maternidade por substituição, o que é feito no primeiro item que tem por objetivo explicitar os contornos e limites do negócio maternidade por substituição em termos estritamente nacionais. No segundo item serão abordadas as características jurídicas deste negócio jurídico de índole internacional, destacando-se como o Direito brasileiro os percebe e trata seus intrincados efeitos. Na sequência, serão oferecidos apontamentos conclusivos sob a ótica do Direito Internacional Privado.

2 DA MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO

Fatores de ordem médica, biológica ou até psíquica podem impedir a fecundação ou o regular desenvolvimento de uma gestação, determinando a infertilidade ou a esterilidade[4], problemas que não se mostram apenas na esfera clínica, mas que muitas vezes apresentam diversos reflexos sociais[5].

Diante das inúmeras angústias provocadas pela infertilidade e pela esterilidade a Medicina passou a desenvolver métodos e técnicas capazes de solucionar tais problemas e,

[4] Esterilidade é "a condição clínica em que vive um casal que não evita filhos, mantém relações sexuais normais e desejando obter descendente não o consegue […] o acasalamento já ocorre há pelo menos dois anos, e a frequência coital é de três vezes por semana" (MOREIRA, 2002, p. 01). Infertilidade é designação "atribuída ao casal em existe fecundação, mas em que o produto da concepção não atinge a viabilidade" (SANTOS, A.; SANTOS, T., 1996, p. 270).

[5] Afirma Corrêa (2003, p. 32) que "a definição das novas tecnologias reprodutivas como uma resposta ao desejo de ter filhos, tal como ficou estabelecida majoritariamente no campo da reprodução medicamente assistida, torna quase patológica a não satisfação desse desejo, o que permite, facilmente, transferi-lo para o campo dos direitos reprodutivos, e vir a ser positivamente assegurado por um 'tratamento'".

entre esses procedimentos, apresentam-se as técnicas de reprodução humana assistida [6] (reprodução humana medicamente assistida - RHMA ou reprodução humana artificial - RHA).

A reprodução humana assistida constitui-se pelo "conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana" (RIBEIRO, 2002, p. 286). Dentre os vários métodos de RHA destacam-se a inseminação artificial (IA) e a fertilização *in vitro* (FIV), sendo aquele bem mais simples do que este. Segundo Meirelles (2004, p. 20),

> A expressão **inseminação artificial**, proposta pelos franceses DONAY, DEVRAIGNE e SEGUY (OLIVEIRA, 1984, p. 578), é destinada a designar a técnica que consiste em ser inseminada a mulher com esperma previamente colhido através de onamismo, e injetado, pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado.
> [...] Desenvolvida no sentido de contornar a esterilidade conjugal devida a fator tubário irreversível, a fertilização *in vitro (F.I.V.)* consiste na obtenção de óvulos que são fertilizados em laboratório, sendo os embriões posteriormente transferidos diretamente para a cavidade uterina – nesse caso, a técnica é denominada 'FIVET', sigla do idioma inglês que significa fecundação *in vitro* com transferência embrionária.

Ambos os métodos podem ser realizados de forma heteróloga (heterofecundação - quando pelo menos um dos gametas utilizado é proveniente de doador) ou homóloga (homofecundação - quando ambos os gametas pertencem ao casal). Os métodos comportam técnicas diversas que variam com a escolha do médico de acordo com a infertilidade ou esterilidade apresentada, podendo também ser aplicados à maternidade de substituição que "verifica-se, sob o ponto de vista fático, quando uma mulher se dispõe, mediante retribuição em dinheiro ou não, a manter uma gestação em favor de outra" (MEIRELLES, 2004, p. 37), renunciando aos direitos decorrentes da maternidade após o nascimento da criança.

Nota-se que os discursos na área médica e jurídica alinham-se no sentido de garantir legitimidade às técnicas de RHA como um "direito socialmente aprovado e estimulado de 'querer filhos' e 'formar família'" (CORRÊA, 2003, p. 32), fundamentado em uma ampla e

[6] "Todas as práticas técnicas e biológicas que permitam a reprodução **interferindo** no processo natural, seja por meio de inseminação artificial, seja mediante a concepção *in vitro*, ou pela transferência embrionária, são consideradas **reprodução assistida**. De igual forma, aquelas que consistem somente no acompanhamento médico e na eventual administração de medicamentos que facilitem o processo natural de reprodução. De acordo com os entendimentos médicos, o melhor termo para definir a reprodução assistida é **interferência**, para deixar claro que não se trata de métodos puramente artificiais, porque mesmo quando as técnicas consistem no manuseio de gametas, elas não deixam de ser naturais, apenas não ocorre o intercurso sexual" (MEIRELLES, 2004, p. 23-24).

irrestrita garantia dos direitos reprodutivos, tornando quase patológica a não satisfação daquele desejo e mitigando questões importantes sobre deveres e responsabilidades[7].

As técnicas de reprodução humana assistida (RHA) desenvolveram-se e baratearam-se muito desde o primeiro bebê de proveta (Louise Brown, Inglaterra, 1978). Modificaram-se as técnicas, desenvolveram-se tecnologias, diminuíram-se custos, promoveram-se discursos não só de consumo, mas também sociais como ampla disseminação da 'obrigação' de ter filhos geneticamente semelhantes a(o) genitor(a) [8] discurso sustentado pelos ideais do livre planejamento familiar.

A maternidade de substituição é uma das técnicas de RHA que vem ganhando cada vez mais espaço, não só porque o seu custo vem se apresentando mais acessível, como também, há uma oferta cada vez maior de mulheres que desejam (voluntariamente ou apenas por interesse econômico) gestar por outrem. Essa técnica consiste na contratação, gratuita ou onerosa, de uma mulher para levar a termo uma gestão por outra pessoa que não pode ou não quer gestar, ficando as restrições de utilização e acesso a critério da regulamentação de cada país. Assim, a própria discussão sobre a disponibilidade do corpo da mãe substituta e o exercício deste tipo de autonomia individual perpassava diferentes tratamentos legislativos, jurídicos, culturais, sociológicos e políticos, sendo muito mais ampla que qualquer ideia nacionalmente preconcebida e, consequentemente, escapando aos estritos contornos do presente artigo.

O Brasil, por exemplo, não possui legislação que regulamente o uso de técnicas de RHA, sendo sua utilização orientada apenas por normas éticas do Conselho Federal de Medicina (CFM) (Resolução n. 2.168/2017, que não tem força de lei) e Portarias e Resoluções do Ministério da Saúde e da ANVISA[9] que tratam da fiscalização dos registros das clínicas que oferecem serviços de reprodução assistida.

O CFM considerando "a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la" reconhece que

---

[7] Destaca Corrêa (2003, p. 32) que "o desejo de **ter** filhos é discutido também pelos seus riscos de promover a objetificação da criança. O verbo **ter**, comumente relacionado à posse de objetos seria uma indicação da objetificação que poderia expressar-se em extremos opostos: seja na criança, como uma extensão imediata de si, seja como algo distanciado, como a aquisição de um item de consume[…]".

[8] Sobre a nova eugenia decorrente das técnicas de RHA perfeitamente alinhada a discursos mercadológicos vide RIFKIN, **O século da biotecnologia**, 1999.

[9] Vide: Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005); Instruções Normativas 08 e 09/1997, CTNBio; Decreto n. 5.591/2005 – regulamenta a Lei de Biossegurança; Resolução n. 153/2004, RDC Anvisa; Portaria n. 2.526/2005, Ministério da Saúde; Resolução n. 33/2006, RDC Anvisa; Resolução n. 56/2010, RDC Anvisa; Nota Técnica 23/2020, Anvisa.

"as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação".

Admite o Conselho que as técnicas de RHA poderão ser utilizadas por qualquer pessoa capaz, independente do seu estado civil e opção sexual, respeitado, no entanto, o direito à objeção de consciência do médico. As técnicas deverão ser utilizadas quando haja probabilidade de sucesso e, tratando-se de gestação da mulher com mais de cinquenta anos[10], por ser considerada clinicamente de alto risco, só poderá ser realizada se a mesma tiver sido plenamente esclarecida (biológica, ética e juridicamente) sobre os riscos envolvidos e com eles consentir.

Quanto ao uso da maternidade de substituição (denominada pelo CFM como doação temporária de útero) o Conselho admite seu emprego quando diagnosticado problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética. Para tanto, a mãe gestacional (mãe nutriz, mãe de gestação, mãe portadora, mãe substituta ou mãe hospedeira) deverá "pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau", ficando os demais casos sujeitos à autorização específica do Conselho Regional de Medicina.

Embora não haja lei proibindo, o CFM veda o caráter lucrativo ou comercial da doação temporária de útero (o que estaria em conformidade com o art. 199, §4º, CF), determinando que o termo de consentimento livre e esclarecido [11] contenha aspectos biopsicossociais e riscos da gestação, bem como, disponha sobre os aspectos legais da filiação. O caráter altruístico desse negócio jurídico no Brasil, não exclui o direito da mãe gestante requerer o reembolso de despesas com a gestação (consultas médicas, vitaminas, exames, etc.), no entanto, as diversas limitações são fatores que acabam impulsionando muitos casais a realizar a contratação no exterior[12].

---

[10] Quando a Resolução n. 2.013/2013, CFM, vedou o uso de técnicas de RHA a mulheres com mais de cinquenta anos o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou o Enunciado 41 (I Jornada de Direito da Saúde): "o estabelecimento de idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar". Em virtude deste entendimento, o Conselho Federal de Medicina reviu seu posicionamento na Resolução n. 2.121/2015, não vedando o uso das técnicas a mulheres com mais de 50 anos, mas não proibindo ao médico apresentar objeção de consciência, negando-se a realizar o procedimento, posicionamento mantido na Resolução n. 2.168/17.

[11] Destacam Sá; Rettore (2019, p. 114) que "ainda que a documentação exigida pela Resolução do CFM prescinda, por si, de garantia de segurança jurídica aos participantes da técnica (ou, mas ainda, à criança a nascer), ela se presta à formalização desse vínculo moral antecedente que funciona como uma 'política de minimização de riscos', reduzindo a possibilidade de conflitos".

[12] Sobre cláusulas contratuais que podem ou não ser inseridas em contratos de maternidade de substituição realizados no Brasil (remuneratória; direito de arrependimento; irrevogabilidade do consentimento; restrição de liberdade; impossibilidade de utilização de óvulo da gestante substituta; etc.) leia SÁ; LIMA. **Gestação de substituição**: entre autonomia e vulnerabilidade, 2018.

Exige-se ainda que no prontuário do paciente conste: relatório médico com o perfil psicológico de todos os envolvidos; termo de compromisso entre paciente (considerada a mãe contratante, mãe afetiva, mãe social) e a doadora temporária do útero estabelecendo expressamente as questões referentes à filiação e respectivo registro; garantia de atendimento integral à gestante até o puerpério; aprovação do cônjuge ou do(a) companheiro(a) da gestante.

Não restava claro na Resolução n. 2.121/2015 e, posteriormente na Resolução n. 2.168/2017 que a revogou, ambas do CFM, se há uma limitação proposital ou acidental. Tecnicamente o óvulo ou embrião pode ser doado pela própria mãe gestacional ou ainda por terceiros, não é necessário que sua origem seja exclusiva da mãe contratante (mãe afetiva). No entanto, a norma afirma que só pode utilizar a técnica a mulher que tiver algum problema que impeça ou contraindique a gestação, desde que seja ela a doadora genética.

Embora a Resolução de 2017 tenha esclarecido a necessidade de autorização do cônjuge ou companheiro(a) da mãe contratante quanto ao uso da maternidade de substituição para geração de filhos do casal (VII, 3.6), não menciona como ficaria o uso de embriões se ocorresse a dissolução do vínculo antes da sua implantação na mãe contratada[13]. Também não há qualquer referência sobre a utilização da técnica por não nacionais, entendendo-se ser possível a utilização dessas técnicas por estrangeiros que venham ao Brasil.

Quanto ao registro dos filhos nascidos por maternidade de substituição até 15 de março de 2016 o registro da criança tecnicamente deveria ser feito em nome da mãe que deu à luz, pois esta é a previsão contida nos arts. 52 e 54, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73). Houve quem indicasse que o médico que acompanhou a gestação devesse, no momento do parto, preencher a guia amarela (declaração de nascido vivo - DNV) já com o nome da mãe contratante. No entanto, isso feito sem qualquer tipo de autorização judicial caracterizaria para o médico crime de falsa declaração em documento público (art. 299, CP) e para mãe o crime de dar parto alheio como próprio (art. 242, CP)! Então, a regra era de que após o nascimento se fizesse pedido judicial buscando autorização para realização do registro em nome da mãe afetiva (contratante) e não da mãe gestante.

Para desburocratizar esse procedimento e agilizar o registro (considerado direito fundamental), o Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento n. 52 de 15 de março

[13] Vide importante discussão trazida pela polêmica no caso envolvendo a atriz Sofia Vergara e seu ex-marido. Acesse o link: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/31/estilo/1504166604_013559.html?id_externo_rsoc=FB_BR_CM>. Acesso em: 21 mai. 20.

de 2016, posteriormente revogado e substituído pelo Provimento n. 63 de 2017, autorizou o registro de nascimento em nome da mãe contratante, sem menção à origem genética da criança (salvo determinação judicial, art. 2º, §1°) desde que apresentados, entre outros documentos: "I- declaração de nascido vivo (DNV); II- declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; III certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal" (art. 17).

No registro não constará o nome da parturiente, que será informado apenas na DNV a fim de garantir eventual exercício do direito à ascendência genética (ou biológica), sem, contudo, o reconhecimento de vínculo de parentesco e demais efeitos jurídicos (art. 17, §1° e §3º, respectivamente). Caso a reprodução assistida seja *post mortem*, além dos documentos mencionados anteriormente, será indispensável a "autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado" (art. 17, §2°).

Assim, como uma regulamentação quase que exclusivamente de natureza ética e cheia de lacunas e imprecisões funciona a maternidade de substituição no Brasil, não se impedindo que estrangeiros busquem a utilização da técnica aqui ou que brasileiros procurem mães substitutas em outros países, realizando verdadeiros negócios jurídicos de conteúdo internacional. Neste último cenário, aliás, convém destacar o disposto no art. 18 do Provimento que veda a recusa ao registro pelo oficial registrador, sob pena de consequências disciplinares.

Do ponto de vista internacional, embora não se pretenda uma análise de Direito comparado no sentido estrito do termo, verifica-se que a contratação de mães por substituição tem se tornado cada vez mais popular[14]. Alguns países, como Portugal[15] e Uruguai[16], por

[14] Vide, por exemplo, o caso de Kim Kardaschian e Kanye West, disponível em: <https://www.terra.com.br/diversao/gente/purepeople/kim-kardashian-paga-r149-mil-para-barriga-de-aluguel-e-r16-mil-por-filho-gemeo,b23df83e21be52d08a4d01da5ae3975b0txh77d0.html>. Acesso em 23 set. 2020.

[15] Cite-se a Lei n. 32/2006 que, em seu artigo 8º, define "1. Entende-se por 'gestação de substituição' qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.". Estabelece-se, ainda, que este negócio jurídico teria natureza excepcional (2); tem vedado qualquer tipo de remuneração, exceto o reembolso daqueles decorrentes do acompanhamento médico (5). É proibido o negócio jurídico quando houver situação de subordinação econômica (6); ele deve ser escrito com disposições obrigatórias para os casos de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez (10). São proibidas cláusulas que imponham restrições de comportamento à gestante, assim como aquelas que atentem contra os direitos, liberdade e dignidade dela (11) e são nulos os negócios que desrespeitarem as disposições da Lei. Por fim, a criança gerada tem a nacionalidade dos pais beneficiários (7). A mesma lei prevê responsabilização

exemplo, já possuem regulamentação para o tema ao mesmo tempo em que proliferam serviços que disponibilizam este tipo de serviço a eventuais interessados[17], o que permitiria identificar a existência do que se pode denominar turismo reprodutivo (CARLOS, 2014, p. 5777).

Estima-se, por exemplo, que no mundo 20.000 (EL PAÍS, 2017) crianças sejam geradas por ano por maternidade substituição, variando as normas regulamentadoras de país para país. Há países que admitem a utilização por estrangeiros (ex. Índia); outros não (ex. México); há países que admitem para qualquer tipo de família (ex. Canadá); outros restringem a famílias heterossexuais (ex. Rússia); há países que admitem o pagamento da mãe contratada (ex. alguns Estados norte-americanos); outros impõem a gratuidade da ação (ex. Austrália); há países que não admitem o uso da maternidade de substituição (ex. China).

O próprio *site* do Itamaraty, diante do interesse crescente, menciona a existência de limitações para a gestação por substituição nos destinos mais recentes e badalados: Índia (restrito a casais heterossexuais, casados há pelo menos dois anos) e Tailândia (restrito a casais heterossexuais de nacionalidade tailandesa ou que um dos cônjuges seja nacional tailandês, com matrimônio reconhecido legalmente na Tailândia há pelo menos três anos) (ITAMARATY, 2018).

Dentre os países cuja legislação é permissiva quanto a estrangeiros, destacam-se a Grécia, a Ucrânia e o Panamá, sendo que há cidades nesses países cuja maior fonte de renda é justamente a contratação de maternidade de substituição por não nacionais. Além da legislação bastante flexível e serviços organizados por empresas intermediadoras, estes países destacam-se quanto ao custo do procedimento, considerado muito atrativo justamente por conta do incentivo financeiro que este 'serviço' pode representar para populações de baixíssima renda (MASSARO, 2014, p. 5778-5781). Em algum sentido, este tipo negocial estaria trazendo mudanças econômicas significativas a certas regiões (ZAHIR, 2020).

---

criminal para o caso de contratação onerosa da gestação por substituição (art. 39) (PORTUGAL, Lei n. 32 de 26 de junho de 2006 que dispõe sobre a procriação medicamente assistida).

[16] Cite-se a Lei n. 19.167/2013 que estabelece a nulidade dos negócios de gestação por substituição, entendidos como (art. 25): "los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero." Excetua-se desta regra a hipótese de familiar, até o segundo grau de consanguinidade, de forma gratuita, gestar a criança em razão de doença genética ou adquirida que impeça a mãe de fazê-lo (art. 25 e 26) (URUGUAI, Lei n. 19167 de 22 de novembro de 2013 que dispõe sobre a regulação das técnicas de reprodução humana assistida).

[17] Por exemplo: <https://surrogatefinder.com>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

Críticas não faltam à crescente comercialização da maternidade de substituição[18], mas aqui também é necessário refletir sobre os aspectos jurídicos envolvendo esse tipo de contratação internacional.

3. A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

Como se sabe, o principal papel do Direito Internacional Privado é fornecer ao julgador os meios de identificação do Direito aplicável a situações com repercussão jurídica internacional.

A maternidade de substituição pode representar um destes casos de complexidade normativa quando, por exemplo, é ajustada fora do território brasileiro, por pais brasileiros que pretendam que seus efeitos sejam produzidos no Brasil, ainda que a gestação e nascimento ocorram em território estrangeiro. O grau de complexidade de cada ajuste pode, ainda, variar a depender do grau de sua internacionalização. Assim, por exemplo, se além da gestação estiver envolvida a cessão de gametas, a onerosidade ou não do ajuste ou a prestação de outros serviços[19].

Segundo Scotti (2015), quando apreciado este tipo de negócio, três seriam as grandes questões próprias de Direito Internacional Privado a serem apreciadas: a jurisdição, a determinação do Direito aplicável e a execução de eventuais sentenças estrangeiras.

Alerte-se que a eventual litigiosidade que atinge estes casos não decorre apenas de conflito entre as partes que o negociaram, muitas vezes a dificuldade decorre da forma como cada Estado percebe o fenômeno.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro o primeiro questionamento que se pode fazer neste tipo de situação é, justamente, sua validade, ou em outros termos, a possibilidade de vir a ser percebido como instituto jurídico capaz de produzir efeitos: é possível que a gestação por substituição seja percebida como negócio jurídico e, para além disso, seria possível ser percebida como contrato e, por consequência, seria possível pretender eventual tutela em caso de descumprimento de seus termos?

---

[18] Embora esta discussão de suma importância escape ao objeto do presente artigo, ela fornece o pano de fundo para se compreender os limites da liberdade negocial nestes casos. Não é difícil imaginar que o "serviço" de gestação por substituição, acabem incentivando, em regiões mais pobres e menos desenvolvidas, variados graus de exploração e violência contra as mulheres e mesmo contra crianças. A preocupação já foi externada, por exemplo, pelo Parlamento europeu na sua Resolução de 5 de abr. de 2011.

[19] Sobre os contratos coligados de gestação de substituição vide: SÁ; LIMA. **Gestação de substituição**: entre autonomia e vulnerabilidade, 2018.

O Direito brasileiro vem, paulatinamente, reconhecendo eficácia a declarações de vontade, no âmbito nacional, com o objetivo de 'doação temporária' do útero para gestação de bebê alheio. Estas declarações de vontade, contudo, têm âmbito extremamente reduzido, como se viu. O negócio jurídico nacional que a envolve, portanto, não poderia ser remunerado [20] porque, em princípio, estaria limitado às hipóteses éticas descritas pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina.

As lacunas desta regulamentação tendem, ainda, a tornar um Brasil um destino não seguro para este tipo de prestação de serviços: os contratantes tendem as buscar ordenamentos jurídicos mais permissivos e que valorizem um maior espaço de liberdade na definição das consequências jurídicas do contrato.

A própria percepção de que este negócio pode não ser um contrato no sentido estrito é um fator a ser levado em consideração. No Brasil não só o espaço de liberdade contratual é muito estreito (com limitações ao conteúdo, parceiro e forma deste tipo de negócio), como seria questionável se a eventual tutela dos contratantes poderia ser a típica tutela obrigacional[21] (execuções de dar/fazer, multas diárias ou indenizações) e se ainda seria válido no que se refere ao seu objeto. Em suma: a gestação por substituição, no Brasil, ainda carece de maior delimitação obrigacional e se está, ainda, distante de se tutelar um eventual inadimplemento. Desta forma, embora exista uma relação negocial, suas características não são aquelas contratuais típicas.

Se do ponto de vista nacional este negócio já traz desafios, é do ponto de vista do Direito Internacional que ele trará maiores dificuldades. Assim, se um casal de brasileiros, por exemplo, busca este tipo de técnica para satisfazer seu desejo/projeto parental, como o Direito brasileiro perceberá seus efeitos que eventualmente serão produzidos aqui no Brasil?

Este, contudo, é um problema de qualificação que, na linguagem internacionalista, revela a dificuldade da situação prática: como cada ordenamento jurídico classifica o fenômeno cujos efeitos estão submetidos ao seu Direito. Assim, se no Brasil os contornos contratuais são menos evidentes (e até controversos), em outros ordenamentos eles podem ganhar ares mais empresariais, inclusive. O desafio, neste caso, seria como, eventualmente,

[20] Ressalte-se ser inaplicável a regra do art. 199, §4º., CF, pois "[...] (1) o objeto do procedimento não é a remoção de qualquer espécie de 'substância humana' do corpo da gestante (que se restringe ao uso do útero e da capacidade de gestação como um todo), (2) não há finalidade de transplante, pesquisa ou tratamento e porque, em nosso ordenamento, (3) normas restritivas de direitos somente podem ser interpretadas restritivamente" (SÁ; RETTORE, 2019, p. 121).

[21] Sá; Rettore (2019, p. 117 e 126) afirmam que "[...] ainda que inexista uma identificação específica de tal relação como contratual pela norma – ou mesmo que não houvesse intenção de que o fosse por seus elaboradores – suas características permitem que seja assim definida e que, com isso, receba a tutela jurídica própria desse tipo de relação", o que demanda, por conseguinte, uma releitura para a tutela adequada de situações existenciais.

um juiz brasileiro abordaria a questão. A qualificação do fenômeno negocial pela perspectiva brasileira pode, inclusive, trazer ressalvas que prejudiquem o próprio interesse da criança. Por outro lado, há limites a aplicação do Direito estrangeiro no Brasil (GLITZ, 2017, p. 172-193).

Tome-se o recente julgado do Tribunal Constitucional português que declarou a inconstitucionalidade de parte da legislação que regia o tema em Portugal, ao mesmo tempo em que reconheceu sua natureza negocial aceitando amplamente o direito da criança ao conhecimento sobre sua identidade genética[22]. Um juiz brasileiro chamado a analisar uma gestação por substituição realizada sob a égide da legislação portuguesa precisaria alinhar sua decisão com esta natureza específica. Lá, como cá, a gestação por substituição é excepcional e gratuita. Por outro lado, se a legislação aplicável aceitasse a remuneração e um conteúdo contratual mais alinhado com a lógica de uma simples prestação de serviços, como é o caso americano, como se daria a prestação jurisdicional brasileira?

Segundo Scotti (2015, p. 15), um primeiro foco de análise poderia, então, ser a jurisdição, ou em termos simples: haveria competência de eventual julgador brasileiro vir a resolver potencial conflito de execução ou interpretação deste negócio?

Nos termos da atual legislação processual brasileira, por exemplo, se houver uma cláusula de eleição de foro exclusivamente estrangeiro, o juiz brasileiro estaria impedido de julgar o caso (art. 25 do Código de Processo Civil). Ainda não há uma resposta definitiva sobre este tema, uma vez que a tradição brasileira anterior à vigência do Código de Processo Civil atual era a de considerar os casos de cláusula de eleição de foro estrangeira como sendo caso de competência relativa brasileira, ou seja, apesar da cláusula o Judiciário brasileiro poderia julgar o caso.

Por outro lado, se houvesse uma cláusula de eleição de foro brasileiro, esta seria uma hipótese de competência relativa. A mesma conclusão se daria se a questão pudesse ser qualificada como sendo de consumo, nos termos do art. 22, II e III, respectivamente, do Código de Processo Civil. Qual seria a solução nesse caso? O foro de eleição seria válido?

Poderia, ainda, tal discussão vir embutida em eventual ação para prestação de alimentos, mais uma hipótese de competência relativa brasileira, especializada, nos termos do art. 22, I do Código de Processo Civil e da legislação de organização judiciária de cada Estado da Federação. Por sua vez, caso a discussão viesse a ser a nacionalidade da criança gestada, a competência não só seria nacional, como especializada (art. 109, X da Constituição da República).

[22] Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. Acesso em 07 mar. 2020.

Em segundo lugar, torna-se relevante a identificação do Direito aplicável ao caso. Trata-se, como já se afirmou, do momento em que cada fato jurídico que dependa de definição passará por um processo de qualificação, o que traria a baila uma miríade de situações distintas: (i) como se qualifica o contrato de gestação; (ii) como se qualifica seu eventual descumprimento; (iii) qual o Direito aplicável a este negócio; (iv) quais as consequências 'contratuais' destes negócios; (v) o Direito aplicável à capacidade de cada contratante; (vi) o Direito aplicável para definição dos limites da liberdade contratual, e assim por diante.

O problema, contudo, neste caso, é que o Direito conflitual brasileiro é extremamente sucinto para tratar de temas contratuais. Em geral, se admite que o regime contratual (em verdade obrigacional de forma mais ampla) é regulado pelo art. 9º e seus parágrafos, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei n. 4.657/42), além disso a doutrina brasileira dominante considera que não é possível aos contratantes escolherem o Direito aplicável ao contrato quando este é submetido à jurisdição brasileira (BASSO, 1994, p. 48).

Se o tema objeto da eventual análise for de outra ordem, não só a qualificação pode trazer problemas, como as normas de Direito Internacional Privado brasileiro parecem muito vagas. Assim, por exemplo, o *caput* do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro se referem a "direitos de família". A questão da qualificação é de suma importância para os desdobramentos da aplicação do Direito ao caso concreto. Isso porque a classificação fornece o objeto de conexão, ou seja, questão jurídica cujo Direito aplicável se busca. Pela técnica conflitual, a cada objeto de conexão se atribui um elemento de conexão (critério para localização do Direito aplicável). Assim, uma vez qualificado o fenômeno internacional, sabe-se qual o critério indicativo do Direito aplicável a ele.

Isso para não falar de um negócio que visa não apenas a satisfação de eventuais interesses de ordem pessoal e direitos de personalidade de seus participantes, como eventuais interesses patrimoniais da mãe gestacional e interesses, de toda ordem, de terceiros (a criança gerada).

Um exemplo deste tipo de situação é o caso Manji Yamada *versus* Índia em que um casal japonês que havia recorrido à gestação sub-rogada na Índia, dois meses após o nascimento da criança, se divorciou, tendo a ex-futura mãe desistido do projeto e causado uma série de dificuldades de registro e obtenção de documentação (MASSARO, 2014).

Desta forma, admitida a natureza contratual da gestação por substituição, o objeto de conexão, segundo as regras conflituais brasileiras, seriam obrigacionais, nos termos do art. 9º,

LINDB. Além disso, pelo regime do *caput* do referido artigo, não só o Direito do local de constituição da obrigação (ou o Direito do domicílio do proponente se o negócio é celebrado entre ausentes – art. 9º, §2°, LINDB) seria o Direito aplicável ao negócio (regras sobre formação, efeitos, execução e inexecução, por exemplo), como seria este mesmo Direito a qualificar o fenômeno (nova classificação, desta vez confirmatória, do fenômeno). Assim, caberia ao juiz não só entender o fenômeno a partir do Direito aplicável, como dar tratamento e consequência a partir daquele Direito, apenas afastando os eventuais efeitos essencialmente contraditórios com o ordenamento jurídico brasileiro (art. 17, da LINDB).

Ainda que superadas as discussões sobre a natureza e a validade desse tipo de acordo, vários de seus aspectos poderiam/deveriam ser apreciados: quais as eventuais formalidades necessárias para sua execução (Art. 9º., §1º, LINDB); as cláusulas de renúncia da mãe gestacional a todos os direitos decorrentes da maternidade após o parto; as cláusulas de conduta pré e pós-natal (muitas delas de caráter restritivo) tanto para a mãe substituta quanto para a mãe contratante; eventuais restrições ao reconhecimento de parentesco com a mãe gestacional; as eventuais cláusulas sensíveis sobre dados e identidade genética; etc. A identificação do Direito aplicável ao caso concreto pode trazer cenários distintos de limitações ao exercício das respectivas liberdades negociais.

A lacuna da regulamentação brasileira deixa, por exemplo, entrever alguns problemas, como por exemplo: quais os limites das cláusulas de isenção de responsabilidade? São possíveis as cláusulas de interrupção de gestação? Poderiam os contratantes estabelecer hipóteses de arrependimento ou de cláusulas resolutivas (expressas ou não)? São possíveis cláusulas penais, cláusulas punitivas ou multas rescisórias? Como se declarar ou se proceder em caso de recusa de entrega da criança? Mais uma vez o problema de qualificação traz também o problema do Direito aplicável. Caso o tratamento, por exemplo, seja o de inadimplemento, raciocínios existenciais acabam prejudicados. Em um exemplo muito drástico: como equacionar o consumo de drogas durante a gestação: inadimplemento? Ou, pior, se a criança é vítima de alguma doença genética ou síndrome rara, poder-se-ia falar de arrependimento ou indenização por parte da gestante/fornecedora de gameta?

Também se poderia indagar como a execução deste ‘contrato’ se daria em tempos de emergência sanitária como aquela em cujo contexto este artigo foi escrito. Tem se noticiado, o acúmulo de bebês gestados por outrem e que aguardam a abertura de fronteiras normalização

da logística de transporte para que sejam buscados por seus pais contratantes[23]. Além do evidente estado de fragilidade de realização de uma série de direitos fundamentais (dos contratantes, da gestante e das crianças), ainda é possível imaginar o surgimento de conflitos 'contratuais' decorrentes da nova realidade imposta, como a tentativa de inovação de cláusulas de força maior para extinção contratual. Esta lógica puramente contratual se aplica a estes casos?

Por outro lado, se o questionamento a ser solucionado pelo julgador brasileiro for qualificado como pertencente ao estatuto pessoal, ou seja, relacionado à pessoa como os Direitos de Família (assim genérico) e o início ou fim da personalidade da criança gestada, estar-se-ia diante de problemas a serem qualificados pelo Direito do próprio julgador (*lex fori*), que buscaria o Direito aplicável ao caso a partir do domicílio da pessoa (art. 7º, da LINDB). Mais uma vez não só a vagueza dos termos usados pela legislação conflitual brasileira (com 'super' objetos de conexão), como a inadequação do elemento de conexão ('domicílio da pessoa', pessoa ainda nem nascida e sem domicílio) causariam problemas. Neste sentido poderia o julgador se perguntar: o domicílio da pessoa (aquela gestada) é presumidamente igual ao da mãe gestante ou da mãe doadora do material genético? E se a inseminação ou fertilização tiver utilizado material heterólogo? Neste caso, poder-se-ia falar de três mães com três domicílios distintos! Perceba-se, pois, que também aqui o Direito conflitual brasileiro traz mais dúvidas que certezas.

No entanto, todas estas perguntas (e tantas outras) só poderão encontrar uma resposta tão logo seja fixado o Direito aplicável ao caso concreto.

A atribuição da filiação é central neste aspecto. Na Argentina, por exemplo, a atual codificação civil e comercial menciona expressamente que os nascidos de técnicas de reprodução assistidas são filhos de quem 'deu à luz' e do homem ou mulher que deram seu consentimento prévio (criando a chamada vontade procriacional - art. 562 [24]). A jurisprudência argentina já seria estável no sentido de reconhecer dupla paternidade ou dupla maternidade oriunda de maternidade de substituição (CERVI; CAMERA, 2017). A multiparentalidade, como se sabe, é reconhecida pelo Direito brasileiro para casos de reprodução assistida heteróloga[25]. Por outro lado, a Resolução n. 2.168/17, CFM, em tese,

[23] Vide: Bebês de barriga aluguel se acumulam na Ucrância devido a bloqueio de covid (Revista Crescer, 2020) e Cerca de mil bebês de barriga de aluguel estão "presos" na Rússia (Revista Marie Claire, 2020).

[24] Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15>. Acesso em: 07 mar. 2020.

[25] Por exemplo, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.608.005/SC, julgado em 14 de mai. de 2019.

poderia colocar em xeque o reconhecimento do parentesco da mãe gestacional com a criança nascida, como anteriormente mencionado.

O já mencionado caso Mennesson *versus* França é novamente paradigmático: a recusa de registro pelo Estado francês. O caso motivou um pedido de *Advisory Opinion* para a Corte europeia de Direitos Humanos que opinou que, embora a Convenção Europeia de Direitos Humanos impusesse o reconhecimento de parentalidade entre a mãe não gestacional e a criança gestada por outrem, tal reconhecimento não precisaria ocorrer por averbação no registro civil do documento de nascimento estrangeiro. Neste caso seria possível a utilização de outras formas jurídicas como a adoção[26].

Desdobramentos desta discussão (definição da parentalidade) são inevitáveis no Direito Internacional. Para além das questões sucessórias ou patrimoniais, convém destacar que a própria determinação da nacionalidade da criança pode ser um problema.

Massaro (2014) cita um caso de um casal inglês que contratou a gestação por sub-rogação com inseminação heteróloga (com óvulo de terceira pessoa). Enquanto o Direito inglês reconheceria a parentalidade ao pai genético (um dos contratantes) e à mãe gestacional, o Direito ucraniano a reconheceria aos contratantes, apenas. O efeito desse conflito legislativo teria sido a apatriadia e as limitações migratórias esperadas, especialmente de permanência em território ucraniano (para os pais) e de entrada em território inglês (para as crianças). Segundo relata a autora, a justiça inglesa permitiu a entrada das crianças em território inglês para que pudesse ser pretendida a paternalidade que, uma vez concedida, não conferia a nacionalidade automaticamente. Outro exemplo de apatriadia foi o da menina Cayetana, filha de mãe argentina e pai espanhol, domiciliados na Espanha, nascida na Índia por meio de gestação sub-rogada. Como nenhum dos países envolvidos reconhecia sua nacionalidade, coube aos pais buscar declaração judicial argentina (SCOTTI, 2015).

Como se sabe, o Direito brasileiro considera nacionais (natos) aqueles que, em resumo, nasceram no Brasil (desde que os pais estrangeiros não estivessem a serviço de seu país) ou, tendo nascido no exterior, de genitor(es) brasileiros, tenham sido registrados na repartição competente ou viessem a residir no Brasil e optassem pela nacionalidade brasileira (art.12, I, a, b e c da Constituição Federal). A previsão normativa, contudo, não abrange outras situações tão comuns na atualidade, como a adoção internacional e, claro, a maternidade sub-rogada heteróloga. Razão pela qual já se defendeu a "ampliação dos horizontes do conceito contemporâneo de nacionalidade" de modo a se reconhecer a

[26] **EUROPEAN Court of Human Rights**. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22]}>. Acesso em 07 mar. 2020.

nacionalidade brasileira, independentemente de registro e opção (CORTIANO JUNIOR, RIVABEM, GLITZ, 2019) ou adoção (com sugerido pela Corte Europeia).

Sabe-se, por outro lado, que muitas vezes é a recusa ao registro (caso Mennesson) que engendra a negativa de nacionalidade. Cite-se, por oportuno, outro caso apreciado pela Corte Europeia de Direitos Humano que envolvia a negativa de registro de criança havida por meio de gestação por substituição na Rússia por falsidade documental. Neste caso, a Itália entendia ter havido fraude à lei, uma vez que a reprodução assistida nos moldes realizados era proibida em seu território, como reconhecia que os pais contratantes teriam desrespeitado a legislação para adoção internacional. A criança foi removida do convívio dos pais. A Corte, por maioria, acabou aceitando que este afastamento não causaria dano à criança e que permitir sua permanência com os pais seria legalizar uma situação ilegal.

Talvez seja, justamente, nos aspectos relacionados ao reconhecimento da parentalidade que residem os maiores desafios do reconhecimento deste tipo de 'contrato internacional'. Daí a preocupação da Conferência da Haia que, após uma rodada de questionários entre diversos atores internacionais, manifestou-se no sentido de existir oportunidade para discussão de proposta para regulação internacional do tema do reconhecimento internacional de filiação em contratos transfronteiriços de gestação por substituição[27].

Atualmente, trabalha-se no projeto de uma Convenção sobre o reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras sobre parentalidade jurídica e de um Protocolo específico para decisões estrangeiras envolvendo o tema da parentalidade decorrente da gestação por substituição. Um novo relatório sobre o progresso destas minutas deve estar pronto em 2021 e ser submetido ao Conselho Geral da Conferência em 2022[28].

Em terceiro e último aspecto, convém se destacar que eventualmente os efeitos do 'contrato internacional' de gestação por substituição podem ser negados. Isso porque todo e qualquer efeito contratual que seja ofensivo à ordem pública brasileira é afastado, nos termos do art. 17, LINDB. O mesmo ocorre às sentenças (ou decisões que no Brasil tenham natureza jurisdicional) estrangeiras e que dependam de homologação para que produzam efeitos em território nacional.

---

[27] Documento preliminar, de 2014, disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>. Acesso em 07 mar. 2020.

[28] Informações disponíveis no relatório de novembro de 2019. Disponível em: <https://assets.hcch.net/docs/d435cffc-65ce-4047-b603-ff63ed20591c.pdf>. Acesso em 07 mar. 2020.

Lembre-se que o procedimento de homologação de sentença estrangeira, no Brasil, é de competência do Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, "i", da Constituição Federal) e, dentre seus diversos requisitos, há menção ao respeito à dignidade da pessoa humana (art. 216-F do Regimento Interno do STJ). Entra aqui o contexto da discussão em que se dá a contratação da mãe gestante, por exemplo.

Esta foi a discussão travada na Corte Europeia de Direitos Humanos quando da condenação da França, que se recusava a transcrever documentos de crianças havidas pela maternidade de sub-rogação em seus registros oficiais. A legislação francesa havia proibido, expressamente, a convenção que tivesse por objeto a procriação ou a gestação por conta de terceira pessoa (art. 16-7 do Código Civil francês[29]), além de criminalizar a conduta. A justificativa de tal postura seria a de combate à exploração da vulnerabilidade da mulher e evitar criar condições não isonômicas àqueles que não podem arcar com os custos da técnica. Em ambos os casos, contratados nos Estados Unidos da América e apreciados pela Corte (Mennesson v. France e Labassee v. France[30]), o Estado francês foi condenado por violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Uma resposta definitiva pela jurisprudência brasileira também seria difícil, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça aborda o conceito de 'ordem pública' internacional em termos bastante gerais e muitas vezes apenas processuais (o que limita qualquer conclusão apenas aos procedimentos envolvidos e para as sentenças que se pretendia homologar). Adicionalmente, há apenas um precedente sobre o tema da maternidade por substituição (aparentemente não internacional) julgado pelo Superior Tribunal de Justiça[31].

Além disso, Aguilar Grieder (2019) adverte que a contratação internacional da gestação por terceiros pode representar modalidade de fraude à lei ou seja, de contorno intencional da proibição nacional da gestação por substituição. Esta seria outra análise possível do caso Mennesson. No Brasil, o caso sempre lembrado é das sentenças estrangeiras

---

[29] Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=EA2FCACFAFD0B615BE5D2E6511C1A3C1.tplgfr21s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006136059&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200518>. Acesso em 07 mar. 2020.

[30] Disponíveis em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2265192/11%22]}> e <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22Labassee%22]> e <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}>, respectivamente. Acesso em 07 mar. 2020.

[31] Pesquisa realizada em 18/05/2020 com o verbete "maternidade por substituição" localizou, apenas, o Recurso Especial n. 1.608.005/SC, julgado em 14 de mai. de 2019. Quando o verbete utilizado é "barriga de aluguel" são encontradas 7 decisões monocráticas, todas elas relacionadas à matéria penal. O caso de natureza cível se refere à discussão envolvendo obrigação de entrega de cria de cavalos. Por fim, o último caso, de natureza previdenciária, se refere à licença maternidade.

de divórcio anteriores à legislação brasileira que o permitiu. São casos típicos de negativa de efeitos nacionais à decisão estrangeira. Contudo, eventualmente negar todos os efeitos de uma decisão estrangeira pode, por si, representar violação da ordem pública quando, por exemplo, ocorre a violação a um direito fundamental. Neste sentido, caberia a análise do caso específico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo das últimas duas décadas as técnicas de reprodução humana medicamente assistida com o auxílio das novas tecnologias vêm não só se aperfeiçoando, mas ganhando popularidade, tornando-se uma realidade clínica importante e sendo alçadas à categoria de direito reprodutivo.

No entanto, ainda que um número cada vez maior de pessoas tenha acesso às técnicas, poucos países legislaram adequadamente o assunto, especialmente quando se discute a maternidade de substituição. Diante da ausência de normas brasileiras, o país contenta-se, por ora e indevidamente, com normas éticas exaradas pelo Conselho Federal de Medicina.

Ao longo do trabalho destacou-se que a ausência de normas legislativas brasileiras sobre a maternidade de substituição, a dificuldade na sua qualificação (se ato negocial ou contrato) e a insuficiência das normas de Direito Internacional Privado para dar respostas a eventuais conflitos internacionais entre genitores brasileiros e mãe gestacional e vice-versa.

A complexidade do tema se evidenciou não só em razão da prestação obrigacional envolvida nessa relação, mas especialmente em razão de três grandes questões fundamentais: jurisdição, determinação do Direito aplicável e execução de sentenças estrangeiras (incluídos os efeitos decorrentes do negócio), uma vez que as soluções, muitas vezes, também dependerão da forma como o Estado qualifica a maternidade de substituição e seu eventual descumprimento.

As lacunas apontadas por esse estudo dificultam soluções, especialmente, porque as respostas para além da relação negocial (eventuais direitos patrimoniais envolvidos), exigem também o especial cuidado com os direitos pessoais fundamentais da própria criança gerada. Necessário, portanto, que o legislador brasileiro tome posicionamento a respeito da qualificação e validade desses atos, para que se possam definir normas de Direito aplicáveis em caso de pactuação internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR GRIEDER, Hilda. Derechos Humanos Fundamentales Y Gestación Por Subrogación En El Marco De Los Nuevos Modelos Familiares. **Cuadernos De Derecho Transnacional** (Octubre 2019), v. 11, n. 2, p. 32-44.

AYUSO, Rocío. Sofía Vergara ganha a batalha por seus embriões. **El País**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/31/estilo/1504166604_013559.html?id_externo_rsoc=FB_BR_CM>. Acesso em 21 mai. 2020.

BASSO, Maristela. Autonomia da vontade nos contratos Internacionais do Comércio. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba. (Coords.). **Direito e comércio internacional**: tendências e perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BEBÊS de barriga de aluguel se 'acumulam' na Ucrânia devido a bloqueio de Covid. **Crescer**. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Bebes/noticia/2020/05/bebes-de-barriga-de-aluguel-se-acumulam-na-ucrania-devido-bloqueio-de-covid.html>. Acesso em 15 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.608.005**. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Ministério Público do Estado de Santa Catarina x D.K. e J.C. Julgamento em 14 mai. 2019.

CARLOS, Paula Pinhal de. Gestação por substituição no contexto sócio jurídico da América do Sul: o caso do Brasil, da Argentina e do Uruguai. **Revista Jurídica Luso-Brasileiro**, ano 4 (2018), n. 1, p. 1183-1198.

CERVI, Taciana Damo; CAMERA, Sinara. Os reflexos da Conferência de Haia sobre direito internacional privado em relação à anacionalidade decorrente da maternidade de substituição transnacional. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 3, p. 81-101, set./dez. 2017.

CORRÊA, M. Medicina reprodutiva e desejo de ter filhos. In: GROSSI, M.; PORTO, R.; TAMANINI, M. (Orgs.). **Novas tecnologias reprodutivas conceptivas**: questões e desafios. Brasília: Letras Livres, 2003.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; RIVABEM, Fernanda Schaefer; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Família contemporânea e nacionalidade: a insuficiência dos atuais critérios brasileiros para aquisição de nacionalidade originária. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 19, ano 6, p. 187-209. São Paulo: RT, abr-jun, 2019.

EL PAÍS. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779_269973.html>. Acesso em 27 jun. 2017.

EUROPEAN Court of Human Rights. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22]}>. Acesso em 07 mar. 2020.

_____. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22paradiso%22],%22display%22:[2],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22002-11439%22]}>. Acesso em 07 mar. 2020.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Direito estrangeiro e juiz nacional: como as Cortes Superiores brasileiras aplicam o Direito estrangeiro? In: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin (Org.). **Questões de direito internacional**: pessoa, comércio e procedimento. Curitiba: JML, 2017, p. 172-193.

GUIDORIZZI, Guilherme. Kim Kardashian paga R$ 149 mil para barriga de aluguel. **Terra**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/diversao/gente/purepeople/kim-kardashian-paga-r149-mil-para-barriga-de-aluguel-e-r16-mil-por-filho-gemeo,b23df83e21be52d08a4d01da5ae3975b0txh77d0.html>. Acesso em 10 set. 2017.

ITAMARATY. Disponível em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/no-exterior/adocao-no-exterior>. Acesso 17 de abr. de 2018.

MARIE CLAIRE. **Cerca de mil bebês de barriga de aluguel estão "presos" na Rússia**. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/Noticias/noticia/2020/07/cerca-de-mil-bebes-de-barriga-de-aluguel-estao-presos-na-russia-diz-jornal.html>. Acesso em 29 jul. 2020.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. Baby business: a indústria internacional da 'barriga de aluguel' sob a mira da Convenção da Haia. **RIDB**, Ano 3 (2014), n. 8, p. 5767-5806.

MEIRELLES, J.M.L. **Reprodução assistida e exame de DNA**: implicações jurídicas. Curitiba: Genesis, 2004.

MOREIRA, M.A. **Compêndio de reprodução humana**. Rio de Janeiro: Revinter, 2002.

PARLAMENTO EUROPEU. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0127+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em 07 mar. 2020.

PORTUGAL, **Lei n. 32 de 26 de junho de 2006**. Dispõe sobre a procriação medicamente assistida. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107743775/201806081133/diploma?p_p_state=maximized&did=34529775&rp=indice>. Acesso em 08 de jun. de 2018.

RIBEIRO, G.P.L. Breve comentário sobre aspectos destacados da reprodução humana assistida. *In:* SÁ, M.F.F. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia**. Trad. Arão Sapiro. São Paulo: Makron Books, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A gestação de substituição vista como um contrato em prol da garantia de segurança jurídica aos participantes e à criança a nascer. *In:* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES,

Renata de Lima (Coords). **Contratos, família e sucessões**: diálogos interdisciplinares. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 113-134.

_____; LIMA, Taisa Maria Macena. Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *In:* **Virtua Jus**, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, 1º. sem. 2018.

SANTOS, A.A.; SANTOS, T.A. Esterilidade, infertilidade e procriação medicamente assistida. *In:* ARCHER, L.; BISCAIA, J.; OSWALD, W. (Coords.). **Bioética**. Lisboa: Verbo, 1996.

SCOTTI, Luciana Beatriz. La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. **Revista de la Facultad de Derecho**, n. 38, ene.-jun. 2015, 213-249.

TRIBUNAL Constitucional Portugal. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>. Acesso em 07 mar. 2020.
URUGUAI. **Lei n. 19167 de 22 de novembro de 2013**. Dispõe sobre a regulação das técnicas de reprodução humana assistida. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013>. Acesso em 08 de jun. de 2013.

ZAHIR, Igor. Vende-se um filho: barriga de aluguel está mudando a economia na Índia. **Glamour**. Disponível em: <https://revistaglamour.globo.com/Na-Real/noticia/2014/03/vende-se-um-filho-o-modo-como-barriga-de-aluguel-esta-mudando-economia-na-india.html>. Acesso em 07 mar. 2020.

Submissão em 28/05/2020 / Aceito em 28/09/2020

PODER MODERADOR, FORÇAS ARMADAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: uma leitura constitucionalmente adequada.

NEUTRAL POWER, ARMED FORCES AND THE FEDERAL CONSTITUTION: a constitutionally adequate reading.

Diogo Bacha e Silva[1]
Faculdade de São Lourenço
Álvaro Ricardo de Souza Cruz[2]
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

Resumo:
O artigo parte de uma reflexão profunda sobre o papel do Poder Moderador no constitucionalismo brasileiro e o papel das Forças Armadas na Constituição de 1988. Partindo da construção teórica de Benjamin Constant no período revolucionário francês, o Poder Moderador é instituído no período imperial em nosso constitucionalismo como uma leitura anacrônica e particular da teoria do suíço. O texto reconstrói o debate do Poder Moderador tanto no Primeiro Reinado quanto no Segundo Reinado para, então, rever a história e a formação das Forças Armadas, a construção da doutrina da segurança nacional e a mentalidade política que as Forças Armadas assumiu na nossa história. Por fim, o artigo atesta um *tropos* com a desconstrução derridiana do art. 142 da Constituição de 1988 para concluir pelo papel das Forças Armadas no Estado (democrático) de Direito.
Palavras-chave:
Poder Moderador; Forças Armadas; desconstrução; Estado Democrático de Direito; constitucionalismo

Abstract:
The article starts from a deep reflection on the role of the Moderating Power in Brazilian constitutionalism and the role of the Armed Forces in the 1988 Constitution. Starting from the theoretical construction of Benjamin Constant in the French revolutionary period, the Neutral Power is instituted in the imperial period in our constitutionalism as an anachronistic and particular reading of the Swiss theory. The text reconstructs the debate of the Neutral Power both in the First Reign and in the Second Reign to then review the history and formation of the Armed Forces, the construction of the doctrine of national security and the political mentality that the Armed Forces has assumed in our history. Finally, the article attests to a trope with the derridian desconstruction of art. 142 of the 1988 Constitution to conclude by the role of the Armed Forces in the (democratic) rule of law.
Keywords:
Neutral Power; Armed forces; deconstruction; Democratic state; constitutionalism

1 INTRODUÇÃO

A pandemia ocasionada pelo coronavírus parece ter ressuscitado velhas teorias e práticas. No campo da medicina, a ausência de tratamento medicamentoso adequado e vacinas disponíveis ressuscitaram, por exemplo, a transfusão de plasmas de pacientes convalescidos como forma de tratamento dos infectados pelo COVID-19. Não bastasse essa tragédia, no

[1] Doutor em Direito pela UFRJ, Mestre em Direito pela FDSM. Em estágio de pós-doutorado na UFMG, Professor e Advogado. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9748-0714
[2] Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Ciências Econômicas na PUC/MG e Direito na UFMG. Pós-Doutor em História, Exerceua chefia, a PRDC e a Coordenação de diversas Câmaras do MPF. Professor Adjunto III na PUC Minas. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4910-0462

campo político, a incapacidade do Governo Federal do Presidente Bolsonaro e toda sua equipe para lidar com a questão sanitária, emergiu também grave crise interna com acusações do seu ex-Ministro da Justiça, Sérgio Moro, de interferência na Polícia Federal, dando ensejo a abertura de investigação criminal Inq. 4781 no Supremo Tribunal Federal, assim como a grande e crescente perda de apoio popular, a crise entre o Poder Executivo e os Poderes Legislativo e Judiciário, fez ressurgir a ideia de que a Constituição Federal de 1988 previu um Poder Moderador, localizado nas Forças Armadas.

Em primeiro lugar, a ressureição da ideia de Poder Moderador, em plena vigência da Constituição de 1988, ganhou repercussão em artigos e entrevistas de Ives Gandra da Silva Martins[3] na crise política em reação à decisão proferida pelo Min. Alexandre de Moraes de suspensão da nomeação do Diretor Geral da Polícia Federal pelo Presidente da República. Assim, o renomado advogado e professor propõe que as Forças Armadas estariam autorizadas pelo art. 142 da Constituição Federal a exercer um poder moderador no caso de ataques às suas competências pelo Supremo Tribunal Federal.[4]A partir desse argumento de autoridade, a Deputada Federal Bia Kicks (PSL/SP), vice-líder do governo no Congresso Nacional, em pronunciamento no plenário da Câmara dos Deputados endossou o argumento no sentido de que a Constituição Federal prevê as Forças Armadas como Poder Moderador e não o Supremo Tribunal Federal.[5]

Em segundo lugar, embora a referida interpretação constitucional seja uma daquelas teorizações pinçadas para se aplicar em momentos de ocasião política e, portanto, uma interpretação espacialmente deslocada e profundamente anacrônica em relação ao contexto constitucional contemporâneo, é importante uma análise teórica e prática constitucionalmente adequada para desfazer mitos e equívocos que o papel das Forças Armadas representaram e representam na nossa história constitucional.

Para tanto, o caminhar desse texto perpassa pela análise teórica do significado político e jurídico do Poder Moderador na obra de Benjamin Constant. A contextualização histórico-

[3] Dentre outras manifestações, ver: https://gandramartins.adv.br/wp-content/uploads/2020/05/ives-gandra-diz-que-atuacao-do-stf-pode-fazer-forcas-armadas-intervirem-no-pais-18_05_2020-painel-folha.pdf,

[4] Dentre outras manifestações, ver: https://gandramartins.adv.br/wp-content/uploads/2020/05/ives-gandra-diz-que-atuacao-do-stf-pode-fazer-forcas-armadas-intervirem-no-pais-18_05_2020-painel-folha.pdf, acesso em 23 de maio de 2020. Veja-se que há mais de 17 (dezessete) anos atrás o mesmo autor propõe uma interpretação do art. 142 da Constituição Federal no sentido de que o papel das forças armadas seria de garantia dos poderes constitucionais: "a) a defesa da pátria; b) a garantia dos poderes constitucionais; c) a garantia da lei; d) a garantia da ordem" (GANDRA, Ives. Devem-se empregar as Forças Armadas no combate ao crime? *Folha de São Paulo*, sábado, 08 de março de 2003. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0803200310.htm, acesso em 23 de maio de 2020).

[5] Matéria disponível: https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/collor-bolsonaro-entrevista-cnn/, acesso em 23 de maio de 2020.

teórica dessa obra é relevante para compreender não só o conceito de Poder Moderador, mas suas implicações sistêmicas para o processo de adoção ou não de tal conceito em um projeto constitucional.

Após a teorização sobre o conceito de Poder Moderador, o texto persegue sua aplicação nas Constituições brasileiras, sobretudo a Constituição Imperial de 1824, assim como seu contexto político, histórico e jurídico.

Logo após, contrastando com o vínculo que Ives Gandra da Silva Martins enxerga, será examinado o papel que as Forças Armadas exerceram tanto no período imperial, assim como o período republicano para, ao final, refletir como o papel histórico joga luzes na interpretação da Constituição Federal de 1988.

O presente texto pretende possibilitar uma reflexão aprofundada sobre a construção teórica do Poder Moderador e o papel das forças armadas no Estado Democrático de Direito, afastando qualquer interpretação simplista de ocasião que, fatalmente, faria sucumbir todo o arcabouço de construção de um Estado fundado em um constitucionalismo democrático. Além do mais, em uma abordagem histórica, busca-se inspiração na descontrução derridiana para ofertar uma interpretação constitucionalmente adequada.

2 BENJAMIN CONSTANT: O PODER NEUTRO E O LIBERALISMO POLÍTICO

A construção da ideia de Poder Moderador como razão de Estado foi uma solução teórica buscada no seio dos problemas de radicalização política de um período conturbado após a revolução francesa. É, então, que entra a figura de um dos fundadores do pensamento político liberal, Henri-Benjamin Constant de Rebecque (1767-1830).

A revolução francesa foi o palco para o amadurecimento de muitas teorias liberais que vão de Montesquieu, Locke até Rousseau. Havia um forte antagonismo entre o liberalismo e a democracia, isto é, entre os interesses privados que fazia um coro para os direitos individuais e, de outro, interesses que buscavam a afirmação do social frente ao privado. Esse forte antagonismo marcou profundamente os debates constitucionais no cenário Europeu e Norte-Americano.

O autor suíço defendeu a *República de Notáveis*, instalada após a derrota de Robespierre e seus seguidores no 9 do termidor, dentro do período da Convenção Termidoriana (1794-95) (OLIVEIRA, 2011). Ali, começaram a ser gestadas a ideia de um regime político moderado em que, de um lado, estavam os defensores da volta de uma monarquia absoluta e, de outro, as

ideias radicas dos jacobinos. Dada a correlação de forças naquele momento, os moderados seriam a minoria, dentre os realistas e os republicanos revolucionários (CONSTANT, 2002).

Essa ideia de governo moderado em Benjamin Constant deve ser entendida no contexto ideário iluminista da igualdade entre os homens. Para o iluminismo, a grande ideia da humanidade sobre qual caminha todo o sentido da razão humana era a igualdade.[6] Entre os estágios históricos da igualdade, nosso autor acreditava que, após a escravidão, a proscrição das castas, do feudalismo e da nobreza, estava em curso como momento político da revolução francesa o igualitarismo, levando a França, e depois o mundo, a reivindicação de uma igualdade natural entre os homens.

O encontro de Constant com o terror jacobino aprofundou o debate acerca da necessidade de se apoiar a ordem e a liberdade em um governo, evitando a anarquia e o despotismo, encarnados na ocasião por republicanos e realistas. Para tanto, um governo que deveria estabelecer a ordem e evitar a anarquia, já que o momento seria justamente aquele que edificaria a era da conquista da igualdade e liberdade. Em sua concepção, a chave interpretativa era encarnada no conceito de contrarrevolução como uma nova revolução:

> Aqueles que querem derrubar a República são curiosamente vítimas das palavras. Viram que uma Revolução foi uma coisa terrível e funesta, e concluem que o que chamam uma contra-revolução seria um evento feliz. Não se dão conta de que essa contra-revolução apenas seria ela mesma uma nova revolução.[...] Ora, que se recuse a comprar mesmo a liberdade, por meio de convulsões, da anarquia e do massacre, eu o concebo. Mas que se dê, com o intuito bem menos inebriante de mudar a forma de um governo qualquer, permissão às convulsões, ao massacre, à anarquia, eu não posso concebê-lo (CONSTANT, 2002, p.190).

A tônica de Benjamin Constant era evitar, apoiado em um governo moderado, as constantes reações seguidas de reações futuras em relação aos homens e às ideias de tal modo a que, ao invés da destruição das coisas inúteis, fosse possível uma reconstrução, sem um retorno aos preconceitos e sem abandonar as conquistas úteis anteriores.[7]

---

[6] "A idéia de igualdade é uma idéia mãe, que jamais foi completamente expulsa do coração do homem. Ele misturou essa idéia em tudo. Não há uma religião nascente, que não a tenha consagrado, e foi sempre preciso que a fraude sacerdotal desnaturasse a instituição para afastá-la. A origem do Estado social é um grande enigma, mas sua marcha é simples e uniforme. Ao sair da nuvem impenetrável, que cobre seu nascimento, vemos o gênero humano avançar em direção à igualdade, sobre os destroços das instituições de todo gênero" (CONSTANT, 2002, p. 224).

[7] "Não é, pois, o bastante ter conquistado a liberdade, ter feito triunfar as luzes, ter comprado, por meio de grandes sacrifícios, esses dois bens inestimáveis, ter posto, por meio de grandes esforços, um fim a esses sacrifícios; é preciso ainda impedir que o movimento retrógrado, que sucede inevitavelmente a uma impulsão excessiva, não se prolongue além de seus limites necessários, não prepare o restabelecimento de todos os preconceitos, não deixe enfim, como vestígio da mudança que se quis operar, mais do que restos, lágrimas, opróbrio e sangue" (CONSTANT, 2002.p. 75).

Sem abandonar, então, as premissas de seu tempo, sua leitura política destacou a importância que tem a igualdade e a liberdade, longe de perceber que a revolução teria de uma vez por todas alcançado os ideais iluministas. A forma de realização da liberdade e igualdade residiria em um mecanismo de *governo de centro*, cuja expressão seria o regime representativo.

A questão da forma de governo, no entanto, para o pensamento político de Benjamin Constant, era uma questão marginal, já que para o suíço tanto a monarquia, quanto a república apresentavam diferenças de forma e não de fundo. Sua coerência com o pensamento político liberal, no entanto, visava conjurar práticas arbitrárias, entendidas como a ausência de regras, de definições e limites, que conduziam à violência real e simbólica materializada pela destruição de instituições políticas. (CONSTANT, 2002, p.108).

Lastreado na concepção rousseauniana do "Contrato Social", Constant entendia que tanto a anarquia quanto o despotismo seriam contrários ao governo e à Constituição de um país, posto que o governo seria arbitrário e se desenvolveria em meio a violência e aos interesses pessoais. A seu ver, apenas o constitucionalismo liberal preservaria a liberdade em torno da representação nacional:

> Uma constituição é a garantia da liberdade de um povo: por conseqüência, tudo o que mantém a liberdade é constitucional, e, também por conseqüência, nada do que não a mantém é constitucional. Estender uma constituição a tudo é fazer de tudo perigos para ela, é criar escolhos para rodeá-la. Há grandes bases, nas quais todas as autoridades nacionais não podem mexer, mas a reunião dessas autoridades pode fazer tudo o que não é contrário a essas bases. Entre nós, por exemplo, essas bases são uma representação nacional em duas seções, nada de unidade, nada de hereditariedade, a independência dos tribunais, a inviolável conservação das propriedades que a constituição garante, a segurança de não ser detido arbitrariamente, de não ser separado de seus magistrados naturais, de não ser atingido por leis retroativas e alguns outros princípios em muito pequeno número. Só isso é constitucional: os meios de execução são legislativos. Em todas as medidas de detalhe, em todas as leis de administração, só uma coisa é constitucional, ou seja, que essas medidas sejam tomadas e essas leis feitas a partir das formas que a constituição prescreve (CONSTANT, 2002, p.115).

Prevenir tanto as revoluções que, na sua época, eram sinônimos de morte e destruição quanto as respectivas reações realistas, que também implicaram tragédias humanas, era questão fundamental em seu pensamento. Sinteticamente, ambas eram igualmente problemáticas porquanto impediriam o exercício da ordem e da lei e não concretizariam o projeto iluminista de uma liberdade política.

A liberdade política foi reivindicada pelo autor suíço como uma proeminência da liberdade individual, essa tipicamente dos modernos (CONSTANT, 1985), que se distingue da liberdade dos antigos na medida em que não exige que o indivíduo sacrifique toda sua

autonomia em prol da liberdade política. A antiguidade, posto que exigia do indivíduo uma grande participação dos negócios estatais, permitiria que os mesmos se descuidassem dos direitos e garantias individuais. Por outro lado, é preciso também não descuidar para que os interesses particulares sobrepusessem o interesse público, transformando-se em puro arbítrio. Nessa toada, o regime representativo surgiu como a grande aposta de Benjamin Constant, pois ele garantiria a influência dos indivíduos sobre a coisa pública, chamados a participar do poder, por intermédio da vigilância e do voto (CONSTANT, 1985, p.7).

Rousseau, por sua vez, havia esquecido que o problema de materializar a soberania popular, tal qual os antigos para a época moderna, forneceria pretextos para uma tirania. Montesquieu, por outro lado, imaginava que à diferença entre a liberdade dos antigos e dos modernos estivesse ligada à república e monarquia e não ao espirito do homem no tempo. (CONSTANT, 1985, p.4).

Em particular, sua obra assumiu a posição de que a soberania popular existe em todos os regimes políticos, seja a teocracia, a monarquia ou a aristocracia, cuja finalidade é impor limites a todas as instituições, sob pena da humanidade submeter-se ao reino da força. (CONSTANT, 1820, p.2). Embora o autor reconheça que Monstesquieu assuma a soberania popular, o faz no sentido de um axioma de liberdade, quando, na verdade a soberania popular partisse de uma garantia para evitar que a soberania popular se tornesse ilimitada, isto é, Constant entendia que o povo se valesse das instituições para os interesses particulares. É por isso que o contrato social de Rousseau foi um principais mecanismos de toda a sorte de arbítrios.

Assim, a soberania popular é uma chave de compreensão da organização de poderes para Benjamin Constant. Não devemos esquecer que sua teoria sofre também influência de Clermont Tonerre que visualiza, na organização constitucional, o poder monárquico com suas duas distinções: o Executivo que tem prerrogativas positivas e o real que, de acordo com uma concepção teológica, se associou a tradições religiosas e perenes. Clermont Tonerre encara o poder imperial como um componente da tríade de Montesquieu. (CONSTANT, 1820, p.6). Contudo, o Poder Real ainda estaria acometido do exercício da função administrativa que o delegava diretamente para os Ministros de Estado (RANGEL, 2018).

Esse pensamento marcará a ideia de que o Poder Real poderia figurar como um mecanismo de anteparo aos arroubos arbitrários dos demais poderes, classificando Benjamin Constant como um poder neutro. Era preciso, então, que uma força que não estivesse em nenhum dos três poderes imaginados por Montesquieu pudesse servir para preservar a integração dos demais poderes. Esse poder imparcial, portanto, poderia ser encontrado nas

monarquias constitucionais na figura do Rei que, por estar rodeado pela tradição, não precisa de apoio político:

> La monarquía constitucional tiene está gran ventaja, porque crea el poder neutro en la persona de ut rey rodeado de las tradiciones de una memoria respetable y de un poder de opinion, que sirve de base al político. El interes verdadero de este rey no es en alguna manera el que el uno de los poderes destruya al ótro , sino el que todos se apoyen, se comuniquen entre si, y obren de concierto.(CONSTANT, 1820, p.6).

Entretanto, era preciso um cuidado para que a monarquia não tomasse o lugar de nenhum dos poderes legislativo, executivo e judicial, residindo aqui a diferença entre uma monarquia constitucional e absoluta. Neste sentido, Benjamin Constant teceu elogios a monarquia inglesa e sua forma de lidar com os conflitos entre os poderes. Para ele, o problema dos regimes políticos ao longo da história foi não ter um poder neutro capaz de evitar a ditadura.

Utilizando como analogia as disputas judiciais entre indivíduos nas quais o poder judiciário é chamado a intervir, Benjamin Constant busca no poder real a figura do árbitro diante de conflitos entre os poderes constitucionais, de tal forma a preservar a liberdade. Para desincumbir-se desse desiderato, o poder real era concebido como indene de responsabilidade, mantendo, contudo, a responsabilidade dos Ministros de Estado, vez que são partes do Poder Executivo (CONSTANT, 1820).

O pensamento de que o rei poderia exercer essa figura de neutralidade vem das suas próprias características. Em primeiro, a escolha do rei passou por um processo hereditário, razão pela qual estaria imune às paixões políticas momentâneas. De outro lado, não há nada demais, segundo o autor, em se pensar na irresponsabilidade do rei. Uma vez que o monarca não exerceria nenhuma atribuição executiva, seu maior patrimônio seria a preservação da dignidade da família, a responsabilidade perante a opinião pública é dos ministros de estado que são nomeados pelo rei (CONSTANT, 1820, p. 36-38).

A teoria de Benjamin Constant do seu poder neutro deve ser lida de acordo com uma busca de preservação da ordem e da liberdade conquistada pela revolução francesa mas que, diante do cenário político, encontrava-se ameaçada pelos projetos radicais revolucionários e contrarrevolucionários.

3 O PODER MODERADOR NA CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824: TRANSPLANTE DE UM PROJETO “POLÍTICO LIBERAL” NO SEIO DE UMA MONARQUIA “POUCO” ESCLARECIDA

Enquanto na França e nos Estados Unidos, as revoluções rearticularam as ideias iluministas e as teorias jusnaturalistas em torno de regimes políticos, no Brasil e na América Espanhola, novas rearticulações foram feitas para os mesmos conceitos. No Brasil, o constitucionalismo liberal teve uma enorme e distinta difusão, a partir do ano 1820, sobretudo a partir da tradução de publicações de autores franceses e ingleses pela elite política letrada. Diversos folhetos, panfletos e periódicos circulavam em profusão pela Corte carregada com conceitos liberais da época, tais como liberdade, fraternidade, democracia, cidadão, direito e voto.

Um desses periódicos lidos pela elite política, chamado de "Constituição explicada", buscava elucidar tais conceitos e a base teórica era justamente Benjamin Constant. (NEVES, 2003, p.149). Além da leitura de obras estrangeiras pela elite política, a Igreja exercia um papel na difusão das ideias constitucionais. Em 1822, por exemplo, o governo constitucional português determinou que todos os bispos e párocos do Reino de Portugal e do Brasil expedissem pastorais para demonstrar que o sistema constitucional em nada ofenderia a religião, antes contribuiria com sua difusão (NEVES, 2003, p. 98).

Esses fatores vão explicar a significação do constitucionalismo liberal e ao mesmo tempo conservador na América Latina, de forma geral, mas especificamente da formação do Estado brasileiro que, ao contrário de seus congêneres, vai contar com a participação de Dom Pedro, príncipe regente que foi aclamado Imperador Constitucional do Brasil por ato ocorrido pelo Senado no Campo de Santana, ocasião em que foi determinado o regime político monarca, ainda em 12 de outubro de 1822, um mês após a Independência. As elites políticas refutavam o regime francês e norte-americano, preferindo filiar-se ao modelo inglês, já que havia o temor de que, à semelhança das colônias hispano-americanas, o país se fragmentasse (ALVES, 2008, p.68). Na verdade, o receio tinha um nome, uma geografia e uma cor: a revolta haitiana, Jean-Jacque Dessalines, a revolta escrava e dos negros que propuseram um regime político revolucionário. Nas palavras de Heloisa Starling e Lilia Schwarcz "o Brasil se inventou, assim, como um anti-Haiti: por oposição, éramos todos brancos, cristãos e civilizados" (STARLING, SCHWARCZ, 2015, p. 229).

A aclamação popular definiu de antemão o regime político monárquico, adjetivando o imperador como *Defensor Perpétuo do Brasil*. Contudo, a disputa entre aqueles que postulavam um governo central forte institucionalizado por uma monarquia absoluta e os liberais, que apostaram na figura "inglesa" de um monarca imparcial, se deu desde o princípio.

A própria compatibilidade da monarquia conviver com uma Constituição não estava clara para os constituintes. A solução do Poder Moderador convenceu o próprio patriarca da

independência José Bonifácio, da viabilidade dessa "convivência", pois ela poderia garantir a adoção de um governo constitucional representativo como uma forma de governo misto, conforme a doutrina defendida por Benjamin Constant, na qual não era mais o monarca quem legislava e deliberava, mas a nação por meio de representantes eleitos por ela. A escolha do regime político, portanto, passava por identificar o elemento preponderante, seja a figura do monarca ou do parlamento, e que, ao fim e ao cabo, era de somenos importância para a formação do Estado (LYNCH, 2007, p.128-129).

Nas próprias palavras de Dom Pedro I, seria impossível dissociar o sistema constitucional com a questão monárquica, valendo como modelo o sistema constitucional liberal inglês:

> Não posso levar à paciência que todos queiram e gritem Constituição e não queiram a inviolabilidade do monarca em toda a sua extensão ilimitada, como deve ser. Eu sou constitucional por princípio, já o era antes de se proclamar em Portugal; não sou como muitos que querem a Constituição e sabem tão pouco o que ela é (...). Depois estive na Inglaterra e vi o bem executado sistema, ainda mais constitucional fiquei, vi que o Rei é um ente moral respeitadíssimo como tal e por isso inviolável. (...) Sendo o Rei o Poder Moderador, era mister que ninguém lhe pudesse pedir contas, seus ministros é que são responsáveis por tudo, mas não de bagatelas, como é agora moda no sistema constitucional de 1791 (VIANA, 1967, p.96).

Essa doutrina inicial, acabou sendo rechaçada no projeto final da Assembleia Nacional Constituinte que adotou uma clássica separação de poderes, inspirada no modelo inglês, de proeminência do Legislativo sobre o Executivo, esboço que sairia das mãos de Antônio Carlos de Andrada, irmão de José Bonifácio. Essa atitude levou a que Dom Pedro I dissolvesse a Assembleia Constituinte.

A dissolução da Assembleia Constituinte permitiu com que Dom Pedro I outorgasse a realização do projeto de texto constitucional aos membros do Conselho de Estado, criado em 1823, formados por juristas formados em Coimbra (STARLING; SCHWARCZ, 2015, p. 234). A tese absolutista vencera e a semântica do Poder Moderador, neutro, imparcial e desconectado do Poder Executivo, modificou-se inteiramente no texto da Carta de 1824.

O projeto de Carneiro de Campos, aprovado por quase todas as câmaras municipais do país, fundou a pretensão do Imperador de uma monarquia, cuja legitimidade derivava diretamente da soberania nacional. A influência de Benjamin Constant foi uma marca no texto final da Constituição do Império que adota um poder moderador (art. 98), a separação de poderes (art.9º), o procedimento de revisão constitucional semi-rígido e a centralidade do Poder Legislativo, em clara inspiração francesa, que passaria a exercer o controle de constitucionalidade e a interpretação autêntica das leis (art. 15), além da responsabilidade

ministerial (art.102) que será o ponto determinante na interpretação do Poder Moderador no Império, a partir das leituras dos liberais e conservadores.

Embora alguns autores tenham afirmado que o projeto de Carneiro de Campos traiu a doutrina de Benjamin Constant, constitucionalizando o absolutismo, (BONAVIDES, ANDRADE, 2003, p.96) a incorporação do Poder neutro ou Moderador de Benjamin Constant exposta, dentre outros, no art. 98 do texto constitucional[8], permitia uma disputa de narrativas em torno do papel do monarca no regime constitucional que determinou a semântica que o Poder Moderador recebeu na nossa tradição constitucional.

O Poder Moderador foi outorgado ao Imperador, assim como a chefia do Executivo, nos termos do art. 102, que o exerceria pelos seus Ministros de Estado. A junção das duas funções ensejaria, nas penas de Zacharias de Góes e Vasconcelos, uma virada de fundo naquilo que a teoria de Constant entendia por Poder Moderador, já que desconfigurou a separação de poderes no governo representativo – aqui compreendida a partir da monarquia constitucional inglesa - entre Poder Real e Executivo (GÓES E VASCONCELLOS, 1978, p. 103). É bem de ver que, no primeiro reinado (1823-1831) e o início do período regencial, a discussão acerca da extensão do Poder Moderador eram todas tomadas pelo Conselho de Estado que, na prática, fora criado como órgão de centralização do poder pelo Imperador (GUANDALINI, 2016, p. 120 e ss.).

O Conselho de Estado, portanto, não poderia ser confundido com seu órgão congênere francês. Na organização política da Constituição de 1824, o Conselho de Estado não realizava decisões sobre atividades tipicamente administrativas como atualmente se entende o exercício da Administração Pública, mas de órgão consultivo em decisões políticas quando o Imperador exercesse suas funções de Poder Moderador arroladas no art. 101 do texto constitucional. (CRUZ; BARREIRO; SANTOS, 2020).

A disputa no interior do projeto constitucional sobre o papel do Poder Moderador movimentou as penas de Visconde do Uruguai, então do grupo de saquarema (Partido dos conservadores), e Zacharias de Góes e Vasconcelos, representante do Partido liberal.

O Poder Moderador, nas clássicas definições de Visconde do Uruguai, era um poder eminentemente conservador e não de "anarquia". As prerrogativas do exercício do Poder Moderador presentes no art. 101 do texto constitucional são eminentemente passivas e

[8] "Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organisação Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos". A expressão de que o Poder Moderador é a chave de toda a organização política era uma tradução literal de Benjamin Constant na sua *Política Constitucional*. Se, entretanto, o Imperador deveria se manter como um poder neutro ou, ao contrário, se o mesmo deveria efetivamente governar era uma disputa interpretativa em torno da expressão "Chefe Supremo da Nação".

decorrem da vontade da nação, isto é, decorrem da separação entre o Poder Executivo e o Moderador (SOUSA, 1862, p.55 e ss). O Imperador, na interpretação do seu "Ensaio do Direito Administrativo", não é o Poder Moderador, mas apenas seu chefe, assim como o é do Poder Executivo. Daí decorre a afirmação da irresponsabilidade por tais atos que será motivo de feroz oposição na figura de Zacharias de Góes e Vasconcelos. A execução da política ordinária deveria competir aos seus ministros e aos membros do parlamento. Ao Imperador competiria apenas sua fiscalização. Por certo que, diante do fracasso ou insuficiência das políticas públicas de seus Ministros, o Imperador, agora no exercício do Poder Moderador, percebendo riscos/danos ao erário, economia ou para a sociedade, teria o dever constitucional de restabelecer a ordem e a harmonia entre os poderes. (SOUSA, 1862, p.56). Portanto, o Imperador seria o Poder Moderador e, ao mesmo tempo, governante como Chefe do Executivo e do Poder Moderador. O rei reina, governa e administra.

Em torno da interpretação da expressão "privativamente" delegado ao Imperador no art. 98 cumulado pelo exercício do Poder Executivo que, nos termos do art. 102, seriam exercidos pelos Ministros designados pelo Imperador, Zacharias de Góes e Vasconcelos vai retirar a legitimidade do Poder Moderador não a partir da soberania nacional, mas de um poder divino e, assim, distinguir entre o exercício do Poder Executivo e do Poder Moderador, possibilitando a responsabilidade política dos Ministros de Estado (GÓES E VASCONCELLOS, 1978).

Zacharias de Góes e Vasconcelos, intérprete dos liberais, embora reconhecesse o exercício da função de árbitro como Poder Moderador ao Imperador, entendia que dele não decorresse a condições de acúmulo de funções (Poder Moderador e Poder Executivo) ao Imperador. Daí, portanto, a possibilidade de responsabilidade dos Ministros de Estado por exercerem uma função que decorreria da própria soberania política (LYNCH, 2007).

Essa disputa em torno da interpretação do Poder Moderador no projeto constitucional imperial demonstra: a) em primeiro lugar, que o transplante da doutrina de Benjamin Constant na formação do Estado nacional fora feito como uma "ideia fora do lugar" em torno da incorporação de certos institutos como referências intelectuais em dados contextos sociais, principalmente em torno do liberalismo brasileiro (RICUPERO, 2008). Veja-se, então, que, na origem, a positivação do Poder Moderador serviu como meio de centralização do regime político monarca e não como pretendia originalmente Benjamin Constant; b) em segundo lugar, o significado de um conceito, tal qual Poder Moderador, está imerso na temporalidade, superando uma anacronia e sincronia, e na própria linguagem, como nos ensina Koselleck (2006, p. 135, BENTIVOGLIO, 2010, p.123). Em outras palavras, e como se demonstrou a

partir do debate entre Visconde do Uruguai e Zacharias de Góes e Vasconcelos, os conceitos em si mesmos não têm história, mas a sua apropriação sim (JASMIN, 2005, p.33).

O debate do Poder Moderador, como mostrará Tobias Barreto, foi transplantado para o Brasil de uma forma que sustentasse um liberalismo peculiar, um regime político escatológico. Fruto de um debate de uma época, de homens de sua época, o Poder Moderador deveria se inserir em uma discussão fundamental da aplicabilidade ou não de um governo parlamentar em nosso país. Citando Karl Marx de que cada período histórico tem suas próprias leis, Tobias Barreto afirma que o sistema político inglês era "autochtone, intrasmissivel, inimitável" e que os publicistas tomavam como princípio incontroverso (BARRETO, 1977, p. 106).

Além do mais, aparece em Tobias Barreto uma diferença fundamental do sistema político Inglês com o adotado no Brasil. Na Inglaterra, a nobreza conseguiu impor à realeza a necessidade de poder contar com uma força militar e de milícias do condado, uma vez que o parlamentarismo supõe lutas pacíficas. A questão seria, no Brasil, tendo em conta a força militar permanente, se a Coroa quisesse concentrar todos os poderes, qual seria a posição da força militar? O problema é: as forças militares são compatíveis com o regime de liberdade política. Contudo, se o exército abraçar a causa do Imperador e cedesse as ambições ditatoriais? A questão militar foi adiantada por Tobias Barreto e, já com a instituição do poder moderador na Constituição de 1824, significava uma absoluta incompatibilidade entre o instituto aqui transplantado com a organização política nacional (BARRETO, 1977).

A questão militar será central para a própria queda do Império e proclamação da República. O remédio virou veneno?

4 NOVA REVIRAVOLTA SEMÂNTICA: OS MILITARES

Se restou evidente que a "teoria do Poder Moderador" de Benjamin Constant chegou a essas "terras" de modo bastante modificada, deixando o *status* de "poder moderado" para a condição de "poder absolutista", agora as forças armadas, particularmente o Exército, passará a entender o Poder Moderador como seu atributo de fiador dos interesses nacional-desenvolvimentistas, pairando acima dos poderes constituídos. Mas, para entender como chegamos a essa reviravolta semântica, é preciso compreender como o Exército brasileiro se organizou.

Proclamada a independência, D. Pedro I precisava de tropas que o garantissem no poder. A contratação de um exército mercenário foi a solução encontrada. Afinal de contas, o "Brasil", como entendemos hoje, haja vista Províncias como a do Grão-Pará e da Bahia, sentiam-se mais

ligadas, seja por questões comerciais ou culturais, a Lisboa do que ao Rio de Janeiro. Sendo assim a tarefa de derrotar as forças metropolitanas custou enormemente ao nosso erário.

Assim, nossa dívida pública se formou tanto por questões diplomáticas quanto "segurança nacional". No primeiro caso, firmamos uma dívida significativa com bancos britânicos e ainda reduzimos, exclusivamente para a Inglaterra, a alíquota do imposto de importação, que era à época a única fonte de arrecadação governamental. Já os mercenários foram usados não apenas no período da Independência, mas também nos conflitos decorrentes da Confederação do Equador (1824) e da Guerra da Cisplatina (1825).

Durante o segundo Reinado, o Exército brasileiro observava rigidamente a estrutura social de classes. Como o processo de Independência foi relativamente rápido para a retirada das tropas portuguesas, poucos cidadãos foram incorporados. Assim, de um lado, o fenômeno do caudilhismo, especialmente nos países da Prata, não se deu por aqui. E, de outro lado, pouca ou nenhuma forma de democratização estavam presentes nas origens de nossas forças armadas. A rigor, hierarquia e disciplina falavam mais alto nesse princípio e seguiu como valores "intocáveis" até os dias de hoje.

Desse modo, o Colégio e a Academia Militar destinaram-se individualmente à realeza ou à burguesia mercantil. Oficiais portugueses que juraram fidelidade foram incorporados tanto ao Exército quanto à Marinha e seus descendentes, em grande medida, seguiram a carreira militar:

> O quadro mostra que, ao final do Império mais da metade dos generais ainda possuía título de nobreza. Mas mostra também que a quase totalidade desses títulos era concedida a filhos de militares. Os filhos da nobreza civil, os soldados particulares, tinham quase desaparecido. A organização militar começava a fechar-se sobre si mesma, gerando as vezes verdadeiras dinastias militares como as dos Lima e Silva no Império e a dos Fonseca na República (CARVALHO, 2019, p.34).

O surgimento da Guarda Nacional trouxe profundas mudanças. Profissionais liberais e comerciantes preferiram seguir os líderes locais à carreira militar. Logo, a "nobreza dinástica" se consolidou no oficialato. E as "facções" eram montadas exclusivamente em segmentos sociais de baixa renda.

E será justamente o desejo de ascensão social das "praças" que provocará mudanças no perfil do Exército Brasileiro. Durante a Guerra do Paraguai, nossas fileiras foram politicamente formadas pelo recrutamento obrigatório, sendo comum o emprego de alforrias de escravos, que substituíam seus "proprietários" recrutados. Em 1874, a nova *lei do recrutamento* impôs o alistamento universal, bem como sorteio para as vagas não preenchidas. Obviamente, esses

"sorteios" eram manipulados pelas juntas Paroquiais, fazendo com que apenas os pobres cumprissem seu dever de súditos do Imperador.

Más condições de soldo, péssimas instalações e equipamentos obsoletos antecederam e sucederam a Guerra do Paraguai. Pode-se dizer que apenas durante o período do Comando de Duque de Caxias no front paraguaio conseguiu-se melhores condições do Exército. A esse quadro, somam-se castigos e punições violentas que mantinham à força a disciplina. Mesmo abolido pela lei de 1874, os castigos físicos perduraram até a República Velha, sendo a principal causa da revolta dos marinheiros em 1910. Deserções tornaram-se comum no período do estertor imperial. A insatisfação dos militares com o descaso e desprestígio do Imperador colaboraram para que participassem ativamente do golpe republicano.

Todavia, a entrada em cena de outro Benjamin Constant nos quadros da Escola Militar da Praia Vermelha provocou importantes mudanças no exército. A doutrina positivista passou a ser elemento significativo da docência. O ensino de técnicas marciais perdeu exclusividade diante da Política que passa a dividir a atenção dos alunos, tanto ali, quanto na Escola Politécnica de engenheiros militares. A "política" entrava nas forças armadas pelo giz dos professores.

O déficit técnico levou o Presidente Hermes da Fonseca, sobrinho do Marechal Deodoro da Fonseca, a enviar um grupo de jovens oficiais (os jovens turcos) para servirem no Exército Alemão. De 1906 a 1910, esses oficiais se atualizaram em Berlim, trazendo na bagagem não apenas informações de estratégia militar, mas a visão política do "Estado Prussiano". Ordem, hierarquia e disciplina eram valores que se impunham "dentro e fora dos quartéis".

O chamado "primeiro tenentismo" surgiu do entusiasmo desse grupo que renovou o interesse político no ensino da Escola do Realengo. A preocupação profissional, a hierarquia, os princípios positivistas de "ordem e progresso" fluíam dos ensinos técnicos para a noção de Estado brasileiro. As sementes da Escola Superior de Guerra estavam lançadas, pois as concepções de segurança nacional, até então voltadas apenas para a proteção das fronteiras do Sul, agora incorporavam a necessidade do desenvolvimento de indústrias estratégicas que garantissem nossa autossuficiência na guerra mecanizada.

O "tenentismo" da década de 20, também chamado de "Segundo Tenentismo", é produto do primeiro e, já no princípio dos anos 20, disputavam ideologicamente contra os adeptos do "legalismo" e da submissão ao Poder Civil. Esses últimos sofreram influência da chamada "Missão Francesa". Como os alemães foram derrotados na Primeira Grande Guerra, a "atualização" do nosso exército pelo envio à Paris de oficiais para aperfeiçoamento militar.

Esses jovens aprendizes dividiram-se em dois grandes grupos. O pensamento francês propunha a submissão dos militares ao Poder Civil, o que garantiria uma dedicação exclusiva dos militares a seu aperfeiçoamento "profissional". Os herdeiros do positivismo e da missão alemã se uniram em torno da ideologia intervencionista na política que se expressava pela noção de "soldado cidadão". Essa doutrina, no período imperial, refletia o ressentimento de marginalização que os oficiais sofriam das elites políticas. Agora, essa "menos valia" se dividia em duas propostas. A "legalista", que exigia do Poder Civil melhores condições para a profissionalização do Exército. E a "reformista", que acreditava que a melhoria das Forças Armadas passava por mudanças no Estado e na sociedade brasileira. Enquanto a "legalistas" tinham como principal defensor Leitão de Carvalho (1959), no início dos anos 1920, os "reformistas" encontraram em Bertholdo Klinger e Luis Carlos Prestes e em Juaréz Távora seus principais expoentes.

Klinger admitiu uma intervenção militar moderador da política:

> A ideologia do Poder Moderador das Forças Armadas tem aí sua primeira formulação sistemática. Era uma combinação do intervencionismo tenentista com as transformações estruturais da organização militar promovidas pelos reformadores. Em outras palavras, era o intervencionismo de generais, ou do Estado-Maior, o intervencionismo da organização e não apenas de alguns de seus membros (CARVALHO, 2019, p. 68).

Interessante observar que a ideologia do "soldado cidadão" nasce originariamente na França revolucionária. A ideia do recrutamento individual e voluntário fazia "democraticamente" cada cidadão associado um soldado defensor da Pátria. No Brasil, em grande medida, como já se viu, esse ideário surgiu do ressentimento do oficialato que encontra vazão na ideologia positivista e no militarismo prussiano.

A vitória da Revolução de 1930 encontrou a organização do exército ainda fragmentada. Era urgente que Vargas construísse um poder militar que se rivalizasse as Forças Públicas controladas pelas oligarquias rivais de cada Estado. Contudo, o generalato não era de "confiança" de Vargas.

O "faro político" de Vargas viu no Exército uma oportunidade de um grande aliado para fazer frente às oligarquias rurais dos Estados. E iniciou um processo de "reforma ideológica" para que as Forças Armadas estivessem sempre dispostas a "intervir" na política a seu favor. O ideário do "Tenentismo reformista" se encaixava como uma "luva" para os interesses varguistas no processo de reorganização do exército. Nesse sentido, a ala "francesa" sofreu expurgos, posto que são suspeitos de não "colaborarem" com o Estado Novo.

A ascensão ao generalato de Góis Monteiro e sua nomeação ao cargo de Ministro da Guerra se fez nesse contexto de "propagação ideológica" das forças armadas. Ele é promovido a Coronel em março de 1931, General de Brigada em seguida e General de Divisão, maior posto da hierarquia militar da ocasião em outubro de 1932. Góis Monteiro contou com o auxílio de Eurico Gaspar Dutra para colocar seu plano de regulamentação do Exército Brasileiro em ação. A doutrina do Poder Moderador encontrava contornos definidos:

> Estava aí enunciado todo o projeto do intervencionismo controlador: ampla interferência estatal em todos os setores; ênfase na defesa externa e na segurança interna; preocupação com a eliminação do conflito social e político em torno da idéia nacional; industrialismo nacionalista; e a liderança das Forças Armadas, sobretudo do Exército, na condução das mudanças, a partir de uma posição hegemônica dentro do Estado (CARVALHO, 2019, p. 141).

A "revolta vermelha" de 1935 liderada por Luis Carlos Prestes decorreu também do fenômeno "tenentista". Só que a intervenção reformista nessa ala do exército, em grande medida, expressava-se no baixo oficialato (sargentos) constituindo-se "tenentismo revolucionário e comunista". Aqui a noção de "soldado cidadão" ligava-se à estrutura dos *soviets* presente no Exército Vermelho.

A derrota do movimento facilitou a reformulação do exército. Tanto os adeptos da submissão ao poder civil, quanto o "tenentismo revolucionário" foram presos e/ou expurgados. A unidade ideológica foi finalmente implantada E, o golpe do Estado Novo, que encontrou Francisco de Campos para "legitimá-lo" no campo jurídico, teve em Góis Monteiro a figura de proa para afiançar os atos de arbítrio de Getúlio Vargas. O engodo do "Plano Cohen" era criatura desse "novo" exército.

No entanto, essa simbiose de interesses não duraria muito. Vargas era um "enxadrista" político". Precisava do exército como suporte contra as oligarquias estaduais. Mas não o queria forte demais de modo a dividir seu poder. As dissenções iniciais possibilitaram que ele manipulasse as Forças Armadas. A criação da Aeronáutica em 1942 não implicou prejuízo algum em termos orçamentários para o Exército e a Marinha. O treinamento e a profissionalização se fizeram uníssonamente sob a doutrina do "Poder Moderador" até 1943. Entretanto, o envio da Força Expedicionária Brasileira ao solo europeu para lutar contra forças totalitárias criou uma "agonia" ideológica no seio militar.

Soma a isso o fato de que, Góis Monteiro puxava as Forças Armadas para além do Varguismo e de qualquer outro poder civil. Os anos 1940 acrescentaram a teoria do Poder Moderador dos militares, o terror ao comunismo. A lembrança da ação revolucionária do

Partido Comunista em 1935 ainda estava viva na retina de todos. E, o movimento político de Vargas em direção ao operariado, forjando a imagem de "pai dos pobres", foi o ingrediente do fim da simbiose entre o Varguismo e as Forças Armadas.

É preciso entender essa guinada de Vargas. Ciente da vitória aliada sobre o eixo fascista, ele sabia que precisava do apoio popular na hipótese da redemocratização. E, diante da "união" do exército em torno de uma única ideologia, ele percebia com clareza que precisava de outra força social que o sustentasse no poder. Por sua vez, tomadas por um fervor "anticomunista", as Forças Armadas deixavam de ser um pilar de sustentação e paulatinamente assumiram posições ideologicamente antagônicas.

A deposição de Vargas em outubro de 1945 pôs pela primeira vez em prática a doutrina do "Poder Moderador Militar". Ela concretizou a política formulada por Góis Monteiro que avalizou junto a sociedade civil a eleição de Dutra. Portanto, até 1950, Góis Monteiro "deu as cartas" abertamente.

A vitória de Vargas naquele ano faria com que essa doutrina levasse as Forças Armadas a flertar com golpismo. A "cruzada anticomunista brasileira" idealizada pelo Almirante Pena Boto inspirava-se claramente na doutrina da "segurança nacional" de Góis Monteiro. E, se a Aeronáutica resistia em se unir para uma segunda deposição de Vargas, sua objeção desapareceu com o assassinato de Rubens Vaz, major daquela Arma, no atentado da rua Torneleiro.

A morte prematura de Góis Monteiro em 1956 não impediu que seu desejo se concretizasse. Sua visão já havia criado raízes. As rebeliões armadas de Jacareanga (1956), de Aragarças (1959) e a oposição à posse de João Goulart (1961) são exemplos dessa postura "moderadora".

Contudo, os valores de "ordem e disciplina" nunca desapareceram da "mentalidade" militar. O credo da "legalidade" foi muito bem explorado pelo então governador Leonel Brizola, impedindo que o golpe se consumasse já em 1961.

Contudo, essa "alma dividida" entre a "legalidade" e a doutrina do "Poder Moderador" cedeu diante da revolta dos marinheiros liderada pelo cabo Anselmo, em 1964. A reunião na sede dos metalúrgicos no Rio de Janeiro em 25 de março contou com a presença do líder da Revolta da Chibata, João Cândido. O discurso cruzado em torno de lutas em favor das *reformas de base* para a libertação dos explorados da "miséria" acendeu as luzes amarelas em todo o alto comando das três armas. Mas, o descumprimento da ordem de prisão emitida pelo ministro Silvio Mota pelo destacamento dos fuzileiros e o apoio do presidente João Goulart retiraram

quaisquer dúvidas quanto à necessidade da "intervenção militar" para a salvação do país da "iminente" revolução comunista.

Como "árbitro" e "player" do sistema político, as tropas do general Olímpio Mourão foram em 31 de março em direção ao Rio de Janeiro. A doutrina da segurança nacional e do Poder Moderador se concretizariam na ditadura civil-militar por 21 anos. A história do período de arbítrio, com a edição de Atos Institucionais e Complementares a promulgação de uma Constituição "semântica", o fechamento de sindicatos, a restrição a eleições diretas, a brutalidade da tortura nos cárceres reatualizou o velho sonho reformista dos tenentes, agora integrantes da alta cúpula das Forças Armadas.

Dez anos depois do golpe, a crise econômica, pressões diplomáticas e a clara insatisfação da população levaram o Presidente Geisel e seu sucessor a uma política de distensão gradual da ditadura. A "abertura" trouxe no seu bojo a lei de anistia e a permissão de criação de partidos políticos. A campanha das "diretas já" e a eleição de Tancredo Neves transcorreu todo o tempo sob o temor da reação da "linha dura" das Forças Armadas. O fracasso do atentado do Rio Centro atesta os riscos de um aprofundamento da ditadura ao invés de seu abrandamento.

O estertor da doutrina do "Poder Moderador" pode ser encontrado na insistência do então ministro da guerra, general Leônidas Pires Gonçalves, da inserção na nova Carta Constitucional do seu artigo 142. Seguramente o dispositivo seria uma salvaguarda das Forças Armadas, então temerosa de ações revanchistas no regime democrático que se instalava. A sua ambiguidade semântica que será no item seguinte examinada, impõe-se justamente como mecanismo de reafirmação do velho ideário tenentista. E, as dificuldades impostas ao trabalho da Comissão da Verdade, atestou, em nosso sentir, a percepção de que parte (significativa ou não) das Forças Armadas ainda se sentem fiadoras do modo de produção capitalista.

A polêmica nos dias atuais e a adequada interpretação desse dispositivo urge em tempos de uma onda conservadora que assola o país. É o que se fará a seguir.

5 DEMOCRACIA, O PAPEL DAS FORÇAS ARMADAS E OS IMPASSES POLÍTICOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL: UMA OUTRA DISSEMINAÇÃO DO ART. 142 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A ideia de que o art. 142 da Constituição Federal poderia servir como mecanismo normativo que possibilitasse a constitucionalização da doutrina do "Poder Moderador" pode ser caracterizada como uma fábula interpretativa. É a história de como as Forças Armadas se

afabulou em torno do "fato" de que poderia servir de esteio para a fundamentação de um projeto de "segurança nacional" e fiador do desenvolvimento econômico. Essa segurança nacional está exposta no texto constitucional, sobretudo, no papel conferido às Armas de "garantia dos poderes constitucionais" e, por iniciativa de qualquer deles, "da lei e da ordem".

A ambiguidade na redação do texto constitucional foi provocada pela influência do Exército na redação da Constituição de 1988. As funções das Forças Armadas no Estado Democrático de Direito foram estabelecidas em termos fluidos e propositalmente vagos como defesa da Pátria. Quando se diz que as Forças Armadas devem "tutelar a Pátria", resta a dúvida: o que devemos entender por "pátria"? Seriam os cidadãos brasileiros? Os brasileiros natos e naturalizados? Brasileiros no exterior? O território brasileiro? E os estrangeiros aqui residentes? E os estrangeiros de passagem? Também, o texto constitucional emprega expressão como "garantias constitucionais". Estariam dentre elas a função das Forças Armadas de exercerem a "curatela" da sociedade? Mesmo traços fortes da "identidade do sujeito constitucional", como o Presidencialismo, a República, o modo de produção capitalista, não podem ser alterados por exercício do Poder Constituinte? A própria Constituição já não prevê os mecanismos para sua proteção? E o controle concentrado de constitucionalidade? E as ações destinadas à tutela das liberdades? O *impeachment*? Os mecanismos de *check and balances* na nomeação de cargos-chave nos poderes constituídos? E os órgãos de controle como Tribunal de Contas e Ministério Público? Enfim, toda essa gama de situações previstas na Constituição deve ser tutelada pelas Forças Armadas?

No atual estágio, as democracias constitucionais fogem de qualquer desenho institucional que delegue a uma instituição a condição de superego da sociedade (MAUS, 2010). Mesmo o Judiciário, em particular o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, não pode pleitear o *status* de curador do Estado de Direito.

A modernidade exige do indivíduo a maturidade no exercício de sua autonomia privada. E é ela também que exige o compartilhamento discursivo da arena pública. Nenhuma instituição detém a condição de ser "a última palavra sobre a Constituição". A doutrina contemporânea se debruça sobre a implementação de diálogos interinstitucionais, modo renovado de (re)construir a doutrina federalista do *check and balances*. Estudos sobre as capacidades (e potencialidades) de cada Poder no exercício de Políticas Públicas.

Acreditar que uma Constituição democrática como a de 1988 depositasse nas Forças Armadas a condição de fiadora do Estado de Direito implicaria o reconhecimento de que a soberania popular seria "propriedade" de uma instituição. "Todo poder emana do povo" e a

palavra “povo” não se resume aos militares Sustentar a “constitucionalização” da doutrina do “Poder Moderador” afigura-se como verdadeiro terraplanismo jurídico...

As Forças Armadas receberam do texto constitucional um papel claro de proteção do povo em caso de ameaça estrangeira, constante na expressão “defesa da pátria” no *caput* do art. 142.

Para a concretização da disciplina, preparo e emprego das Forças Armadas, a Constituição Federal exigiu a edição de Lei Complementar, conforme §1º do art. 142. Por sinal, a Lei Complementar 97/1999 foi promulgada estabelecendo o procedimento adequado no caso da Garantia da Lei e da Ordem, em tempos de “paz”. De qualquer forma, a Lei Complementar 97/1999 estabelece que competirá ao Presidente da República estabelecer as diretrizes concretas, de ofício ou a pedido dos demais poderes constituídos, para os casos em que a Segurança Pública for indisponível, insuficiente ou inexistente para a proteção da “lei” e da “ordem”. Embora o ato normativo não preveja a chamada função de harmonia ou árbitro entre os poderes constituídos, a vagueza e ambiguidade da redação legal tem uma razão de ser na fábula.

Essa fábula foi contada como verdadeira, como exposição de um mundo que se tornou verdadeiro, a partir de toda a discussão desenvolvida desde o Império e, ainda, a proeminência de Góis Monteiro no Estado Novo. A doutrina do Poder Moderador de Benjamin Constant, datada temporalmente e espacialmente, foi apropriada pelo constitucionalismo brasileiro para bloquear a chamada autoimunidade democrática. (DERRIDA, 1998). Em torno da discussão da “ordem”, essa mesmo do canto do galo positivista, as Forças Armadas sempre seriam acionadas quando os poderes constituídos não seguissem essa “ordem”.

Essa “ordem” e a “lei” disciplinada no texto constitucional de 1988 nada mais é do que uma fabulação, uma narrativa que nos é contada como verdadeira, expressando um mundo “verdadeiro”:

> Como o 'mundo verdadeiro' acaba se tornando uma fábula (*Wie die 'wahre Welt' endlich zur Fabel wurde*)". Então, o que nos vai ser contado não é uma fábula, mas como uma fábula, de alguma forma, se afabulou. Vai se proceder *como* se houvesse a possibilidade de uma narrativa verdadeira a respeito da história dessa afabulação, e de uma afabulação que nada produz senão, precisamente, a idéia de um mundo verdadeiro – o que ameaça acabar com a pretensa verdade da narrativa. "Como o 'mundo verdadeiro' acaba se tornando uma fábula (*Wie die 'wahre Welt' endlich zur Fabel wurde*) (DERRIDA, 1996, p.7).

A ordem e a lei aparecem umbilicalmente ligadas à verdade em Platão. Sócrates que, no seu julgamento, acusado de subverter a ordem, acaba por enfrentar a lei, afirmou que diria toda

a "verdade". A acusação de corrupção da alma da juventude ateniense por parte de Sócrates expressa bem a verdade que deve ser "dita". Ele mesmo, pela sua pobreza, seria um testemunho da "verdade" (PLATÃO, 2011).

Um testemunho que, como tal mesmo, nunca pode estar *presente.* A presença de Sócrates em seu próprio julgamento não seria por amor à sua vida ou o temor da morte, mas a sua defesa seria pela própria cidade. A verdade, então, testemunhada por Platão no julgamento de Sócrates, é estabelecida por amor à cidade. Essa verdade é a *theoria* platônica de que aos filósofos incumbiria, em primeiro lugar, contemplar a vida política da cidade. A grande virtude do filósofo é o saber contemplativo.

A verdade e a ordem da cidade estão inscritas em Platão. A inscrição é a origem da escrita: traçada e, assim, inscrita em um sistema, em uma figura que ela não mais governa. Esse sistema determina a verdade. (DERRIDA, 2013). Assim, a *episteme* platônica se inscreve na ausência de Sócrates, naquilo que Jacques Derrida vai nos lembrar em Fedro como o logógrafo (DERRIDA, 1997, p.12). A verdade como lógos, como ordem.

Assim como a "ordem" e a "lei" nos recordam Platão e o *lógos*, democracia e Poder Moderador estão também conectados com a *episteme* platônica. Buscando conciliar o mundo sensível com o inteligível, Platão identifica as formas de governo que seriam os tipos ideais: a democracia, a monarquia e a aristocracia. Aqui, então, Platão idealiza uma forma de governo para a cidade, saindo da atitude passiva contemplativa da política, a *theoria* que agora "organiza" a cidade. Todas as formas de governo estão inscritas na exigência da existência do homem na cidade que, no entanto, apresentam corrupções do mundo inteligível. Por isso, em Platão, um governo "ideal" seria aquele em que a política ficasse submetida aos filósofos, isto é, aos detentores da verdade, do saber, da *aletheia.*

A moderação, portanto, é a busca da justiça, do sistema de governo moderado, algo como um meio termo que não fosse nem monarquia, democracia ou aristocracia, ideia de moderação apropriada por Benjamin Constant. De qualquer sorte, a ordem não seria um sistema democrático, de governo do povo, pelo povo e para o povo, uma ordem democrática. O *logos* platônico sempre foi arredio à participação política do povo, seja pela moderação em que a democracia não aparece como o governo ideal, assim como a necessidade de que a política ficasse sob a tutela dos filósofos. Já na *República* de Platão, a ordem expressa um ódio, uma atitude contrária, ao governo do povo. Em verdade, o ódio dirigido contra a soberania popular que é a forma de inclusão do excesso democrático, da suplementação representativa, isto é, entende-se por suplemento democrático todos aqueles que não encontram na representação das instituições liberais o ponto de representatividade (RANCIÉRE, 2014, p. 97).

O Poder Moderador, assim, expressa uma contradição em relação ao ideal democrático. Por isso, o Poder Moderador e sua "ordem" é uma tentativa de eliminar a autoimunidade democrática. Embora seu exercício seja "em nome" da democracia, como seu amigo, acaba por se constituir em seu inimigo. Esse é o laço político que o poder moderador tem com a democracia. Um laço que se estabelece na homo-geneidade do *inimicus* e não do *hostis* (DERRIDA, 1998).

O Poder Moderador, portanto, deverá cumprir a lei e a ordem. Essa lei e essa ordem que estabelece uma homogeneidade a partir da criação de um inimigo que deve, todavia, estar fora da lei, estar marginalizado. Essa mesma ordem e lei que deve ser um elemento de estabilização, inscrição em um determinado sistema. Inscrição que exclui, eis o sistema e sua forma paradoxal.

Toda essa inscrição é uma imaginação, uma invenção, uma fabulação e, como tal, contada como verdadeira. Essa verdade, portanto, está inscrita no texto constitucional como a ordem a ser protegida pela lei contra os fora-da-lei. Quem ou o que está fora da lei? Quem não partilha da homogeneidade do *inimicus* do Poder Moderador?

A construção do *inimicus* como forma de homogeneizar a razão de Estado Brasileiro se deu logo antes da proclamação da Independência. O *inimicus* escolhido foi o Haiti. O Haiti é aqui?

Vamos relembrar, portanto, a razão de Estado Brasileiro que, portanto, conduz toda a construção dessa "ordem" pela qual o Poder Moderador deve fazer respeitar como lei. A ordem é a lei, essa "lei" de que somos anti-haitianos. Somos construídos sob o fantasma da revolução "negra" que propagaria ideias radicais de igualdade, liberdade e fraternidade. A revolução haitiana e todo seu simbolismo é a ruptura da ordem que se deve proteger e, para tal, usemos o Poder Moderador das Forças Armadas, usemos nossas Armas, usemos mesmo a democracia, usemos a Constituição para, afinal, mantermo-nos brancos, heterossexuais, homens, cisgêneros, católicos ou, no máximo, evangélicos. Essa é a lei, essa é a ordem, essa é a "razão" de existirmos. Inscrição para exclusão. Inclusão pela exclusão, ordem pela desordem, lei pela ilegalidade.

Essa é a lei do mais forte. "O Haiti não pode ser aqui, nunca vai ser aqui", eis a fábula, a verdade, a história da mentira que nos foi contada como verdade, que foi a razão de Estado Brasileiro construída no sentido de que a "segurança nacional" seria um ato democrático de proteção à Constituição quando, em verdade, busca a manutenção da ordem racista, capitalista, sexista, colonial e moderna. Essa "ordem" contra a "desordem" dos haitianos, dos negros do Atlântico, dos revolucionários, de Dessailine.

Uma ordem e uma lei racial construída pelos brancos, para os brancos e do branco. Por isso, o Poder Moderador foi ativado como um Soberano contra a Besta[9] no Império em um primeiro momento. A Besta que ameaça a Besta/Soberano seriam os negros escravizados. Ativa-se o Poder Moderador do Imperador para impedir qualquer ruptura na ordem constitucional branca que convivia com a ausência de liberdade e de igualdade dos negros escravizados. Em eventual impasse político entre os abolicionistas e escravagistas, o Soberano entra em cena para manter a "ordem".

Em um segundo momento, o Poder Moderador dos militares é ativado contra a Besta, ameaça das oligarquias rurais e a ameaça (re)definida do "comunismo" e eventualmente todos aqueles que, eventualmente, quisessem "destruir" a ordem da propriedade privada, dos privilégios dos brancos, grandes proprietários rurais. Nenhuma propriedade poderia ser "comum", já que o "comum" tem a cor da maioria da população, nenhuma propriedade poderia ser transferida aos negros, aos "comuns". A propriedade é branca. O Soberano é masculino. O comum é de "comunidade" e, como sabemos, a comunidade é o local dos negros, dos "favelados", espaço que deve ser reservado aos mesmos. Mantenhamos essa "ordem".

Também, ativa-se o Poder Moderador, nos termos do art. 142 da Constituição Federal, para manter a ordem do empresariado, do capital financeiro, para se contrapor contra qualquer inversão da "ordem" financeira, dominada pelos brancos, para os brancos e dos brancos das elites econômicas. A Besta, no Brasil, tem cor e é racializada. Chamemos os militares para manter os negros nas favelas, nas comunidades e periferias, senzalas modernas.

Eis o paradoxo da teoria de que as Forças Armadas detêm o Poder Moderador: para salvar a Constituição, suspende-se a Constituição. O Poder Moderador, pois, é a mais pura manifestação de violência e, por isso, simbolicamente as Forças Armadas são invocadas como sua legítima titular. Essa violência marca a absoluta anomia jurídica, onde representam a imposição da vontade do Soberano. Não é à toa que a origem da discussão do Poder Moderador estava conectada com o exercício da soberania.

Em verdade, como lembra Walter Benjamin, a violência é a marca tanto de fundação quanto de manutenção do direito.

> Toda violência como meio é ou instauradora ou mantenedora do direito. Se não pode reivindicar nenhum desses predicados, ela renuncia por si só a qualquer validade. Daí

[9] Na disseminação derridiana, a Besta marca, assim como o artigo definido feminino, a criação da anormalidade, da monstruosidade, daqueles que estão à margem da sociedade, assim como A Besta é O Soberano, o monstro que exerce o poder para além dos limites (DERRIDA, 2016). No texto com clara inspiração no Franco-Argelino ora utilizamos com o sentido de monstruosidade marcada pela fabulação, ora como o soberano.

> resulta que toda violência como meio, mesmo no caso mais favorável, participar da problemática do direito em geral. E mesmo que, nesta altura da investigação, não se possa enxergar com certeza o alcance dessa problemática, o direito, depois do que foi dito, aparece sob uma luz ética tão ambígua, que se impõe naturalmente a pergunta se não existiriam outros meios, não-violentos, para a regulamentação dos interesses humanos em conflito. (BENJAMIN, 2013, p. 136).

Paradoxalmente, essa violência é tanto para a fundação desse direito quanto a manutenção do mesmo que se expressa nessa "lei" e nessa "ordem".

Contudo, a "lei" e a "ordem" branca e masculina, categorias do Soberano, não são mantidas apenas com invocação do Poder Moderador em caso de impasse político entre os poderes constituídos. Essa "lei" e essa "ordem" são mantidas diariamente nas batidas policiais nas favelas, no encarceramento em massa da população negra, na criminalização de condutas que são voltadas à população negra, no controle social por meio das políticas criminais que expressam não apenas um racismo estrutural, mas a manifestação dessa "ordem" e dessa "lei" que não poderão ser rompidas.

Como forças auxiliares do Exército (art. 144, §6º da CF/88), as Polícias Militares dos Estados que cotidianamente exercem o poder de polícia têm a incumbência de manter essa "ordem" e essa "lei". Por assim dizer, é a instituição incumbida de manter os povos negros nos seus "devidos lugares". A segurança pública como atividade principal é uma segurança apenas para os moradores de bairros de classe alta. Devem manter a segurança dos brancos, proprietários, heterossexuais, cristãos, cisgêneros. Diariamente, atuam para que a "nossa sociedade" não se transforme no "Haiti". Zelam pela propriedade e pelos espaços públicos e privados "segregados". Zelam pela manutenção da "lei" e da "ordem".

Qualquer ameaça de revolução dessa ordem, os poderes constituídos poderão convocar a violência para a manutenção/fundação da ordem e da lei que, em último caso, será exercida pelas armas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A advertência do General Eduardo Villas Bôas de que a sociedade não toleraria a concessão do *Habeas Corpus* em favor do ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva foi candente sinalização de que a "doutrina da segurança nacional" e do "Poder Moderador" das Forças Armadas não estivesse relegada ao passado. O apoio de diversos Generais atestou que o legado de Góis Monteiro e Leônidas Pires mantinha-se vivo no seio das Armas. A declaração do Brigadeiro Nivaldo Rossato de que "não seria o momento de impor nossa vontade", mesmo

com o intuito de amenizar, acabou por confirmar a tese de que essa forma de pensar ainda molda parte considerável da "mentalidade" militar.

Mais recentemente, em crítica ácida ao que considerava um "ativismo inaceitável do STF", o jurista Ives Gandra da Silva Martins sustentou a visão de que o art. 142 da Constituição confere a prerrogativa das Forças Armadas "intervirem" para "resolverem" eventuais conflitos entre poderes.

Esse "terraplanismo" jurídico não foi um acidente de percurso. Ele se moldou como mentalidade de uma instituição e de parcela de nossa sociedade. O texto deixou claro: de uma proposta de um árbitro que solucionasse paixões políticas durante o período revolucionário francês, a teoria de Benjamin Constant foi "traduzida" no Império como prerrogativa do Imperador. Seu emprego observou o "traço" de cada um deles. Seja pela violência de D. Pedro I ou pela sutileza de D. Pedro II, não vivenciamos nem um governo totalitário no Primeiro Reinado, nem tampouco um Parlamentarismo no Segundo Reinado, como conhecemos hoje. Em ambos, a "moderação" do Imperador protegeu os interesses de nossa elite agrária e escravagista.

O "Poder Moderador" como violência pura, física e simbólica, se escancarou na "doutrina da segurança nacional". Se antes a ameaça dos escravos pautava seu exercício, agora a ameaça ao "modo de produção capitalista" pautou a mentalidade de nossas Forças Armadas.

Seja no Império ou na República, a sombra de um "Poder Moderador" que se exerce acima dos "Poderes Constituídos" impõe-se como um Estado de Exceção permanente do nosso Estado de Direito. Nossa história sustenta a tese de Derrida e de Agamben, segundo a qual a força/violência ajuda o Direito, de modo que o fundamento do Direito está simultaneamente no e além do próprio Direito.

Esse "terraplanismo" enquanto fábula, enquanto disputa sobre a verdade e a "adequada interpretação do Direito" (dis)torce a crença de que vivemos em um Estado (democrático) de Direito.

Em termos zetéticos e normativos, sustentou que haja um Poder apto a monopolizar a "vontade popular", é um verdadeiro deboche. Desde Burdeau, está claro que um Poder Constituído não é o "Poder Constituinte". "Rios de tinta" serão escritos para confirmar esse argumento. Inúmeras teses serão construídas para atestar essa verdadeira obviedade. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal negou seguimento ao Mandado de Injunção 7.311 que pedia a regulamentação do art. 142 da Constituição Federal para permitir a intervenção, além de ter proferido decisão monocrática liminar, do Min. Luiz Fux na ADI 6.457, para dar interpretação conforme aos artigos 1º, 15, caput e §§1º, 2º e 3º da Lei Complementar 97/1999

para reafirmar o óbvio, qual seja, que a missão constitucional das Forças Armadas não acomoda o Poder Moderador entre os Poderes Constituídos, assim como para excluir qualquer interpretação que compreenda intromissões no exercício independentes dos Poderes Constituídos.

Contudo, os autores desse texto preferem o "tropos" derridiano de se verem como "fabulistas". E lembrar que os "melhores argumentos" do cordeiro não impediram ao final de que o lobo devorasse. A história infelizmente se repete. Se as forças democráticas de direita ou de esquerda, não se posicionarem prontamente contra a mentalidade do "Poder Moderador", a história se repetirá "como tragédia ou como farsa".

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 45 n. 180 out./dez. 2008.

BARRETO, Tobias. **A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros.** Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977.

BENJAMIN, Walter. Para a crítica da violência. In: **Escritos sobre mito e linguagem**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2013.

BENTIVOGLIO, Julio. A história conceitual de Reinhart Koselleck. **Dimensões**, vol. 24, 2010, p. 114-134.p.123.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 3a. Edição. Rio de Janeiro, Paz e Terra.

CARVALHO, José Murilo de. **Forças armadas e política no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2019.

CONSTANT, Benjamin. **Curso de política constitucional**. Tomo primero. Madri:Imprenta de la compañía, 1820.

CONSTANT, Benjamin. Da força do governo atual da França e da necessidade de apoiá-lo. **Revista de História da USP**, São Paulo, Nº 145, 2º semestre de 2002, p. 181-230.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política** no. 2, 1985.

CONSTANT, Benjamin. Das reações políticas. **Revista de História da USP**, São Paulo, Nº 146, 1º semestre de 2002, p. 71-121.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; SANTOS, Juliana Teichman dos. **Direito administrativo "privado".** Belo Horizonte: Arraes editores, 2020.

DERRIDA, Jacques. **A besta e o soberano (seminários), vol I (2001-2002)**. Rio de Janeiro: Via verita, 2016.

DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão**. São Paulo: Iluminuras, 1997.

DERRIDA, Jacques. História da mentira: prolegômenos. Trad. Jean Briant. **Estudos avançados**, v. 10, n. 27, 1996, pp. 7-39.

DERRIDA, Jacques. **Políticas de la amistad: seguido de oído de Heidegger**. Madri: Trotta, 1998.

DERRRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2013.

GÓES E VASCONCELLOS, Zacharias de. **Da natureza e limites do Poder Moderador.** Brasília: Senado Federal, 1978.

GUANDALINI Jr., Walter. **História do Direito Administrativo Brasileiro - Formação (1821-1895).** Curitiba: Juruá, 2016.

JASMIN, Marcelo Gantus. História dos Conceitos e Teoria Política e Social: referências preliminares. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** - vol. 20, nº 57, fevereiro/2005, p. 27-38.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos**. Trad. Wilma Patrícia Maas. Rio de Janeiro: Ed. Puc-Rio, 2006.

LEITÃO DE CARVALHO, Estevão. **Dever militar e política partidária**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O Momento monarquiano: o poder moderador e o pensamento político imperial**. Tese de Doutorado em Ciência Política. IUPERJ, Rio de Janeiro, 2007.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Trad. Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

NEVES, Lúcia Bastos Pereira das. **Corcundas e constitucionais: a cultura política da Independência do Brasil (1820-1822)**. RJ: FAPERJ/REVAN, 2003.

OLIVEIRA, Josemar Machado. O *Juste Mileu:* Benjamin Constant e a defesa do regime político moderado. **Revista Ágora**, Vitória, n.13, 2011, p. 1-16.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. São Paulo: Edipro, 2011.

RANCIÉRE, Jacques. **Ó ódio à democracia**. São Paulo: Boitempo editora, 2014.

RANGEL, Arthur Nadú. **O poder moderador no Estado brasileiro**.2018. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.196p.

RICUPERO, Bernardo. Da formação à forma. Ainda as "idéias fora do lugar", **Lua Nova**, São Paulo, 73: 59-69, 2008.

SOUSA, Paulino José Soares. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

STARLING, Heloisa, SCHWARCZ, Lilia**. Brasil: uma biografia.** São Paulo: Companhia das letras, 2015.

VIANA, Hélio. **Dom Pedro I jornalista.** São Paulo, Melhoramentos, 1967.

Submissão em 30/09/2020 / Aceito em 30/11/2020

Revista da Faculdade Mineira de Direito | V.23 N.46 |
Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea

A DESENCRIPTAÇÃO DO PODER PELOS PROCESSOS ESTRUTURAIS: uma análise da experiência sul-africana

THE DECRYPTION OF POWER BY STRUCTURAL LITIGATION: an analysis of the south african experience

Matheus Casimiro Gomes Serafim[1]
Universidade Federal do Ceará (UFC)
Felipe Braga Albuquerque[2]
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Resumo:
Analisa-se o papel que os processos estruturais podem desempenhar na desencriptação do poder, a partir da experiência sul-africana nesses processos. O discurso tradicional do constitucionalismo liberal cria um simulacro de democracia, no qual o povo está oculto e excluído dos principais fóruns deliberativos. Investiga-se se os processos estruturais podem ser instrumentos de desestabilização do *status quo* e desencriptação do poder, abrindo ao povo instituições que falham em cumprir com os seus deveres constitucionais. Como metodologia, além da análise bibliográfica, realiza-se o estudo de dois casos paradigmáticos para os processos estruturais na África do Sul: *Olivia Road* e *Joe Slovo*. Com base nesse estudo, constata-se que a participação pública nos processos estruturais é um importante instrumento de desencriptação do poder, possuindo não só um valor intrínseco, mas também aprimorando a qualidade das deliberações públicas sobre problemas estruturais.
Palavras-chave: Desencriptação do poder. Processos Estruturais. Participação Pública. Experimentalismo Democrático. África do Sul.

Abstract:
This paper analyzes the role that structural litigation can play in the decryption of power, based on the South African experience in this type of litigation. The traditional discourse of liberal constitutionalism creates a simulacrum of democracy, in which the people are hidden and excluded from the main deliberative forums. It investigates whether structural litigations can be instruments for destabilizing the status quo and decrypting power, opening to the people institutions that fail to comply with their constitutional duties. As a methodology, in addition to the bibliographic analysis, two paradigmatic cases for structural litigation in South Africa are studied: Olivia Road and Joe Slovo. Based on this study, it appears that public participation in structural litigation is an important tool for decrypting power, having not only an intrinsic value, but also improving the quality of public deliberations on structural problems.
Keywords: Decryption of power. Structural Litigation. Public Participation. Democratic Experimentalism. South Africa.

1 INTRODUÇÃO

O discurso do constitucionalismo liberal afirma que a fonte de legitimidade do poder político, e da própria Constituição, é o povo. Os direitos e garantias fundamentais, previstos

[1] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC), com área de concentração em Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico. Pós-graduando *lato sensu* em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Graduado em Direito pela UFC. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3963-3783

[2] Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (UFC), onde leciona na Graduação e na Pós-Grauduação stricto sensu da Faculdade de Direito. Pós-doutorando em Saúde Coletiva pela UFC. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre e graduado em Direito pela UNIFOR. Orcid: http://orcid.org/0000-0002-7192-8186

pelo texto constitucional, existem para assegurar as liberdades individuais, coletivas, e, principalmente, as condições de existência do regime democrático. Na Democracia Constitucional, a soberania ainda é titularizada pelo povo, mas exercida em prol deste pelos órgãos estatais, cujas atribuições são definidas e limitadas pelos dispositivos constitucionais.

A narrativa apresentada, no entanto, tem um caráter mais mítico e simbólico do que descritivo da realidade. Na prática, a ordem jurídica constitucional tem permitido a encriptação do poder pelo Direito: os atores políticos hegemônicos, que conseguem dominar o repertório jurídico, reduzem as relações socias às formas jurídicas, excluindo o povo das principais deliberações públicas. Em vez de titular da soberania, o povo é ocultado, perdendo seu espaço para uma minoria que domina os fóruns de decisão.

O presente trabalho defende que uma das formas de reverter esse cenário, e promover a desencriptação do poder, são os processos estruturais participativos, realizados sob a ótica do experimentalismo democrático. Nessa perspectiva, os direitos socioeconômicos devem ser encarados como verdadeiros instrumentos de fortalecimento da democracia participativa e, quando são vistos assim, abrem as instituições públicas ao controle e à participação popular. Foi com base nessa visão que a Corte Constitucional da África do Sul contribuiu, por meio dos litígios estruturais, com a desencriptação do poder e com o fortalecimento da democracia participativa no país. Portanto, o estudo da experiência sul-africana é fundamental para compreender como esses litígios podem auxiliar na reinclusão do povo oculto no debate político.

Para realizar essa pesquisa, utiliza-se como metodologia o estudo bibliográfico das principais obras sobre o tema, em especial os trabalhos de Sanín Restrepo e Gabriel Hincapié, que tratam do conceito de encriptação do poder, e de Mangabeira Unger, que desenvolveu a ideia de *destabilization rights*. Além disso, são estudados alguns casos de litígios estruturais sul-africanos, em especial os casos *Olivia Road* e *Joe Slovo*, que ilustram bem como os esses processos podem contribuir com a desencriptação do poder.

2 A ENCRIPTAÇÃO DO PODER E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS: A ABERTURA DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS À PARTICIPAÇÃO POPULAR

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se uma ampla positivação de direitos fundamentais nas novas Constituições (BEATTY, 2014, p. 2016), as quais incluíram matérias que até então não eram consideradas tipicamente constitucionais. Além disso, os direitos sociais e coletivos ganharam maior relevância, retomando a tendência iniciada pela

Constituição mexicana, de 1917, e pela Constituição de Weimar, de 1919 (DELGADO; PORTO, 2019, p. 8).

Juntamente a esse processo, teve início o estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual vincula a atuação estatal nas mais diversas áreas, impondo ao Estado o dever de atuar, constantemente, em prol da efetivação desses direitos (NASCIMENTO, 2016, p. 68). Assim, os direitos fundamentais não são mais vistos apenas como escudos que protegem o cidadão contra intervenções estatais, mas como diretrizes que devem nortear toda atuação do Estado.

Apesar disso, a previsão constitucional de um extenso rol de direitos não foi suficiente para assegurar a sua efetivação, tendo um caráter predominantemente simbólico. Segundo Neves (1996, p. 325), toda Constituição possui uma dimensão simbólica, destinada a influenciar o imaginário social, consagrando valores relevantes para a sociedade, e também uma dimensão instrumental, a qual intenta conformar, efetivamente, a realidade política e social subjacente. O verdadeiro problema não é a existência dessa dupla dimensão, mas a subordinação da primeira em face a segunda.

Quando o Estado ignora as vinculações estabelecidas pelas dimensões objetiva dos direitos fundamentais, surgem as omissões políticas. Essas omissões não implicam em um vácuo normativo, isto é, não se trata de completa ausência de normas infraconstitucionais destinadas à efetivação dos direitos fundamentais. Em alguns casos, pode existir ampla diversidade normativa tratando sobre determinado tema e, mesmo assim, existir uma grave omissão política. Em virtude disso, essas omissões podem ser compreendidas como a falta de políticas públicas necessárias à proteção de direitos constitucionalmente assegurados, ocasionando-lhes profundas e reiteradas violações por parte do Poder Público (MARMELSTEIN, 2015, p. 25).

Tendo em vista as omissões políticas, os segmentos populacionais por elas afetados acabam recorrendo ao Judiciário, com o intuito de obter uma solução para a inércia estatal (FERRAZ, 2014, p. 121). Surgem, assim, os chamados processos estruturais, destinados a solucionar litígios complexos, que envolvem múltiplos interesses. Para alcançar esse objetivo, busca-se modificar a estrutura de determinadas instituições, geralmente públicas. Questões típicas de processos estruturais envolvem diversos valores da sociedade, de tal forma que não só há vários interesses concorrentes em jogo (SALAZAR; MEIRELES, 2017, p. 32), mas também há a possibilidade de que as esferas jurídicas de terceiros, os quais não integram o conflito, sejam afetadas pela decisão judicial (ARENHART, 2017, p. 423-424).

Os processos estruturais têm como ponto de partida a sistemática violação aos direitos fundamentais, mas o objetivo não é apenas reparar os danos já ocasionados, e sim promover uma readequação das políticas públicas responsáveis por efetivar os direitos violados ou reorganizar estruturalmente as instituições responsáveis por realizá-las (VITORELLI, 2015, p. 564). Sintetizando essas características, Vitorelli explica (2017, p. 372):

> Em resumo, litígios estruturais, para os efeitos do presente estudo, são aqueles que envolvem conflitos multipolares, de elevada complexidade, cujo objetivo é promover valores públicos pela via jurisdicional, mediante transformação de uma instituição pública ou privada. Há necessidade de reorganização de toda uma instituição, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes, para que ela passe a cumprir sua função de acordo com o valor afirmado pela decisão.

Os processos estruturais podem ser utilizados para modificar a organização de instituições públicas e privadas (GALDINO, 2020, p. 62). Para os fins deste trabalho, são considerados apenas os processos estruturais de interesse público, isto é, aqueles destinados a modificar a burocracia das instituições públicas e privadas responsáveis pela realização de políticas públicas.

2.1 As chaves de acesso para as políticas públicas: os remédios estruturais

Para solucionar os processos estruturais, o Judiciário, vários países, tem desenvolvido remédios estruturais que viabilizam a intervenção judicial no âmbito de atuação dos poderes políticos, no intuito de sanar as omissões estatais. É importante ressaltar que esse modelo decisório não se confunde com o conceito de medidas estruturantes[3], defendidas por Jobim (2013, *passim*). Na verdade, as medidas referidas pelo autor são as *structural injunctions*, espécie de sentença estrutural utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos desde o julgamento do caso *Brown v. Board of Education* (FISS, 2017, p. 583), em 1954.

Já o conceito de remédios estruturais é mais amplo. São decisões cuja finalidade é viabilizar a intervenção judicial no âmbito das políticas públicas, conduzindo a uma reformulação da atuação estatal e, geralmente, a uma reestruturação das instituições responsáveis pela prestação de serviços públicos, com o objetivo de reorganizá-las

[3] Por meio das medidas estruturantes, o Judiciário fixa uma série de determinações para os poderes políticos, com o intuito de reorganizar estruturalmente instituições públicas e privadas. Há, nesses casos, uma intervenção maior das instâncias judicias, que determinam, em boa parte, como o Poder Público deve solucionar a questão. Como esclarece Fiss, para defender a Constituição nos casos de omissões políticas, o juiz decide reformar a estrutura interna da organização pública e utilizar a *injunction* como instrumento primário para efetuar e administrar essa reconstrução (FISS, 2017, p. 583).

burocraticamente e, consequentemente, promover a efetivação dos direitos fundamentais dos grupos sociais afetados pela deficiente atuação estatal (COTA; NUNES, 2018, p. 244). O ponto diferencial é que o Judiciário, ao proferir uma decisão estrutural, não necessariamente irá determinar, precisamente, como o problema deve ser solucionado. A forma como as instâncias judiciais intervêm no âmbito das políticas públicas é o que diferencia os vários tipos de remédios estruturais (LANDAU, 2012, p. 235-236), como as *structural injunctions*, o Estado de Coisas Inconstitucional e o Compromisso Significativo. Assim, as decisões estruturais funcionam como verdadeiras chaves de acesso, abrindo as portas das políticas públicas para o Judiciário.

Os remédios estruturais, contudo, também possuem efeitos colaterais. Costuma-se apontar dois riscos principais relacionados à sua utilização: a incompetência técnica do Judiciário em intervir na formulação de políticas públicas; e, em segundo lugar, a falta de legitimidades das instâncias judiciais em modificar as decisões tomadas pelos setores políticos, os quais possuem a legitimidade de investidura (VITORELLI, 2017, p. 372).

Tentando classificar os remédios estruturais com base no grau de intervenção do Judiciário, bem como no diálogo desse Poder com o Executivo, o Legislativo e os segmentos populacionais afetados, o trabalho utiliza como base os três principais modelos que fundamentam os provimentos estruturais: o *strong-form review*, o *weak-form review* e o *democratic experimentalism*. Antes de analisá-las individualmente, é importante ter em mente que esses três modelos são tipos ideais weberianos, ou seja, não são encontradas de forma pura na realidade.

No *strong-form review*, a chance de uma intervenção jurisdicional ineficiente e violadora da separação de poderes é consideravelmente maior. Isso porque, nesse modelo, o Judiciário dá a última palavra sobre a solução das omissões estatais (TUSHNET, 2008, p. 21), influenciando diretamente na formulação de políticas públicas. Dessa maneira, o órgão judicial responsável pela questão acaba atuando de forma solipsista, determinando, em grande parte, como o Poder Público deve agir.

Em contrapartida, no *weak-form review* busca-se a construção de um diálogo institucional entre os setores políticos e o Judiciário, com o intuito de retirar deste Poder o monopólio sobre a interpretação dos dispositivos constitucionais envolvidos no litígio (RAY, 2016, p. 24). Consequentemente, as instâncias judiciais respeitam as funções típicas da Administração Pública e não intentam formular, unilateralmente, as medidas que devem ser adotadas para a superação das omissões políticas.

Por fim, tem-se o experimentalismo democrático, defendido por Sabel e Simon (2004, p. 1019) como um desdobramento do *weak-form review*. Atuando sob esse paradigma, além de um permanente diálogo entre o Judiciário e os poderes políticos, as Cortes abrem a discussão para os segmentos populacionais afetados pela inércia estatal, promovendo a inclusão desses grupos no processo deliberativo de superação das omissões políticas. Assim, a sua característica distintiva é a grande abertura à participação do segmento populacional afetado pela omissão e de instituições públicas e privados interessadas na demanda estrutural.

Ciente dos três principais paradigmas que orientam a utilização dos remédios estruturais, resta saber qual o mais adequado para contribuir com a desencriptação do poder.

2.2 A encriptação do poder e os direitos de desestabilização

A teoria da encriptação do poder, ainda pouca estudada no meio jurídico brasileiro, tem grande potencial para contribuir com a reflexão sobre qual o papel da participação pública nos processos estruturais e como os direitos socioeconômicos podem ser utilizados como instrumentos de fortalecimento da democracia e enfraquecimento do *status quo*.

O processo de encriptação pode ser definido como a gradual desarticulação política da democracia, com a redução de todos os conflitos sociais às formas jurídicas, que podem ser manipuladas linguisticamente (CLARK; LIMA, 2016, p. 8). Como consequência, o povo perde a sua capacidade de discutir, politicamente, como os conflitos que vivencia devem ser solucionados (MCDONALD, 2020, p. 59). Esses conflitos são apresentados nos moldes escolhidos pelos poderes hegemônicos na sociedade, e o resultado é uma democracia simulada, que privilegia o poder econômico e político já estabelecido (HARDT; NEGRI, 2010, p. 220).

A realidade hipercomplexa e multifacetada das sociedades contemporâneas, contudo, não pode ser encaixada, em sua totalidade, em tipificações estáticas. Por essa razão, a tentativa de reduzir as tensões sociais a conceitos jurídicos fixos tende ao fracasso, e “Tal fato ocorre porque os conceitos não são capazes de conter, de forma plena, a essência das coisas.” (SILVA, 2018, p. 55). Ainda assim, o recurso à linguagem jurídica complexa se torna o instrumento da encriptação. Portanto, a encriptação do poder pela Constituição tem como tarefa eliminar o caráter político dos conflitos sociais, conduzindo-os ao campo exclusivamente jurídico, e possibilitando que a classe dominante, controladora das formalidades e técnicas jurídicas, retenha o real poder político (MARTÍNEZ, 2015, p. 2).

Esclarecendo essa afirmação, Hincapié e Restrepo, (2012, p. 119) explicam que o Direito, ao funcionar como instrumento de dominação do poder econômico, possui, em sua estrutura, uma parte transparente e acessível, e uma parte encriptada. A parte transparente, de caráter eminentemente simbólico, é composta pelos dispositivos constitucionais que preveem direitos e garantias fundamentais, assegurados como universais e acessíveis a todos (HINCAPIÉ; RESTREPO, 2012, p. 110-111). A sua finalidade, no entanto, não é produzir efeitos concretos e alterar as relações sociais, sendo neutralizada pela próprio Direito, cuja outra parte, que costuma estar invisível, é responsável pela encriptação do poder. Explicando o fenômeno, Silva (2018, p. 66) afirma que:

> Essa neutralização se dá pela parte "encriptada" da constituição, que se vale da linguagem técnico-jurídica, cujo domínio pertence tão somente aos operadores do Direito, os direitos e garantias dispostos na parte transparente e os restringe a um grupo pequeno de sujeitos, cujo reconhecimento como sujeito de direito possa, pontualmente, interessar ao poder econômico global.

Dessa forma, a encriptação afasta a realidade jurídica e social dos saberes comuns, mais acessíveis ao povo, e torna o domínio dessa realidade uma exclusividade dos técnicos jurídicos. A consequência direta desse fenômeno é o esvaziamento da participação popular no processo de tomada de decisões públicas, as quais são cada vez mais realizadas em ambientes restritos, de pouca transparência e de difícil acesso ao cidadão comum (RESTREPO, 2014, p. 207). O debate político seria controlado pelos atores hegemônicos, enquanto o povo oculto, o real detentor da soberania, e que deveria ser o fundamento de legitimidade das instituições democráticas, é excluído do diálogo político (RESTREPO, 2012, p. 37).

Diante desse cenário, Hincapié e Restrepo (2012, p. 112-113) mostram que a encriptação do poder cria um simulacro da democracia, ou seja, um sistema político falsamente democrático, que reconhece direito fundamentais, mas, simultaneamente, nega-os de forma parcial ou total, em razão da instrumentalidade do Direito pelo poder constituído. A solução para o problema é o processo de desencriptação, isto é, reverter a exclusão da população, incluindo-a no exercício do poder político (RESTREPO, 2014, p. 207-208). E para viabilizar, concretamente, a participação popular, é necessário viabilizar a "(...) (re)criação das esferas públicas, dotadas de ampla liberdade para as manifestações de opinião, e permitindo aos participantes do discurso a igualdade de condições" (MARIANO, 2010, p. 134).

Mas como os processos estruturais podem contribuir para o processo de desencriptação? Isso é possível porque, nas demandas estruturais, os direitos socioeconômicos desempenham o papel de desestabilização do *status quo*, abrindo instituições que falham em

cumprir com os seus deveres constitucionais. Unger (1987, p. 530-531) apresenta o conceito de *destabilization rights*, os quais podem ser compreendidos como chaves de acesso às instituições públicas que, cronicamente, falham em cumprir suas obrigações, e que estão relativamente isoladas do controle político popular. Complementando essa definição, o autor afirma (1987, p. 530):

> Direitos de desestabilização protegem o interesse do cidadão em abrir as organizações de grande escala ou as amplas áreas de prática social que permanecem fechadas aos efeitos desestabilizadores de conflitos comuns e, desse modo, sustentam hierarquias isoladas de poder e privilégios. A combinação de direitos de imunidade com direitos de desestabilização dá expressão jurídica ao mecanismo institucional central de todo o plano constitucional. O direito à desestabilização vincula o interesse coletivo em garantir que todas as instituições e práticas possam ser criticadas e revisadas, em prol do interesse individual de evitar a opressão[4]. (tradução nossa)

A ideia de *destabilization rigths* contribui significativamente com os processos estruturais, especialmente quando esses litígios são observados pela ótica do experimentalismo democrático. No modelo experimentalista, as Cortes abandonam o seu papel tradicional de última instância decisória sobre o sentindo da Constituição, procurando estimular processos dialógicos com o Legislativo, com o Executivo e com os segmentos sociais afetados pela atuação estatal (LIEBENBERG; YOUNG, 2014, p. 237).

Analisando as vantagens do experimentalismo para a efetivação dos direitos socioeconômicos, Sabel e Simon (2004, p. 1067-1072) apontam três características distintivas desse modelo: primeiro, a negociação entre as partes integrantes do litígio, que deve ocorrer de boa-fé e pode ser guiada por um mediador; segundo, o plano oriundo da negociação é provisório, e pode ser modificado e revisado com a contínua participação dos interessados; o terceiro elemento é a transparência, ou seja, o Poder Público deve fornecer as informações necessárias à participação grupos sociais envolvidos, bem como apresentar, publicamente, os seus argumentos em prol das políticas que deseja realizar.

Assim, os processos estruturais, quando utilizados conforme a perspectiva experimentalista, expõem as instituições públicas à avaliação popular; viabilizam a participação dos segmentos sociais afetados na construção de políticas públicas; e reforçam a

[4] Destabilization rights protect the citizen's interest in breaking open the large-scale organizations or the extended areas of social practice that remain closed to the destabilizing effects of ordinary conflict and thereby sustain insulated hierarchies of power and advantage. The combination of immunity rights with destabilization rights gives legal expression to the central institutional mechanism of the whole constitutional plan. The destabilization entitlement ties the collective interest in ensuring that all institutions and practices can be criticized and revised to the individual interest in avoiding oppression.

responsabilidade dos setores políticos em face dos cidadãos, já que o Poder Público deverá justificar as suas escolhas para os grupos afetados por suas decisões.

No próximo tópico, será possível ver como as promessas do experimentalismo podem ser realizadas na prática, e como os processos estruturais colaboraram com a desencriptação do poder na África do Sul.

3 OS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS COMO INSTRUMENTOS DE FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA SUL-AFRICANA

David Landau, analisando a eficiência das intervenções judiciais em prol da efetivação de direitos socioeconômicos, aponta a importância de estudar a experiência sul-africana. Em sua opinião, a atuação da Corte Constitucional do país é um exemplo do que não deve ser feito em matéria de processos estruturais (2012, p. 192). O autor argumenta que os remédios estruturais dialógicos não são capazes de obter bons resultados, falhando em proteger os segmentos sociais mais carentes e marginalizados. Para Landau (2012, p. 245-246), a solução é uma intervenção mais firme por parte do Judiciário.

O propósito deste tópico é mostrar porque afirmações como as de Landau estão equivocadas. De fato, é fundamental o estudo da experiência sul-africana em litígios estruturais, já que este país adotou um modelo de remédios estruturais dialógicos. Mas as conclusões de Landau se baseiam principalmente no caso *Grootboom*[5], deixando de lado outros importantes julgados posteriores. A evolução jurisprudencial da Corte Constitucional sul-africana mostra não só que decisões estruturais dialógicas podem ser eficientes, mas, principalmente, demonstra como esse tipo de remédio pode contribuir para a desencriptação do poder em sociedades marcadas pela segregação e pela desigualdade social.

3.1 O constitucionalismo transformador na era pós-apartheid

Em 1996, foi promulgada a nova Constituição da África do Sul, encerrando mais de 40 anos do regime de apartheid e instaurando um sistema democrático no país. O texto constitucional assumiu um claro compromisso com a transformação social, com a democracia,

[5] Caso emblemático da África do Sul, no qual uma comunidade de 900 pessoas foi expulsa de uma propriedade privada, ficando sem moradia fixa e sendo obrigada a se instalar em alojamentos improvisados. O caso foi levado à Corte Constitucional, a qual determinou que o Poder Público deveria criar e implementar, conforme os recursos disponíveis, um programa destinado a efetivar o direito ao acesso à moradia adequada, capaz de providenciar socorro para aqueles que estariam vivendo em condições deploráveis (WESSON, 2004, *passim*).

com a igualdade, com a promoção dos direitos fundamentais e com a proteção da população marginalizada. E não poderia ser diferente, tendo em vista a herança social e econômica deixada pela política de segregação racial.

O apartheid foi a maior fonte de desigualdade social e econômica na África do Sul, deixando o país com péssimos indicadores sociais em questões como acesso à moradia, à saúde e à educação (NTLAMA, 2003, p. 11-12). Castelo Branco (2003, p. 227) traduz essa afirmação em números, mostrando que no início da década de 1990: o déficit habitacional no país era de 1.3 milhões; 12 milhões de pessoas não tinham acesso à água potável e 21 milhões sequer dispunham de saneamento básico; só 36% das casas sul-africanas tinham energia elétrica, enquanto 19 mil escolas e 4 mil clínicas não tinham eletricidade. Assim, o novo texto constitucional apresenta um expressivo rol de direitos fundamentais de natureza socioeconômica que, em manifestação típica do constitucionalismo de transição, destinam-se a modificar profundamente a realidade social do país (KLARE, 1998, p. 146).

A positivação de direitos socioeconômicos na nova Constituição revela o comprometimento com o chamado *transformative constitucionalism*. Segundo Klare (1998, p. 150), o conceito de constitucionalismo transformador pode ser compreendido como um projeto de longo prazo, no qual as instituições públicas de um país têm o dever constitucional de transformar a realidade política e social, fazendo com que as relações de poder sejam mais democráticas, participativas e igualitárias. Dessa forma, o texto constitucional olha tanto para o passado, quanto para o futuro (SWANEPOEL, 2017, p. 1). Olha para o passado, já que pretende transformar uma realidade histórica de desigualdades sociais. E olha para o futuro, fixando as diretrizes e os valores que devem nortear o Estado na construção de uma sociedade mais justa. No contexto sul-africano, a promessa do constitucionalismo transformador não pode ser alcançada enquanto a maioria da população continuar sem acesso às condições econômicas e sociais mínimas (PIETERSE, 2005, p. 156).

Portanto, na Constituição do país, os direitos socioeconômicos são estruturados de uma forma que reflete o compromisso do processo democrático a reparar as injustiças que o apartheid criou, apontando para a prominência do Legislativo e do Executivo na efetivação dessa transformação (RAY, 2016, p. 39). Há um claro comprometimento com a desencriptação do poder, incluindo a maioria da população, até então marginalizada, em relevantes questões políticas, sociais e econômicas. Apesar do protagonismo na realização desse projeto caber aos poderes políticos, a Corte Constitucional detém um papel supervisor fundamental, a fim de assegurar que as garantias constitucionais sejam observadas (JIUN WEH; CHANG, 2009, p. 172-173).

No julgamento de processos estruturais, a Corte, ainda que tenha variado ao longo do tempo a sua abordagem quanto aos direitos socioeconômicos, possui um perfil claro quanto aos limites de intervenção no âmbito das políticas públicas. Sempre esteve mais confortável promovendo a eficácia desses direitos de forma dialógica, apontando a inconstitucionalidade de atuações do Poder Público sem, todavia, determinar unilateralmente o conteúdo das políticas públicas que devem ser realizadas (RAY, 2016, p. 43-43). É por isso que Roux (2005, p. 76-77), analisando a relação entre a Corte e os setores políticos, afirma que o Tribunal foi bem-sucedido em intervir em uma das áreas mais sacrossantas do setor político: a formulação de políticas públicas. Ainda que não seja uma tarefa fácil, a Corte conseguiu ser eficiente em promover os direitos sociais, respeitando as competências típicas da Administração Pública (GOLDSTONE, 2006, p. 4).

Tentando compreender a atuação da Corte em litígios que envolvem direitos socioeconômicos, Wilson e Dugard (2011, p. 35-36) dividem os casos a ela submetidos em dois grupos, os quais chamam de primeira e segunda onda de litígios sociais. Ao julgar os casos da primeira onda, a Corte enfrentou a tarefa de estabelecer um paradigma interpretativo que possibilitasse a efetivação dos direitos socioeconômicos, enquanto mantivesse a sua estabilidade institucional (WILSON; DUGARD, 2011, p. 37). Já os casos da segunda onda consolidam o processo de proceduralização: a Corte foca mais em promover a democracia participativa por meio dos litígios que tratem de direitos sociais (RAY, 2016, p. 107), incluindo os segmentos populacionais afetados pelas omissões políticas no processo de formulação de políticas públicas. É nessa segunda fase que a Corte desenvolve o Compromisso Significativo, sentença estrutural dialógica que inclui os segmentos populacionais afetados na resolução do litígio.

É exatamente a segunda onda, negligenciada por Landau, que apresenta o maior potencial de desencriptação do poder, tendo em vista a ênfase cada vez maior na participação dos grupos sociais afetados pelas omissões políticas. O fundamento desse aprofundamento na proceduralização decorre de como os direitos socias são compreendidos na África do Sul. Na perspectiva sul-africana, esses direitos são considerados instrumentos essenciais para fortalecer a democracia, permitindo que os cidadãos pressionem o governo por meio dos litígios judiciais (RAY, 2011, p. 107). Essa concepção fica clara em alguns julgados da Corte Constitucional, como no caso *Mazibuko v. City of Johannesburg*, em 2009. Na ocasião, a juíza Kate O'Regan, responsável pela redação da decisão unânime, explicou:

> Dessa forma, os direitos sociais e econômicos inseridos em nossa Constituição podem contribuir para aprofundar a democracia. Eles permitem que os cidadãos mantenham o governo responsável não apenas através das urnas, mas também, de maneira diferente, através de litígios judiciais[6]. (tradução nossa)

Portanto, o direito à participação é um importante componente na democracia sul-africana, especialmente considerando o fato de que a maioria da população era antes excluída da deliberação pública (AUGUS, 2018, p. 9). Holmes (2011, p. 1) argumenta que se um Estado pretende, de fato, promover a democracia participativa, precisa permitir que os cidadãos se envolvam ativamente no processo de tomada de decisões públicas. Por essas razões, Chenwi (2014, p. 178) afirma que o Compromisso Significativo está no coração da democracia participativa e tem grande potencial para promovê-la.

3.2 Democratizando os processos estruturais: o Compromisso Significativo

A Corte utilizou o Compromisso Significativo pela primeira vez no caso *Olivia Road*, julgado em 2009. O caso teve início quando a cidade de Johanesburgo ajuizou uma ação no Tribunal Regional de *Witwatersrand*[7], solicitando a autorização judicial para despejar mais 400 residentes de prédios que seriam reestruturados. O Tribunal Regional rejeitou o pedido de despejo do governo municipal, determinando que a cidade violou a seção 26 da Constituição, que assegura o direito à moradia, já que pretendia despejar os moradores sem providenciar abrigos alternativos (ÁFRICA DO SUL, 2008, p. 3). Após a decisão, o governo municipal apelou para a Suprema Corte de Apelação (SCA), que reverteu a decisão do Tribunal Regional e concluiu que os despejos eram autorizados pela Constituição. Em prol dos residentes, a SCA apenas determinou que a cidade tinha o dever de providenciar abrigo para aqueles que perdessem a sua residência (ÁFRICA DO SUL, 2008, p. 2).

Recorrendo da decisão proferida pela SCA, os residentes conseguiram levar a ação até a Corte Constitucional, que aceitou o caso em maio de 2007. No dia 30 de agosto de 2007, a Corte expediu a primeira ordem para que um Compromisso Significativo fosse realizado entre as partes envolvidas no litígio. A decisão, redigida pelo juiz Zakeria Yacoob, determinou que:

---

[6] *In this way, the social and economic rights entrenched in our Constitution may contribute to the deepening of democracy. They enable citizens to hold government accountable not only through the ballot box but also, in a different way, through litigation (ÁFRICA DO SUL, 2009. p. 35).*

[7] Os Tribunais Superiores (High Courts) ocupam a segunda instância judicial da África do Sul, com jurisdição em uma área delimitada geograficamente. Já o Supremo Tribunal de Apelação (Supreme Court of Appeal) equivale ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil. Localizado em Bloemfontein, a SCA é a última instância para discussões acerca de matérias infraconstitucionais, cujas decisões serão vinculantes para todos os tribunais inferiores (SAMPAIO, 2016, p. 87).

> A cidade de Joanesburgo e os demandantes devem estabelecer entre si um compromisso significativo assim que possível, em um esforço para resolver as diferenças e dificuldades expostas nesta ação à luz dos valores da Constituição, dos deveres constitucionais e estatutários do município e dos direitos e deveres dos cidadãos em questão[8] (tradução nossa).

Após dialogarem por alguns meses, as partes chegaram a um acordo parcial. Dentre outras determinações, o governo municipal concordou em não realizar o despejo e tomar medidas que melhorassem os prédios e a vida dos seus moradores, como limpeza da área residencial, acesso à água e saneamento básico (LIEBENBERG, 2012, p. 15). Além disso, a cidade aceitou reformar vários outros prédios localizados na periferia, fornecendo serviços públicos essenciais para os moradores da região, além de limitar quaisquer taxas de aluguel para não mais de 25% da renda mensal dos ocupantes. Por fim, o governo municipal aceitou continuar o diálogo em longo prazo, buscando soluções para os problemas de moradia (SOUZA NETO, 2018, p. 110). Após o processo de diálogo e a formulação de um acordo, as partes retornaram à Corte, que aprovou o plano desenvolvido. Além disso, a Corte elencou 4 características que devem acompanhar o Compromisso Significativo.

Primeiro, o Compromisso deve seguir um padrão de razoabilidade, sendo flexível e adaptável aos contextos específicos de cada caso (LIEBENBERG, 2012, p. 16). Cada litígio estrutural exige uma solução específica, e o contexto deve ser levando em consideração em cada Compromisso realizado.

Segundo, sempre que uma política pública de larga escala, como um plano de regeneração urbana, puder afetar negativamente algum segmento populacional, a municipalidade deve realizar o Compromisso logo no início do planejamento, isto é, o diálogo com os cidadãos afetados não deve iniciar apenas na instância judicial, mas na própria etapa de planejamento da política pública. Dessa forma, os grupos afetados se tornam mais do que passivos recipientes de direitos, para serem participantes ativos que ajudam a moldar as políticas públicas e as decisões que tem um impacto direto em suas vidas (MAHOMEDY, 2019, p. 23).

Terceiro, a Corte reconheceu a vulnerabilidade dos cidadãos afetados pelos despejos e a necessidade de representação especializada. Para lidar com essa desigualdade de poderes entre a população e o Poder Público, determinou que grupos da sociedade civil, atuantes na

[8] The City of Johannesburg and the applicants are required to engage with each other meaningfully and as soon as it is possible for them to do so, in an effort to resolve the differences and difficulties aired in this application in the light of the values of the Constitution, the constitutional and statutory duties of the municipality and the rights and duties of the citizens concerned (ÁFRICA DO SUL, 2008, p. 5).

defesa dos direitos fundamentais afetados, têm um importante papel constitucional a desempenhar. Os conhecimentos técnicos que esses grupos possuem é fundamental para que as negociações sejam bem-sucedidas (RAY, 2016, p. 122).

Por fim, a Corte determinou que o governo deve desenvolver e manter um arquivo público sobre cada Compromisso, para que o Judiciário possa, posteriormente, analisar não só o resultado das negociações, mas o próprio procedimento utilizado para promover o diálogo entre as partes. Enfatizou que o sigilo seria contraproducente para assegurar a eficiência do processo, ressaltando que esses registros permitiriam ao Judiciário avaliar se a municipalidade adotou todas as medidas necessárias para alcançar um acordo com os grupos afetados. No entendimento da Corte, a falha em realizar o Compromisso, independentemente de considerações substanciais quanto a política pública a ser desenvolvida pelo governo municipal, pode, por si só, ser razão suficiente para negar um pedido de despejo (ÁFRICA DO SUL, 2008, p. 14).

Portanto, utilizando essa sentença estrutural, a Corte Constitucional impõe obrigações indiretas sobre o Executivo, o qual se torna condicionado a modificar as políticas públicas que executa para atender o compromisso assumido com os setores da sociedade civil. Assim, forma-se não só um diálogo institucional entre Judiciário e Executivo, bem como há também uma interação entre essas instâncias e grupos da sociedade civil organizada, como ONGs, e, principalmente, os cidadãos afetados por essas políticas, o que contribui significativamente para democratizar os processos estruturais, visto que o segmento populacional afetado poderá interferir, diretamente, na formulação de políticas públicas.

Sintetizando as vantagens dessa sentença estrutural, Mahomedy (2019, p. 15-17) afirma que a sua utilização permite a inclusão das vozes marginalizadas no processo de superação das omissões políticas, aumenta a legitimidade do processo deliberativo, permite soluções mais adequadas e flexíveis, e soluciona o problema da separação de poderes e da capacidade técnica do Judiciário.

É importante destacar que o Compromisso Significativo não é uma simples consulta popular (CHENWI; TISSINGTON, 2010, p. 11-12). Ele ocorre quando a Administração Pública e a comunidade escutam-se mutuamente, com o intuito de alcançar um ponto comum. As comunidades envolvidas devem ser consideradas como partes integrantes do processo de construção das políticas públicas que serão adotadas, estando o Poder Público obrigado a executar o que pactuar com esses grupos. Por isso, os segmentos afetados se tornam mais do que passivos recipientes de direitos, sendo considerados participantes ativos que ajudam a

moldar as políticas públicas e as decisões que têm um direto impacto em suas vidas (LIEBENBERG, 2018, p. 627).

Um argumento comum contra a participação pública em fóruns deliberativos consiste na afirmação de que, quanto mais pessoas participarem do processo decisório, mais difícil e demorado ele será. Assim, seria possível utilizar um remédio estrutural em casos complexos, com muitos indivíduos atingidos? Não só seria possível, como já é feito pela Corte Constitucional sul-africana. O Compromisso Significativo contribui com a eficiência democrática não só em demandas estruturais que envolvem pequenos segmentos populacionais afetados por omissões políticas. No caso *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thubelisha Homes*, julgado em 2009, mais de 20.000 pessoas seriam removidas de suas residências, sem alternativas satisfatórias oferecidas pelo Poder Público (RAY, 2016, p. 119).

Ciente do impacto social que a remoção dessas pessoas causaria, a Corte determinou a realização de um Compromisso Significativo entre a população afetada, que seria auxiliada por instituições atuantes na defesa do direito fundamental à moradia, e o Poder Público municipal. Com o auxílio da Corte, que reteve a jurisdição sobre o caso e fixou metas a serem alcançadas pelo Poder Público, foi possível assegurar o diálogo entre o grupo social afetado e a cidade de *Western Cape* (ÁFRICA DO SUL, 2009, p. 3). Ao final do litígio, os cidadãos conseguiram que as reformas fossem implementadas sem a necessidade de remoção, que era exatamente a intenção original dos moradores (LIEBENBERG, 2012, p. 24-25).

Em resumo, essa sentença estrutural permite um diálogo entre as partes interessadas na superação da omissão, de tal forma que o segmento populacional afetado deverá participar de forma ativa na elaboração das políticas públicas pertinentes (PARDO, 2013, p. 187). Caberia ao Judiciário fixar metas e prazos, bem como fiscalizar a formulação do Compromisso Significativo, no entanto, a elaboração das políticas públicas ficaria à cargo do Poder Público, em constante diálogo com os grupos afetados.

4 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO PÚBLICA EM PROCESSOS ESTRUTURAIS

Segundo Gloppen (2005, p. 3-4), o sucesso dos processos estruturais depende de quatro fatores: a possibilidade de os grupos afetados terem voz e acesso ao Judiciário; a capacidade de resposta dos tribunais demandados, aceitando os litígios; a habilidade dos juízes para encontrar meios legais adequados para assegurar os direitos econômicos e sociais;

e o comprometimento das autoridades políticas com o cumprimento das decisões proferidas. Para a autora, é fundamental que haja uma maior participação da população afetada na superação da omissão política. Em um modelo de democracia deliberativa, as Cortes podem se tornar um ambiente institucionalizado para ouvir as vozes marginalizadas e chamar a atenção para os seus clamores (LIEBENBERG, 2012, p. 11). A argumentação em prol da participação pública pode se basear em valores intrínsecos e extrínsecos.

A participação possui um valor intrínseco, pois permite que determinados segmentos sociais, historicamente marginalizados e economicamente excluídos, possam ter expressão política e, efetivamente, influenciem o processo de tomada de decisões públicas (LIEBENBERG, 2018, p. 626). Para um aprofundamento da democracia, é preciso que os cidadãos possam atuar nas instituições públicas de seu país, influenciando a formulação de políticas públicas que afetam diretamente a sua comunidade (HELLER, 2009, p. 130-131). A própria Corte Constitucional sul-africana reconheceu, no julgamento do caso *Doctors for Life International*, a importância do direito à participação para os segmentos populacionais marginalizados:

> Hoje, é constitutivo de suas identidades como cidadãos que eles tenham não só a chance de falar, mas também tenham a garantia de que serão ouvidos. Isso seria de especial relevância para aqueles que, no momento, podem se sentir politicamente desfavorecidos porque carecem de ensino superior, acesso a recursos e fortes conexões políticas. O envolvimento do público fortalece, em vez de prejudicar, a democracia formal, respondendo e negando alguns de seus déficits funcionais[9]. (tradução nossa)

O valor intrínseco da participação em processos estruturais fica ainda mais claro quando se visualiza a sua importância para a desencriptação do poder. Como apresentado no primeiro tópico, a encriptação torna a interpretação da Constituição um privilégio exclusivo daqueles que possuem a técnica jurídica. O formalismo se torna um instrumento de marginalização e de exclusão social, afastando a população do debate público. A inversão dessa lógica de dominação perpassa, necessariamente, pela ampla participação popular nos diversos fóruns deliberativos (OSPINA; HINCAPIÉ, 2014, p. 10).

A vivência da experiência democrática amplia a capacidade das pessoas de transcenderam o seu contexto, afetando a visão que possuem de si mesmas, das suas

[9] It is constitutive of their dignity as citizens today that they not only have a chance to speak, but also enjoy the assurance they will be listened to. This would be of special relevance for those who may feel politically disadvantaged at present because they lack higher education, access to resources and strong political connections. Public involvement accordingly strengthens rather than undermines formal democracy, by responding to and negating some of its functional déficits (ÁFRICA DO SUL, 2006, p. 123-124).

necessidades e das suas possibilidades (KLARE, 2014, p. 15). Em uma democracia substancial, "O cidadão sai da posição inerte de espectador e de mero reivindicador de direitos e concretizações substanciais da democracia representativa, assumindo postura decisiva nas escolhas e na gestão públicas." (VASCONCELOS; THIBAU; OLIVEIRA, 2013, p. 71).

Além disso, é importante ressaltar que muitos processos estruturais decorrem da falta de diálogo entre o Executivo os segmentos sociais afetados pela sua atuação, já que esses grupos costumam ser vistos como pacientes, e não como atores ativos no processo de construção das políticas públicas. Assim, participação em remédios estruturais tenta romper o enclausuramento das instituições públicas, responsáveis por efetivar os direitos socioeconômicos. E é justamente esse o principal efeito dos *destabilization rights* (GREER; RAUSCHER, 2011, p. 222).

Mas também há razões instrumentais para se optar por esse diálogo entre Poder Público e cidadãos, fora do ambiente judicial. Primeiramente, há um importante ganho epistêmico na tomada de decisão pública (MAKABA, 2018, p. 10). Com a inclusão dos segmentos populacionais afetados, os gestores públicos podem analisar melhor o problema enfrentado, confrontando suas ideias com as opiniões e as necessidades daquelas pessoas diretamente afetadas pela política pública a ser implementada. Com mais pontos de vistas sendo considerados e debatidos, é possível alcançar uma solução mais adequada ao problema concreto (MAHOMEDY, 2019, p. 17). A participação popular, enquanto instrumento de manejo do dissenso nas deliberações judiciais, parece indispensável para que boas escolhas públicas sejam tomadas. Conforme afirmam Bittencourt e Reck (2018, p. 64), não se pode delegar essas "[...] difíceis escolhas a uma visão unilateral, solipsista, mas que sejam construídas comunicativamente, a partir do debate e da participação dos diversos atores.".

Em ambientes deliberativos, nos quais há uma pluralidade de ideias, cada indivíduo pode comunicar ao outro experiências e discernimentos que complementam os que o outro já possui, fazendo com que o grupo, como um todo, tenha um importante ganho epistêmico para fundamentar as decisões que serão tomadas (WALDRON, 2003, p. 143). Isso é ainda mais relevante em processos estruturais, já que em intervenções unilaterais, nas quais os grupos afetados não são ouvidos, é comum que as verdadeiras causas do problema não sejam enfrentadas, adotando-se medidas paliativas e temporárias.

Ariza apresenta bem esse problema, baseado na experiência colombiana de utilização do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI)[10] no sistema prisional do país. Segundo o autor (2013, p. 151), a falta de diálogo entre as instituições e com a população, juntamente com intervenções judiciais rígidas e unilaterais, pode comprometer a eficiência do processo estrutural, fazendo com que as medidas adotadas tenham caráter paliativo. Sem um diálogo adequado, especialmente com os grupos que viverão com as consequências do litígio estrutural, há uma grande chance da intervenção judicial produzir apenas medidas temporárias, que não tratam as verdadeiras causas do problema.

Segundo, há maior transparência na formulação de políticas públicas (CHENWI, 2009, p. 388), na medida em que o governo precisa justificar, publicamente, as escolhas que pretende realizar ao implementar uma política pública, ouvindo as necessidades dos grupos afetados (DAVIS, 2014, p. 208). Isso é importante tanto para que os cidadãos fiscalizem a ação estatal, como também para permitir uma intervenção judicial fundamentada, tendo em vista que o Judiciário saberá como ocorreu o processo de tomada de decisão e o que motivou as partes durante as negociações. A transparência é um dos elementos mais importantes do experimentalismo, permitindo que o *status quo* seja exposto e, por meio das pressões sociais, modificado (SABEL; SIMON, 2004, p. 1073)

Em terceiro lugar, e como consequência do ponto anterior, aumenta-se a legitimidade das decisões tomadas. Para interferir nas escolhas dos poderes políticos, sem violar o princípio da separação de poderes, o diálogo interinstitucional é imprescindível, não apenas em razão do anseio de produzir decisões mais bem fundamentadas e com maior chance de serem executadas, mas se torna conduta necessária a fim de lhes conferir maior legitimidade (MAIA, 2018, p. 82). Isso colabora também com a adesão dos setores políticos à efetivação do que foi acordado, elemento essencial para a solução das omissões políticas (OSNA, 2017, p. 227-228).

A participação pública, unida ao diálogo interinstitucional, gera uma maior cooperação do Poder Público e um maior comprometimento com a implementação da decisão judicial, seja por parte do Estado, seja por parte dos cidadãos (TYLER, 2003, p. 350). Os processos estruturais não são uma panaceia, uma fórmula mágica que, automaticamente, podem solucionar os problemas de efetivação dos direitos socioeconômicos. Sem o engajamento dos órgãos políticos, os remédios estruturais tendem ao fracasso e, quanto maior

[10] O ECI é uma sentença estrutural utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia quando há uma série de profundas violações aos direitos fundamentais de determinado segmento populacional, decorrente de ações e omissões dos órgãos estatais (CAMPOS, 2016, p.189).

a ingerência do Judiciário no âmbito de atuação dos demais órgãos estatais, maiores as chances de ineficiência da decisão. Além disso, outro fator que contribui para o engajamento dos setores políticos é a possibilidade de que eles ganhem mais crédito pela solução implementada (SARLET, 2017, p. 230), visto que possuem uma maior margem de discricionariedade para sua atuação.

Portando, seja na perspectiva deontológica, seja na perspectiva utilitarista, há importantes ganhos que podem ser proporcionados pela participação pública nos processos estruturais. Dentre essas razões, a mais relevante é a desencriptação do poder, que só é possível mediante a reinclusão dos cidadãos nos mais diversos ambientes deliberativos, inclusive nos processos estruturais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos argumentos expostos, é possível apresentar algumas conclusões. Primeiro, constata-se a relevância de um maior estudo sobre a teoria da encriptação do poder pelo Direito. Há muito tempo o tradicional discurso do constitucionalismo liberal alimenta um simulacro de democracia, no qual o povo, supostamente titular da soberania, é ocultado pelos grupos que dominam a linguagem jurídica e que têm acesso privilegiado aos diversos fóruns deliberativos.

O processo de desencriptação não é uma tarefa fácil, exigindo um amplo esforço para reinserir a população nos diversos debates políticos relevantes para a sua vida. A intenção deste artigo foi mostrar como os processos estruturais, se realizados conforme o experimentalismo democrático, podem contribuir significativamente nesse processo. Na perspectiva experimentalista, os direitos socioeconômicos se tornam verdadeiros *destabilization rights*, que abrem à participação pública instituições que têm falhado, reiteradamente, em cumprir os seus deveres constitucionais.

A partir da experiência sul-africana, em especial na utilização do Compromisso Significativo pela Corte Constitucional do país, constata-se que a participação pública nos processos estruturais possui valores intrínsecos e extrínsecos. Há um valor inerente, tendo em vista que a participação promove a desencriptação do poder, aprofunda a democracia participativa e legitima as políticas públicas que serão desenvolvidas para o caso concreto. Assim, os grupos sociais afetados não são vistos apenas como objetos da ação estatal, mas como parceiros na construção das soluções para os problemas enfrentados.

Por outro lado, existem razões instrumentais para promover a participação pública. Como visto, há um ganho epistêmico no processo de tomada de decisão, já que mais pontos de vista serão levados em consideração e, consequentemente, há uma maior chance de identificar as reais causas do problema. Além disso, há maior transparência na atuação estatal, que precisa justificar publicamente suas decisões, e aumenta-se a chance do Poder Público se comprometer com a resolução da demanda. Afinal, as medidas a serem executadas não serão impostas pelo Judiciário, mas construídas, por meio do diálogo, com os segmentos populacionais afetados.

Sem dúvidas, os processos estruturais são apenas uma das diversas formas de promover a desencriptação do poder. O trabalho não parte da ingênua premissa de que a participação nesses processos, por si só, será o suficiente para solucionar todos os problemas aqui apresentados. Ainda assim, o experimentalismo democrático e a experiência sul-africana apresentam importantes contribuições para a reinserção dos cidadãos nos processos de tomada de decisões públicas, e merecem maior atenção por parte dos juristas brasileiros que querem repensar o papel do povo no constitucionalismo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional da África do Sul. **Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others (CCT 12/05**). Braamfontein, 2006. p. 123-124. Disponível em: http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2006/11.html.pdf. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. Corte Constitucional da África do Sul. **Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others (CCT 39/09).** Braamfontein, 2009. Disponível em: http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2009/28.pdf. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. Corte Constitucional. **Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, and 197 Main Street vs City of Johannesburg.** Braamfontein, 2008. Disponível em: http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2008/1.pdf. Acesso em: 09 mar. 2020.

_____. Corte Constitucional. **Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thebelisha Homes and Others (CCT 22/08).** Braamfontein, 2009. Disponível em: http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPHC/2008/255.pdf. Acesso em: 23 mar. 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 423-448.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla.

Constitutionalism of the Global South: The activist tribunals of India, South Africa, and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-162.

AUGUS, Vanessa Mary. **The mechanism of meaningful engagement in socio-economic rights cases as an enabler for the realisation of transformation and capacity building of the poor.** 2018. 84 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Pretoria, Pretoria, 2018.

BEATTY, David M.. **A essência do Estado de direito**. Tradução: Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BRANCO, Luís Bernardo Nunes Mexia Castelo. **A política externa sul-africana:** do apartheid a Mandela. 2003. 445 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Sociais, Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa, Lisboa, 2003.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Salvador: JusPodivm, 2016.

CHENWI, Lilian. A new approach to remedies in socioeconomic rights adjudication: **Occupiers of 51 Olivia Road and Others v City of Johannesburg and Others.** Constitutional Court Review, **Volume 2, Issue 1**, p. 371 – 393, Jan 2009.

_____. Democratizing the socio-economic rights-enforcement process. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice:** Critical Inquiries. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 178-196.

CHENWI, Lilian; TISSINGTON, Kate. **Engaging meaningfully with government on socio-economic rights:** a focus on the right to housing. University of the Western Cape: Community Law Centre, March, 2010.

CLARK, Giovani Clark; LIMA, Bruno Fernandes Magalhães Pinheiro. Políticas Urbanas: A Encriptação do Direito e a Desencriptação pela Aplicação da Ideologia Constitucional Adotada. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 2, n. 2, p. 01-16, 2017.

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público**. Revista de Informação Legislativa**, v. 55, n. 217, p. 243-255, jan./ mar. 2018.

DAVIS, Dennis M.. The scope of the judicial role in the enforcement of social and economic rights: limits and possibilities viewed from the South African experience. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice:** Critical Inquiries. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 197-214, 208.

DELGADO, Maurício José Godinho; SOUZA, Luiza Baleeiro Coelho. Introdução ao Welfare State: construção, pilares estruturais e sentido civilizatório. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 22, n. 43, p. 1-28, 2019.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Between activism and deference: social rights adjudication in the Brazilian Supreme Federal Tribunal. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice:** Critical Inquiries. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 121-137.

FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the Structural Injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 583-607.

GLOPPEN, Siri. **Social Rights Litigation as Transformation:** South African Perspectives. Chr. Michelsen Institute, CMI Working Paper WP 2005: 3.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos Estruturais**: identificação, funcionamento e finalidade. Salvador: Juspodivm, 2020.

GOLDSTONE, Richard J. A South African Perspective on Social and Economic Rights. **Human Rights Brief 13**, no. 2 (2006). p. 4-7.

GREER, Scott L.; RAUSCHER, Simone. Destabilization rights and restabilization politics: policy and political reactions to European Union healthcare services law. **Journal of European Public Policy**, v. 18, n. 2, p. 220-240, 2011.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

HELLER, Patrick. Democratic deepening in india and south africa. **Journal of Asian and African Studies**, v. 44, n. 1, p. 123-149, p. 130-131, 2009.

HINCAPIÉ, Gabriel Méndez; RESTREPO, Ricardo Sanín. La constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, v. 4, n. 8, p. 97, 2012.

HOLMES, Brenton. **Citizens' engagement in policymaking and the design of public services**. Canberra: Parliamentary Library, 2011.

JIUN WEH, J.-R.; CHANG, W.-C. **The Changing Landscape of Modern Constitutionalism: Transitional Perspective**. National Taiwan University Law Review, Vol. 4, No. 1, p. 145-183, 2009.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

KLARE, Karl E.. Legal Culture and Transformative Constitutionalism. **South African Journal On Human Rights**, [s.l.], v. 14, n. 1, p.146-188, jan. 1998. Informa UK Limited.

_____. Criticial perspectives on social and economic rights, democracy and separation of powers. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice:** Critical Inquiries. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 3-22.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**, v. 53, n. 1, 2012, p. 190-247.

LIEBENBERG, Sandra. Engaging the paradoxes of the universal and particular in human rights adjudication: The possibilities and pitfalls of 'meaningful engagement'. **African Human Rights Law Journal**, Pretoria, v. 12, n. 1, p. 1-29, 2012.

_____. Participatory Justice in Social Rights Adjudication. **Human Rights Law Review**, [s.l.], v. 18, n. 4, p. 623-649, p. 626, 21 nov. 2018. Oxford University Press (OUP).

LIEBENBERG, Sandra; YOUNG, Katharine G.. Adjudicating social and economic rights: Can democratic experimentalism help?. In: GARCÍA, Helena Alviar; KLARE, Karl; WILLIAMS, Lucy A. (Ed.). **Social and Economic Rights in Theory and Practice:** Critical Inquiries. Nova York: Routledge Research In Human Rights Law, 2014. p. 237-257.

MACDONALD, Angus. Crypt, Mausoleaum, Cenotaph; Supulchre: metaphors of encryption. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 23, n. 45, p. 49-60, 2020.

MAHOMEDY, Sameera. **The potential of meaningful engagement in realsing socio-economic rights::** Addressing quality concerns. 2019. 171 f. Dissertação (Mestrado) - Law, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2019.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto. **Análise da ADPF nº 347 e da inadequabilidade do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetivação dos serviços públicos:** por novos protagonistas na esfera pública democrática. 2018. 177 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

MAKABA, Ipeleng Josephinah. **Citizen participation and meaningful engagement as effective tools for good governance in policy-making and realisation of economic, social and cultural rights.** 2018. 67 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, University Of Pretoria, Pretoria, 2018.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário**: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARMELSTEIN, George. A eficácia incompleta das normas constitucionais: desfazendo um mal-entendido sobre o parâmetro normativo das omissões inconstitucionais. **Revista Jurídica da Fa7**, Fortaleza, v. 12, n. 1, p. 10-28, 2015.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. Fundamentar Derechos Humanos para desencriptar la constitución. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, v. 19, n. 29, 2015.

NASCIMENTO, F. A. S.. **Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2016.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996.

NTLAMA, Nomthandazo Patience. **The implementation of Court orders in respect of socio-economic rights in South Africa.** 2003. 128 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2003.

OSNA, Gustavo. Nem "tudo", nem "nada" - decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. **Processo Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 177-202.

OSPINA, Juan Felipe Orozco; HINCAPIÉ, Gabriel Armando Méndez. Cinco tesis para desencriptar el poder: las enmiendas xyz. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 1, n. 1, p. 1-30, 2014.

PARDO, D. W. A.. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no 'compromisso significativo'. **Revista de Direito Ambiental**, v. 72, p. 161-210, 2013.

PIETERSE, Marius. What do we mean when we talk about transformative constitutionalism? **SA Public Law**, v. 20, n. 1, p. 155-166, 2005.

RAY, Brian. Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation. **South African Journal On Human Rights**, [s.l.], v. 27, n. 1, p.107-126, jan. 2011. Informa UK Limited.

_____. **Engaging with Social Rights:** Procedure, Participation, and Democracy in South Africa's Second Wave. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

RESTREPO, Ricardo Sanín. Cinco tesis desde el pueblo oculto. **Oxímora Revista Internacional de Ética y Política**, n. 1, p. 10-39, 2012.

_____. **Teoría Crítica Constitucional**: la democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

ROUX, Theunis. Legitimating Transformation: Political Resource Allocation in the South African Constitutional Court. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the judiciary**: The Accountability Function of Courts in New Democracies. London: Frank Cass Publishers, 2005. p. 66-80.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization rights: How public law litigation succeeds. **Harvard Law Review**, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

SALAZAR, Rodrigo; MEIRELES, Edilton. Decisões estruturais e acesso à justiça. **Revista Cidadania e Acesso à Justiça**, [s.l.], v. 3, n. 2, p. 21-38, p. 32, 2 dez. 2017.

SAMPAIO, Karinne F.. O controle e a implementação do direito à saúde: a jurisprudência da África do Sul. **Revista digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, p. 85-109, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturais na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 203-232.

SILVA, Leandro Barbosa. **Prestações de contas de campanhas eleitorais**: um simulacro de controle da normalidade e da legitimidade das eleições. 2018. 105 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifício Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

SOUZA NETO, Gentil Ferreira de. **A força normativa da Constituição, a judicialização das políticas públicas e o Compromisso Significativo.** 2018. 146 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018.

SWANEPOEL, Philip. **The potential of structural interdicts to constitute effective relief in socio-economic rights cases.** 2017. 220 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2017.

TUSHNET, Mark V.. **Weak Courts, Strong Rights:** Judicial Review and social welfare rights in comparative constitucional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

TYLER, Tom R.. Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law. **Crime And Justice**, [s.l.], v. 30, p. 283-357, p. 350, jan. 2003.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False necessity**: anti-necessitarian social theory in the servisse of radical democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

VASCONCELOS, Antônio Gomes; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; OLIVEIRA, Alana Lúcio. O processo coletivo e o acesso a justica sob o paradigma do estado democratico de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 12, n. 12, p. 66-82, 2013.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 369-422.

_____. **O devido processo legal coletivo:** representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulos: Martins Fontes, 2003.

WESSON, Murray. Grootboom and Reassessing: Beyond the Socioeconomic Jurisprudence of the South African Constitutional Court. **South African Journal On Human Rights**, [s.l.], v. 20, n. 2, p. 284-308, jan. 2004.

WILSON, Stuart; DUGARD, Jackie. Constitutional Jurisprudence. **Socio-economic Rights In South Africa**, [s.l.], p. 35-62, 2011. Cambridge University Press.

Submissão em 25/08/2020 / Aceito em 01/10/2020

PACO YUNQUE AINDA VIVE ENTRE NÓS: a necessidade de políticas educacionais interculturais para a emancipação do povo oculto

PACO YUNQUE STILL LIVES BETWEEN US: the need for intercultural educational policies for emancipation of the hidden people

Ana Maria D'Ávila Lopes[1]
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Resumo:
Em 1931, o poeta peruano César Vallejo escreveu o conto infantil "Paco Yunque" no qual denunciou a sociedade classista e racista peruana que discriminava os indígenas. Trata-se de uma situação ainda muito presente não apenas no Peru, mas em toda América Latina, apesar da vigência de constituições instituindo Estados democráticos, que proclamam a igualdade e a liberdade de todos. Esse descompasso entre norma e realidade revela como a encriptação do Direito é utilizada para a manutenção da estrutura hierárquica das nossas sociedades. Nesse contexto, o presente trabalho objetivou demonstrar a necessidade da implementação de políticas educacionais interculturais, como forma de emancipar o povo oculto indígena e recuperar sua qualidade de sujeito político, nos termos propostos por Sanín Restrepo. Com esse fim foi realizada pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e comparada, cuja análise alinhou-se aos pressupostos epistemológicos defendidos pelo novo constitucionalismo latino-americano. Finalmente, concluiu-se pela necessidade de, em primeiro lugar, discutir e reformular as bases epistemológicas do constitucionalismo latino-americano para, posteriormente, propor políticas públicas educacionais interculturais, de modo a reverter a injusta situação de discriminação que, em pleno século XXI, milhões de indígenas latino-americanos ainda enfrentam.
Palavras-chave:
César Vallejo. Paco Yunque. Indígenas. Constitucionalismo Latino-americano. Interculturalidade.

Abstract:
In 1931, the Peruvian poet César Vallejo wrote the children's story "Paco Yunque" in which he denounced the Peruvian class and racist society that discriminated against the indigenous people. This situation is still very present not only in Peru, but throughout Latin America, despite the existence of constitutions instituting democratic states, which proclaim equality and freedom for all. This mismatch between norm and reality reveals how the encryption of law is used to maintain the hierarchical structure of our societies. In this context, the present study aimed to demonstrate the need to implement intercultural educational policies, as a way to emancipate the hidden indigenous people and recover their quality of political subject, in the terms proposed by Sanín Restrepo. To this end, bibliographic research was carried out on national and comparative doctrine, whose analysis was in line with the epistemological assumptions defended by the new Latin American constitutionalism. Finally, it was concluded that there is a need, first, to discuss and reformulate the epistemological bases of Latin American constitutionalism in order to later propose intercultural educational public policies, in order to reverse the unfair situation of discrimination that, in the 21st century, millions of Latin American Indians still face.
Keywords:
César Vallejo. Paco Yunque. Indigenous peoples. Latin American Constitutionalism. Interculturality.

1 INTRODUÇÃO

"Paco Yunque" é o título de um conto infantil escrito pelo poeta peruano César Vallejo na cidade de Madri, em 1931, mas publicado apenas em 1951, treze anos após a morte

[1] Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7047-0997

do autor em Paris. Vallejo (1892-1938) é considerado um dos mais importantes poetas peruanos do século XX, sendo "Paco Yunque" uma das suas obras mais importantes, na medida em que não apenas deixa transparecer a vertente ideológica do autor[2], mas também porque denuncia a sociedade peruana altamente classista e racista, em uma época em que a subjugação do indígena pelo branco era considerada "natural".

Nessa obra, Vallejo relata o primeiro dia de aula de Paco Yunque, criança indígena, em uma escola de crianças brancas. Durante o dia todo, Humberto Grieve, filho do prefeito da cidade, irá atormentar Paco, retratando uma perfeita relação amo-escravo.

Sob a inspiração dessa obra, tão tristemente atual, objetiva-se, no presente trabalho, demonstrar a necessidade de políticas educacionais interculturais, como meio para emancipar o povo oculto indígena da encriptação dos códigos jurídico-políticos hegemônicos que, historicamente, vêm impedindo seu reconhecimento como sujeito político, conforme apontado por Sanín Restrepo (2012a). Para tal, foi realizada pesquisa bibliográfica em obras nacionais e estrangeiras, utilizando o método dedutivo para a análise dos dados e construção da proposta, alinhada aos pressupostos epistemológicos do novo constitucionalismo latino-americano.

Dessa forma, apresenta-se, inicialmente, um breve resumo do conto "Paco Yunque", impregnado de um forte simbolismo, revelador da opressão vivenciada pelo povo indígena peruano. Nessa mesma seção do trabalho, aborda-se o pensamento do filósofo peruano Fidel Tubino (2003), que arquiteta dois argumentos para explicar a origem e a permanência da subjugação indígena. Seguidamente, expõem-se os aspectos conceituais do novo constitucionalismo latino-americano e da interculturalidade, que coincidem na busca pela valorização da pluridiversidade cultural da região, a partir da construção de novas bases epistemológicas, distanciadas da tradição jurídico-cultural europeia e norte-americana, claramente segregacionistas e homogeneizantes. Finalmente, discute-se a ineficiência histórica das políticas públicas educacionais, no intuito de demonstrar a necessidade da implementação de políticas interculturais, capazes de resgatar o protagonismo político do povo oculto indígena e, desse modo, construir verdadeiros Estados democráticos.

[2] O conto foi escrito por César Vallejo em Madri, aonde foi morar após ter sido expulso, em 1930, da França por sua aberta militância comunista. Inclusive, o sobrenome do protagonista "*Yunque*" (bigorna em português) constitui uma clara referência ao marxismo (OVIEDO, 2017).

2 PACO YUNQUE: RETRATO DA SOCIEDADE CLASSISTA E RACISTA, QUE AINDA PERSISTE NA AMÉRICA LATINA

"Paco Yunque" (VALLEJO, 2017) é um conto infantil escrito pelo poeta peruano César Vallejo em 1931. A trama gira em torno de Paco Yunque, criança indígena, no seu primeiro dia em uma escola de brancos de uma cidade do interior do Peru. Aos poucos, Vallejo apresenta ao leitor uma criança tímida que, em um mundo de brancos, se assusta até com o barulho das brincadeiras das outras crianças. Aturdido e desajeitado diante da nova experiência, Paco é bem recebido pelos colegas da turma; entretanto, nada é capaz de tranquilizá-lo nem de diminuir seu desejo de voltar à sua aldeia indígena. Apenas poucos dias antes, Paco havia sido levado à cidade para ser companheiro de brincadeiras de Humberto, cujo pai, Dorian Grieve, era gerente da importante companhia ferroviária inglesa *Peruvian Corporation*, além de prefeito da cidade e chefe da casa onde a mãe de Paco trabalhava como empregada doméstica. Enquanto a aula transcorria e a angústia continuava dominando Paco, chegou atrasado à escola Humberto, quem, ao longo do dia, atormentaria Paco, seu "*muchacho*" (seu servente). As diversas formas de violência que Humberto, criança branca e rica, infligiria contra Paco seriam do conhecimento do professor, que nada faria para impedi-las ou castigá-las, com medo de enfrentar-se depois com o pai de Humberto, o homem mais rico da cidade. O a injusta situação acontece quando Humberto rouba a redação de Paco e a apresenta como sua, sendo premiado com o primeiro lugar da turma, ao passo que Paco é castigado por não entregar a tarefa. No final do dia, Paco chorou desconsolado, pois é a única reação que resta a uma criança indígena.

A denúncia de Vallejo em forma de conto infantil incomodou à sociedade classista espanhola, onde inicialmente a obra tentou ser publicada, sem sucesso. O editor espanhol, que havia solicitado a Vallejo que escrevesse um conto para crianças, alegou não poder publicá-lo por se tratar de uma trama "demasiado triste" (OVIEDO, 2017, p. 38). Foram necessários mais de vinte anos para que a obra pudesse, finalmente, ser publicada em uma revista da cidade de Lima em 1951. Vallejo havia falecido treze anos antes. A década de 1950 no Peru, foi um momento ideal para que isso pudesse acontecer, pois, inspirados na luta pelo reconhecimento universal dos direitos humanos, diversos movimentos de denúncia da estrutura classista e racista da sociedade peruana começaram a surgir.

A colonização do Peru, lembre-se, iniciou-se com o espanhol Francisco Pizarro em 1531, cujo interesse era apenas o de "enriquecerse, conseguir honores y evangelizar por la fuerza a los naturales" (ROSTWOROWSKI, 2014, p. 14). Nesse intuito, a população indígena

foi dizimada e sua cultura menosprezada durante todo o período da colonização (RINCONES, 2012). Inclusive, conforme aponta Quijano (2014a, p. 759), a raça passou a ser um elemento determinante para a hierarquização da sociedade

> Con la formación de América se establece una categoría mental nueva, la idea de raza. Desde el inicio de la conquista, los vencedores inician una discusión históricamente fundamental para las posteriores relaciones entre las gentes de este mundo, y en especial entre europeos y no-europeos, sobre si los aborígenes de América tienen alma o no; en definitiva si tienen o no naturaleza humana.

A independência do Peru em 1821 não alterou essa situação de exclusão sociocultural e racial do indígena, pois, sob o forte domínio da herança cultural iluminista europeia, o principal objetivo passou a ser a consolidação do Estado-nação, onde a cultura branca europeia passou a ser o símbolo da unidade do novo país que surgia. Conforme ensina Sanín Restrepo (2012a), o conceito Estado-nação é talvez o agente ideológico mais poderoso da estruturação da modernidade ocidental, "El Estado-Nación es la violencia total sobre el lenguaje, una violencia que sólo puede derivar en la destrucción de la diferencia y la concentración absolutamente ficticia y forzada de la unidad" (SANÍN RESTREPO, 2012a, p. 29).

Como explicar que esse modelo perdurasse por tantos séculos? Tubino (2003), identifica duas estratégias utilizadas para manter essa hierarquização:

a) Época da discriminação explícita

Explica Tubino que, em um primeiro momento, a sociedade hierarquizada sustentou-se filosoficamente no princípio especulativo da assimetria ontológica da espécie humana, isto é, na compreensão das diferenças sociais como se fossem naturais. Defender aquilo que era convencional como natural foi a estratégia utilizada para a legitimação moral do domínio.

A estratégia do grupo dominante consiste, segundo Tubino (2003), em que os subjugados interiorizem como autoimagem a imagem que os colonizadores têm deles e, ao mesmo tempo, que interiorizem como imagem dos colonizadores, a que eles têm de si mesmos, "la propia autodepreciación es el instrumento más poderoso de la opresión. Por ello, la emancipación debe empezar por la liberación de la identidad automutiladora impuesta" (TUBINO, 2003, p. 56). Não há amo sem escravo, nem escravo sem amo.

Sobre esse aspecto, aponta Quijano (2014b, p. 613) que:

> [...] los europeos se impusieron sobre los dominados de Europa y del mundo colonial como la única racionalidad posible, como la Razón. En esa perspectiva, las razas no europeas, puesto que inferiores, no podían ser consideradas sujetos de

> conocimiento, eran objetos de conocimiento, además, objetos de exploración, dominación, discriminación.

A raça constituiu o determinante biológico utilizado na colonização da América para naturalizar essa hierarquização, na qual ser branco identificou-se com o dominador, enquanto ser indígena, preto, pardo ou mestiço, associou-se ao dominado (QUIJANO, 2000).

b) Época da discriminação implícita

O Iluminismo do século XVIII desconstruiu a filosofia orgânica das elites que defendiam a diferença ontológica humana, ao promover o desenvolvimento de políticas igualitaristas e homogeneizantes, assegurando a equidade de acesso. Contudo, equidade de acesso não implica equidade de resultado. Na prática, essas políticas, cegas às diferenças do ser humano concreto, consolidaram a discriminação étnica e de gênero ao promover uma assimilação cultural uniformizadora.

> Las políticas de la dignidad igualitaria son políticas de discriminación implícita. Su supuesta neutralidad comprensiva las torna ciega a las diferencias y su ceguera no es, en realidad, otra cosa sino el reflejo de la expansión de la cultura hegemónica. En nuestros países la integración nacional pasó – con mayor o menor éxito, por la subordinación asimiladora de las culturas originarias a los paradigmas contenidos en la cultura urbana castellano hablantes de las élites (TUBINO, 2003, p. 57).

O discurso da política da dignidade igualitária fez com que se abandonasse a luta contra a discriminação explícita, obrigando às culturas subjugadas a assumir identidades alheias, reduzindo “el pueblo a la impotencia absoluta y ocultarlo” (SANÍN RESTREPO, p. 2012a, p. 11). Esse foi o pensamento que dominou a história republicana peruana. Um discurso que gerou políticas inclusivas, mas uniformizadoras e assimilacionistas, fundadas em constituições encriptadas, que reduzem o poder constituinte a poder constituído (MÉNDEZ HINCAPÍE; SANÍN RESTREPO, 2012).

Em nome da dignidade universal, apagaram-se as diferenças. Trata-se de uma estratégia de coação subjacente que as políticas liberais usam, e que se infiltram na consciência do subjugado como se fosse esse o seu próprio desejo.

> […] los hábitos y los comportamientos discriminatorios que la ley combate se reproducen a través de la educación pública estandarizada y homologadora, formal y no formal de los Estados modernos. De esta manera, se consagra la práctica de la discriminación implícita a través de la implementación de políticas de identidad de Estado que buscan uniformizar las identidades étnicas no-occidentales bajo el molde de la cultura propia de la lengua nacional cohesionadora del tejido social. Los liberarles sostienen que la construcción de una identidad común de pertenencia es una necesidad objetiva del Estado nacional (TUBINO, 2003, p. 59)

No entanto, isso não significa ser totalmente contra as políticas destinadas à consolidação de uma identidade nacional. Essas políticas são necessárias, mas devem objetivar a coesão das identidades locais e não sua homogeneização.

Tubino (2003, p. 59) alerta para os riscos de cair nos extremismos "a lo largo de la historia hemos aprendido que insistir exclusivamente en la semejanza fue y es tan nocivo como resaltar exclusivamente las diferencias". O culto às diferenças, continua o filósofo peruano, conduz facilmente a um atomismo cultural que não só desarticula o tecido social, mas contribui a gerar isolamentos culturais, propiciando fundamentalismos ou nacionalismos exacerbados

Portanto, entre o igualitarismo do modelo liberal e o atomismo social do comunitarismo tradicionalista, o melhor é o manejo razoável das diferenças através de políticas interculturais, que permitam uma convivência no meio do reconhecimento e valorização da diferença.

As políticas interculturais obedecem, pois, a uma lógica que não se insere nos pressupostos iluministas da cultura europeia, tradicionalmente negadora da pluridiversidade cultural da humanidade e do seu valor em si mesma.

Paco Yunque chora porque foi arrancado da sua aldeia indígena para ser levado à cidade de brancos, onde os costumes e valores são totalmente alheios aos seus. Chora porque nesse novo mundo, os outros não aprenderam a respeitar e conviver com quem é diferente, mas apenas a hierarquizar e subjugar. Trata-se de uma realidade que, em pleno século XXI, ainda se encontra muito presente, especialmente na América Latina.

A independência das colônias latino-americanas, ensina Wolkmer (2012, p. 63), "não representou no início do século XIX uma mudança total e definitiva com relação à Espanha e Portugal, mas tão somente uma reestruturação, sem uma ruptura significativa na ordem social, econômica e político-constitucional". A produção capitalista e o liberalismo individualista permaneceram e influenciaram o processo de positivação do Direito estatal latino-americano, dando lugar a "instituições jurídicas [...] marcadas por [um] controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas campesinas e populares" (WOLKMER, 2012, p. 65).

O que aconteceu no Peru não é muito diferente do que aconteceu no Brasil. O constitucionalismo brasileiro, tanto na sua etapa político liberal correspondente à vigência das Constituições de 1824 e 1891, bem como na etapa social da Constituição de 1934, cuidou mais dos interesses das elites agrárias do que do fortalecimento de um Estado democrático

(WOLKMER, 2012, p. 67). Esse constitucionalismo formal de base não democrática agudizou-se com as constituições autoritárias de 1937, 1967 e 1969, caracterizadas pela ausência da "[...] participação do povo, utilizado muito mais como instrumental retórico oficializante de uma legalidade individualista, formalista, programática e monista. Tais tradições constitucionais desconsideram integralmente os horizontes da pluralidade, do multiculturalismo e da diversidade" (WOLKMER, 2012, p. 68).

Contra essa injusta realidade, o novo constitucionalismo latino-americano propõe a construção de Estados nos quais as diversas identidades sejam resgatadas e alcancem o protagonismo da sua própria história inspiradas nos pressupostos da interculturalidade, conforme exposto nas seguintes linhas.

3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A INTERCULTURALIDADE

Foi o Iluminismo, defensor de um Estado liberal abstencionista e de uma igualdade formal cega às diferenças, que propiciou a inequidade social e a intolerância cultural das elites das culturas hegemônicas dos Estados modernos, ao defender a homogeneização das suas sociedades como requisito sine qua non da sua estabilidade. Esses Estados-nação, construídos artificialmente, deflagraram os diversos conflitos que culminaram na Segunda Guerra Mundial, revelando a fragilidade da sua concepção e a necessidade de revisar suas bases, incluindo a própria concepção do Direito.

Imersos nessa necessidade, vários países reformaram ou aprovaram novas constituições em um lento processo, que Susana Pozzolo (2006) chamou neoconstitucionalismo, haja vista adotarem uma nova concepção preceptiva-substantiva de constituição:

> Adotando uma concepção preceptivo-substantiva, a constituição não é só a norma de grau jurídico-hierárquico mais elevado, mas constitui a norma axiologicamente suprema. A constituição então não exige só respeito, não é só vínculo negativo para o legislador, ela impõe o próprio progresso e a própria declinação positiva. A constituição representa o ponto de conexão entre a esfera jurídica e a esfera moral veiculando uma concepção da justiça que avança pretensões universais. Nesse sentido o direito do estado constitucional não deve ser só legal, mas também justo: avança pretensões de justiça (POZZOLO, 2006, p. 235).

Atualmente, a expressão neoconstitucionalismo vem sendo utilizada por diversos autores, embora não sempre com o mesmo sentido proposto por Pozzolo. No meio dessa diversidade de posições, Gomes Canotilho aponta algumas características em comum:

> En primer lugar, el neoconstitucionalismo se adhiere a una concepción de constitución "juridificadora" de la política (tal como el "moderno derecho constitucional"), insistiendo en esquemas metodológicos de interpretación y aplicación que optimicen las normas – sobre todo de los principios constitucionales– con la consecuente presión de juridificación de la política. En segundo lugar, el neoconstitucionalismo pretende mostrar la importancia de los principios fundantes y estructurantes del orden constitucional abierto. En otras palabras: los principios se perfilan como vehículos de una estatalidad abierta, sea en el sentido de su importancia para la constitucionalización del orden jurídico, sea en el sentido de instrumentos de integración de constelaciones políticas posnacionales (Unión Europea). En tercer lugar, el neoconstitucionalismo busca recuperar dimensiones cosmopolitas particularmente importantes en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales bajo el prisma de su universalización y de su radicación como núcleo duro de las culturas jurídico-constitucionales democráticas. En cuarto lugar podremos señalar las insuficiencias de un abordaje positivista, formalista y exegético de los textos constitucionales. Bajo distintas perspectivas, los juristas pretenden tomar en serio el impulso dialógico que hoy es fortalecido por las teorías políticas de la justicia, por las teorías del republicanismo y por las teorías críticas de la sociedad (CANOTILHO, 2010).

Na América Latina, entretanto, esse processo tem adquirido contornos particulares, especialmente em países como Bolívia, Equador e Venezuela onde, sob a influência de autores como Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau (2010), o neoconstitucionalismo tem se distanciado ainda mais do europeu, apresentando, inclusive, pressupostos epistemológicos próprios, sendo denominado "*nuevo constitucionalismo latinoamericano*"[3].

São três os pressupostos epistemológicos apontados por Belloso Martín (2012) para defender a existência de um novo constitucionalismo latino-americano:

a) Pluralismo jurídico: na América Latina é possível constatar a existência de um pluralismo jurídico definido como "la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio sociopolítico" (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 28). Exemplo desse pluralismo é o reconhecimento do ordenamento jurídico dos povos indígenas, que abrange, além de leis próprias, um sistema de justiça interno.

[3] Impende observar que, no Brasil, o neoconstitucionalismo também adquiriu matizes diferentes das europeias, porém, sem se igualar às experiências dos países latino-americanos vizinhos, nos quais, ainda hoje, o percentual de população indígena é significativamente maior, repercurtindo na caracterização daquilo que é chamado "novo constitucionalismo latino-americano". No presente texto, optou-se for focar nessa segunda percepção.

> El pluralismo en el Derecho tiende a demonstrar que el poder estatal no es la fuente única y exclusiva y todo el Derecho, abriendo la posibilidad para la producción y la aplicación normativa centrada en la fuerza y en la legitimidad de un complejo y difuso sistema de poderes, emanados dialécticamente de la sociedad, de sus diversos sujetos, grupos sociales, colectividades o cuerpos intermedios (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 30).

Contudo, o reconhecimento do pluralismo jurídico não deve ser entendido como a validação de toda prática cultural, especialmente em relação àquelas que possam atingir os mais vulneráveis. A relatividade cultural, ou seja, o reconhecimento da diversidade cultural, não deve ser confundida com o relativismo axiológico, conforme alerta Boaventura dos Santos (2010). É necessário compreender que alguns limites, ainda que mínimos, devam ser considerados, no intuito de evitar abusos e opressões no interior de cada comunidade;

b) Influência do Direito europeu: as constituições europeias e os códigos civis, de tradição romano-germano-canônica, trouxeram para a América Latina "los principios iluministas inherentes a las declaraciones de derechos, así como los que derivan de la modernidad capitalista, de libre mercado, pautada en la tolerancia y el perfil liberal-individualista" (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 30). Embora sem desconhecer a importância de algumas dessas contribuições, não há dúvida de que muitas delas propiciaram práticas negativas em terras latino-americanas, a exemplo do "control centralizado y burocratizado del poder oficial, formas de democracia excluyente, sistema representativo clientelista; experiencias de participación elitista; y por ausencias históricas de las grandes masas campesinas e populares" (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 31), dando lugar ao reconhecimento da necessidade de construir uma base epistémica diferente da europeia, mais próxima à cultura e aos anseios dos povos latino-americanos;

c) Forte e amplo conteúdo axiológico das constituições: a princípio, este pressuposto epistemológico pode parecer igual ao da experiência europeia do neoconstitucionalismo. No entanto, na América Latina, esta tendência apresenta características ainda mais pronunciadas. Assim, é possível encontrar normas constitucionais que expressamente revelam valores como "la soberanía popular, la dignidad de la persona humana, la solidaridad, la igualdad ante la ley, pluriculturalismo [....]" (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 30), o que talvez seja o motivo pelo qual o ativismo judicial tenha assumido, em terras latino-americanas, um caráter muito mais intenso do que na Europa.

Constituições como a do Equador de 2008, que prevê a Pachamama (mãe terra) como sujeito de direitos, ou a da Bolívia de 2009, que inclui o princípio do sumak kawsay (bem

viver) constituem um claro exemplo da ruptura da lógica liberal-individualista europeia, que Boaventura de Sousa Santos chama de constitucionalismo “desde abajo”

> Esta otra epistemología que tiene su génesis en la Teoría Crítica y se recrea en América Latina, desde el Sur, se asume desde la praxis de un logos emancipador que fractura los límites hegemónicos del “capitalismo sin fin” y del “colonialismo sin fin”, ya que hace posible recuperar desde la “sociología de las emergencias”, la presencia de los pueblos milenarios que han logrado la recreación de su habitat a través de una relación simbiótica directa, con los ciclos o procesos de génesis y muerte de la Madre Tierra (Pachamama” (SANTOS, 2011, p. 17)

Esses três pressupostos mostram que o fenômeno constitucional do final do século XX vivenciado na América Latina é muito diferente do europeu. Essa diferença é sintetizada por Belloso Martín (2015, p. 36) nos seguintes quatro pontos:

a) O neoconstitucionalismo europeu tem seu foco na reinterpretação do Estado de Direito por meio da constituição, já o constitucionalismo latino-americano direciona seu interesse à difusão de mecanismos democráticos de participação política popular, inclusive para a elaboração das normas constitucionais;

b) Enquanto na Europa se busca defender a existência de “uma cultura europeia”, especialmente diante dos grandes fluxos migratórios dos últimos anos, o novo constitucionalismo latino-americano defende a existência de Estados plurinacionais;

c) As novas constituições latino-americanas apresentam “un fuerte carácter pluricultural, multiétnico y preservador de la biodiversidad”, ausente nas experiências europeias (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 36).

d) As constituições latino-americanas contêm longas listas de direitos (individuais, coletivos, políticos, sociais, econômicos e culturais), e incluem a proteção de grupos humanos historicamente ignorados, como os indígenas, os idosos, as crianças, as pessoas com deficiência etc.;

Embora algumas dessas ideias possuam alto conteúdo utópico, não há como desconhecer a relevância de delinear pressupostos epistemológicos mais próximos da identidade latino-americana, o que, sem dúvida, constitui o primeiro grande passo para um constitucionalismo próprio, desencriptado.

> Las nuevas formas constitucionales que ahora emergen en América latina ponen de frente el desafío de pensar la diferencia y la multiplicidad desde el abismo democrático y no desde los derechos humanos, desde el poder constituyente y no desde el constitucionalismo tradicional (SANÍN RESTREPO, 2012a, p. 23).

Esse processo construção de uma nova identidade latino-americana é denominado por Wolkmer (2012) de Constitucionalismo Pluralista Intercultural, caracterizado por marcar a ruptura da região com o modelo europeu, graças a processos de lutas sociais protagonizados em sua maioria por novos atores sociais, revelando uma realidade plural.

A interculturalidade constitui, portanto, uma reação latino-americana ao processo de homogeneização cultural dos Estados modernos europeus. Para Walsh (2007), a interculturalidade é um processo direcionado a construir um conhecimento diferente contra a modernidade e a colonialidade, configurando um novo paradigma que é pensando através da práxis política, não se limitando ao reconhecimento ou à inclusão, mas buscando a transformação histórica estrutural.

Por isso que a interculturalidade não se confunde como o multiculturalismo, mas dele se afasta. Apesar do multiculturalismo valorizar a diversidade cultural, não conseguiu se desvencilhar totalmente dos ideais iluministas, claramente individualistas, homogeneizadoras e segregacionistas.

> el multiculturalismo liberal respeta la identidad del otro desde una distancia posibilitada por su posición universal privilegiada. Es un racismo que vacía su propia posición de todo contenido positivo, no es un racista directo, no le opone al otro los valores particulares de su propia cultura, retiene su posición de punto de universalidad vacío y privilegiado desde el cual se puede apreciar o despreciar las otras culturas particulares, el respeto multiculturalista a la especificidad del otro es la forma de afirmar la propia superioridad, donde la lucha por la politización y la afirmación de las múltiples identidades étnicas sexuales y de otro tipo se produce contra el fondo de una frontera impronunciable pero excluyente, el de la reciprocidad, la deliberación y el consenso despolitizado (SANÍN RESTREPO, 2012b, p. 276).

Ensina Fuller (2003) que, enquanto o multiculturalismo propugna a coexistência em um mesmo espaço social de culturas diferentes, sob o princípio da tolerância e do respeito à diferença, a interculturalidade, ao pressupor como inevitável a interação entre essas culturas, propõe um projeto político capaz de fomentar o diálogo entre elas, como forma de garantir uma real convivência pacífica e não apenas sua coexistência.

> Ainda que por vezes seja associado ao multiculturalismo (ou uma forma ou variante deste), a interculturalidade tem especificidade própria, pois, tendo em conta o pluralismo cultural e a nova hermenêutica filosófica, revela-se “um horizonte de diálogo” (WOLKMER, 2006, p. 120)

Em favor da interculturalidade, Alvarado (2003) aponta algumas das suas principais características:

a) Constitui um conceito dinâmico que supera o multiculturalismo, na medida em que reconhece a sociedade como um espaço de permanente interação;

b) Propugna não apenas o respeito à diversidade cultural, mas a necessidade da convivência e troca de experiências;

c) Procura recriar as culturas existentes, reconhecendo que se encontram em permanente transformação;

d) Propõe uma nova síntese cultural, o que implica a reelaboração dos modelos culturais preconcebidos;

e) Pressupõe a interação entre as culturas, que embora muitas vezes seja tensa, pode ser regulada.

Alvarado (2003) acrescenta que o Estado não está apenas obrigado a criar e fortalecer mecanismos de resgate e respeito da identidade cultural dos diferentes grupos que o compõem, como propõe o multiculturalismo, mas deve também adotar sistemática e gradualmente espaços e processos de interação positiva entre as diferentes culturas, com a finalidade de abrir e gerar relações de confiança, de reconhecimento mútuo, de comunicação, diálogo e debate, aprendizagem e intercâmbio, cooperação e convivência. Nesse contexto, as políticas educacionais interculturais tornam-se cruciais.

4 POLÍTICAS EDUCACIONAIS INTERCULTURAIS

Ensina Tubino que as políticas educacionais adotadas na América Latina, desde meados do século XX, têm avançado no que se refere ao acesso social à educação; entretanto, tem sido verificado pouco avanço em relação à equidade e qualidade dos seus resultados.

Fazendo um retrospectiva histórica, o filósofo peruano explica que, entre 1950 e 1980, houve uma expansão do acesso ao ensino fundamental na América Latina, justificada pela tese da necessidade de formação de capital humano como condição para o desenvolvimento econômico, bem como pela adoção da concepção do ensino fundamental como um direito humano universal, nos termos propostos pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Contudo, essa educação era “una educación, homogeneizante en términos culturales y de dudosa calidad en términos pedagógicos” (TUBINO, 2003, p. 51).

Na década de 1980, continua Tubino (2003), as políticas educacionais foram abandonadas para priorizar os ajustes econômicos derivados do endividamento. Já na década de 1990, começou uma “segunda fase” caracterizada por políticas compensatórias e pela

retórica da discriminação positiva defendida por posições multiculturais, sem que, entretanto, o modelo assimilacionista fosse questionado. Assim, as políticas públicas limitaram-se à criação de sistemas de bolsas educacionais em vários países (a exemplo do Fundescola no Brasil) e a algumas iniciativas de respeito à diversidade (como a educação bilíngue das populações indígenas); porém, a equidade da qualidade dos resultados não melhorou.

Verificou-se, portanto, que as propostas do multiculturalismo se mostraram insuficientes, pois, na sua busca por radicalizar os ideais de autonomia e tolerância do Iluminismo, o multiculturalismo abandonou a metafísica substancialista que propugnava uma antropologia filosófica para passar a desenvolver uma filosofia da identidade. A inspiração veio da ética da autenticidade de pensadores historicistas do século XIX, como Herder, para quem o ideal moral da autenticidade consiste em aprender a construir e repensar a própria originalidade. “Ser fiel a sí mesmo no es vivir en conformidad con una esencia preestabelecida. El ‘sí mismo’ (el selbst, o e self) no es una entidad metafísica subsistente sino mi propia originalidad, algo que yo construyo y descubro” (TUBINO, 2003, p. 61). Há, pois, uma aporia entre identidade e originalidade. Ser fiel a mim mesmo, explica Tubino (2003), implica, por um lado, fidelidade ao meu original modo de ser individual, mas, ao mesmo tempo, ao modo de ser do povo ou cultura à que pertenço. Foi o desenvolvimento desse conceito pós-iluminista de identidade o que deu lugar às políticas das diferenças do multiculturalismo anglo-saxão. Esse multiculturalismo comunitarista “substituyó el dualismo ilustrado de la naturaleza humana por una concepción unitaria de la identidad entendida no como esencia inmutable y subsistente, sino como construcción dialógica y narrativa sobre el fondo de una tradición” (TUBINO, 2003, p. 61).

O problema é que esse multiculturalismo comunitarista (como em MacIntyre, Sandel ou Walzer) perdeu-se ao ofuscar o indivíduo dentro da sua própria comunidade. Diante disso, Kymlicka (2001) propôs um multiculturalismo liberal, que também errou, mas neste caso por reforçar o individualismo.

> El multiculturalismo y pluralismo como reingeniería del liberalismo llevan su lastre totalitario, pues implican la reducción de verdaderos conflictos políticos a simples problemas de adecuación textual, a meros problemas de admisión asimilativa de la diferencia, se trata del trabamiento o clausura de la democracia que bloquea las oportunidades de contestación, de la imposición directa de límites de lo que es jurídicamente negociable. Se determina desde adentro quién y qué se incluye dentro del diálogo (SANÍN RESTREPO, 2012a, p. 32)

Foram esses erros dos multiculturalistas que deflagraram na América Latina uma proposta intercultural, como forma enfrentar os desafios dos Estados plurinacionais

historicamente construídos sobre as bases de sociedades classistas e racistas, como a descrita por Vallejo (2017) em "Paco Yunque".

Nos Estados plurinacionais, como os latino-americanos, as políticas educacionais devem partir do reconhecimento e da valorização da pluridiversidade cultural para poder construir políticas interculturais efetivas e estreitar os laços entre os diferentes grupos sociais.

Deve-se, portanto, primeiro multiculturizar a discriminação positiva, para poder avançar na interculturalidade (TUBINO, 2003), caracterizada por seu caráter dialogal. Para Krohling (2009, p. 116), "A descoberta da alteridade cultural cria uma hermenêutica dialógica, instaurando uma dialética intersubjetiva das diferentes identidades culturais [...]", a partir da qual, todos têm a ganhar. Dessa forma, evitar-se-ia a redução das políticas educacionais ao ensino bilíngue, "como si compartir la lengua significara a priori compartir necesariamente una misma cultura" (TUBINO, 2003, p. 75).

A interculturalidade, entretanto, não rejeita totalmente o multiculturalismo, mas parte dele e o complementa. Assim, propostas de um modelo de educação multicultural, como as do sociólogo e professor Carlos Alberto Torres, constituem um bom ponto de partida.

> [...] as metas maiores da educação multicultural são várias. Elas variam, primeiro, desde o desenvolvimento de uma alfabetização étnica e cultural (por exemplo, ampliar o grau de informação sobre a história e as contribuições dos grupos étnicos tradicionalmente excluídos do currículo) até o desenvolvimento pessoal (por exemplo, desenvolver o orgulho da própria identidade étnica). Segundo, variam desde a mudança de atitudes e clarificação de valores (por exemplo, desafiar preconceitos, estereótipos, etnocentrismo e racismo) até promover a competência multicultural (por exemplo, aprender como interagir com pessoas diferentes de nós, ou como compreender as diferenças culturais). Terceiro, variam desde o desenvolvimento da proficiência em aptidões básicas (por exemplo, melhorar a leitura, a escrita e as habilidades matemáticas de pessoas cujo fundo étnico, racial e/ou de classe é diferente do capital cultural predominante nas escolas formais) até a busca da aquisição simultânea de equidade e excelência educacional (por exemplo, desenvolver o aprendizado de opções atuantes através de diferentes culturas e estilos de aprendizagem). Quarto, variam desde o aspirar pelo fortalecimento individual até alcançar reformas sociais (por exemplo, cultivar nos estudantes as atitudes, valores, habilidades, hábitos e disciplina para que se tornem agentes sociais comprometidos com a reforma das escolas e da sociedade, com o fim de erradicar as disparidades sociais, as opressões racistas, sexistas e classistas, e com isto de melhorar a igualdade das oportunidades educacionais e ocupacionais para todos) (TORRES, 2001, p. 202-203).

No âmbito educacional brasileiro, parte dessas metas foram constitucionalmente previstas. Assim, no art. 210 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) se estabelece a obrigação de fixar conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de modo a garantir o respeito aos valores culturais, artísticos, nacionais e regionais (BRASIL, 1988).

Nessa mesma linha, no artigo, 242, §1º preceitua-se que a disciplina História do Brasil deve levar em consideração as diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro (BRASIL, 1988).

Essas normas fundam-se nos princípios educacionais previstos no art. 206 da CF/88: "Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino [...]" (BRASIL, 1988).

Esse reconhecimento e proteção constitucional da diversidade cultural brasileira no âmbito educativo constitui, sem dúvida, um importante avanço, mas é apenas um começo. É necessário ir além e exigir um Estado que assegure também um processo de desenvolvimento sustentável das capacidades das pessoas de forma a diminuir a assimetria social e econômica, garantindo o protagonismo político de todas.

> […] la educación científica intercultural, caracterizada a través del enfoque de capacidades, incidirá en la ampliación de las posibilidades de acción de las personas, contribuyendo al empoderamiento individual y comunitario que garantice que todas las personas, educándose científicamente, puedan lograr las libertades para llevar las vidas que tienen razones para valorar (VALLADARES, 2010, p. 4).

Observa Liliana Valladares (2010, p. 14) que, se no enfoque das capacidades para o desenvolvimento humano defendido por Amartya Sen (2010), a pobreza é a causa e a consequência da exclusão, então, é necessário que os indígenas deixem de ser excluídos das oportunidades que possam melhorar suas vidas. A educação intercultural propicia o acesso a essas oportunidades, ao desenvolver as capacidades que permitem aos indígenas fazerem suas próprias escolhas. Uma vida empobrecida, segundo Sen (2010), é aquela na qual a pessoa não tem escolhas.

> [...] ser excluido de las relaciones sociales es ya de por sí una privación que a su vez puede llevar a otras privaciones y limitar oportunidades de vida [...] La exclusión social implica la incapacidad de hacer aquello que se valora; y lo que resulta valioso, por otra parte, lo es en función de las identidades culturales de las personas (VALLADARES, 2010, p. 14).

Uma educação intercultural não é, porém, direcionada tão somente aos indígenas, mas ela deve ser oferecida a todos os membros da sociedade, pois todos devem aprender a

conviver com o outro, interagindo e compartilhando saberes e experiências (LOPES, 2012). É, conforme afirma Krohling (2009, p. 118) "impossível querer reduzir tudo a uno".

Daí a importância da educação intercultural, cujas condições, segundo Valladares (2010, p. 1) são: a) uma perspectiva pluralista de conhecimentos; b) uma perspectiva sociocultural da educação fundada no desenvolvimento de competências para enfrentar situações problemáticas socialmente relevantes; e, c) a conversão da pluralidade de recursos cognitivos em oportunidades reais de viver (capacidades).

Para construir as capacidades que permitam realizar os projetos de vida de cada pessoa, as políticas educacionais interculturais devem propiciar a expansão dos próprios conhecimentos, de forma a abrir novos horizontes sem ter de abandonar a própria cultura, que será enriquecida através da interação com outras experiências, em um diálogo constante, que só um Estado verdadeiramente democrático pode garantir.

Nesse sentido, a educação intercultural se apresenta como valioso meio de formação de seres pensantes e críticos que, como tais, possuem a obrigação de se posicionar frente a sua realidade, porque somente assim as transformações sociais poderão ser concretizadas, lembrando que a educação não é nunca neutra, conforme afirmara Paulo Freire (2001a, p. 58), podendo ser um instrumento de transformação da realidade:

> A educação que, não podendo jamais ser neutra, tanto pode estar a serviço da decisão, da transformação do mundo, da inserção crítica nele, quanto a serviço da imobilização, da permanência possível das estruturas injustas, da acomodação dos seres humanos à realidade tida como intocável.

Essa percepção é especialmente fundamental nos Estados latino-americanos, como no caso do Brasil, onde o aspecto socioeconômico constitui um agravante da exclusão social "[...] mais do que preconceitos de raça ou de cor, têm os brasileiros arraigado preconceito de classe" (RIBEIRO 1995, p. 236), pois aqui "[...] as classes ricas e as pobres se separam umas das outras por distâncias sociais e culturais quase tão grandes quanto as que medeiam entre povos distintos" (RIBEIRO, 1995, p. 210) .

A inquestionável politicidade da educação exige, desse modo, que o professor não seja apenas um técnico, mas que se assuma como um ser político. O professor estará sempre *a favor* ou *contra* alguém, *a favor* ou *contra* alguma coisa, "um sonho", ou um projeto da sociedade (FREIRE, 2001b, p. 95).

5 CONCLUSÃO

No final do século XX, a concepção de constituição passou por uma crucial transformação. Na Europa, essa nova compreensão foi denominada “neoconstitucionalismo”, ao passo que na América Latina chamou-se “novo constitucionalismo latino-americano”. A diferença, contudo, entre como se deu esse fenômeno nos dois lugares não se restringe apenas à denominação, mas – e apesar de possuírem raízes e pontos comuns – refere-se a experiências cujos pressupostos epistemológicos distanciam-se.

Assim, o novo constitucionalismo latino-americano surgiu para emancipar o povo oculto da sua subjugação e resgatar o protagonismo do indígena e da sua cultura, secularmente menosprezada pela cultura europeia. Propõe, portanto, novas bases epistemológicas que correspondam à história passada, presente e futura da América indígena.

Paco Yunque, a criança indígena em torno da qual gira o conto escrito pelo poeta César Vallejo em 1931, é o protagonista de uma obra que denuncia a sociedade peruana classista e racista que, em pleno século XXI, pouco tem mudado, pois a classe hegemônica, que encripta a linguagem jurídica, continua mantendo esse povo oculto, negando sua qualidade de sujeito politico. Os muitos Pacos Yunque da vida real estão ainda longe de terem qualquer protagonismo nas suas próprias vidas.

Diante dessa realidade, exsurge a educação intercultural como mecanismo que poderá contribuir na reversão desse quadro. Uma educação intercultural direcionada a garantir a formação de pessoas livres, por meio do desenvolvimento das capacidades necessárias para realizar seus próprios projetos de vida, de modo a serem reconhecidos como sujeitos políticos.

Com essa finalidade, o Estado deve implementar políticas públicas interculturais que não apenas reconheçam a diversidade, mas que valorizem as diversas cosmovisões e propiciem entre elas um diálogo capaz de fomentar a aprendizagem e o enriquecimento mútuo. Não se trata de homogeneizar a sociedade, como proposto pelos ideais iluministas do século XVIII, nem de salientar as diferenças e apenas garantir a coexistência, conforme defendido pelo multiculturalismo, mas de construir uma sociedade na qual os diferentes grupos sociais interajam, compartilhem saberes e vivências, pois somente assim se constrói um Estado democrático, no qual todos devem ser os protagonistas da sua própria história.

REFERÊNCIAS

ALVARADO, Virgilio. Políticas públicas e interculturalidade. In: FULLER, Norma (ed.)

Interculturalidade y política. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003, p. 33-49.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. El neoconstitucionalismo y el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamandas a entenderse? **CEFD - Cuadernos electrónicos de filosofia del derecho**. Valencia. n. 32, p. 21-53. 2012. Disponível em: http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/50097/5303332.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 20 mai. 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Principios y nuevos constitucionalismos**. El problema de los nuevos principios, 2010. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/07JJGomesCanotilho.htm Acesso em: 15 mai. 2020.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 30. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001a.

FREIRE, Paulo. Direitos Humanos e Educação Libertadora. In: FREIRE, Ana Maria Araújo (Org.). **Pedagogia dos sonhos possíveis**. São Paulo: UNESP, 2001b.

FULLER, Norma. Introducción. In: FULLER, Norma (ed.) **Interculturalidade y política**. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003, p. 9-29.

KROHLING, Aloísio. **Direitos Humanos Fundamentais:** diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009.

KYMLICKA, Will. **Politics in the vernacular nationalism, multiculturalism and citizenship**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

LOPES, Ana Maria D´Ávila. Da coexistência à convivência com o outro: entre o multiculturalismo e a interculturalidade. **REMHU**. Brasília, v. 20, n. 38, p. 67-81, jan. /jun. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/remhu/v20n38/a05v20n38.pdf Acesso em: 05 jun. 2020.

MÉNDEZ HINCAPÍE, Gabriel; SANÍN RESTREPO, Ricardo. La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**. São Luis Potosí. a. IV, n. 8, p. 97-120. jul./dic. 2012. Disponível em: http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/Número%208/Redhes8-05.pdf Acesso em: 06 jun. 2020.

OVIEDO, José Miguel. **Analogía del cuento hispanoamericano del siglo** XX. 1. Fundadores e innovadores. Madrid: Alianza Editorial, 2017.

QUIJANO, Aníbal. El Fantasma Del Desarrollo en América Latina. **Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales**. v. 6, n. 2, p. 73-90, may-ago. 2000.

QUIJANO, Aníbal. **Cuestiones y Horizontes:** de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Buenos Aires: CLACSO, 2014a. p. 757-775.

QUIJANO, Aníbal. Estado-Nación, Ciudadanía y Democracia – cuestiones abiertas. In.: QUIJANO, Abíbal. **Cuestiones y Horizontes:** de la dependencia histórico- estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Buenos Aires: CLACSO, 2014b. p. 605-62.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição?. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, v. 1, n. 7, p. 231-253, jan/jun. 2016. Disponível em: http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/322 Acesso em: 18 mai. 2020.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro.** A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

RINCONES, Orlando. La colonización del Abya Yala y la conformación de un nuevo modelo de sociedad. La Entrega: el tiempo de los Incas y la usurpación colonial. **Revista Integra Educativa**. La Paz. v. 5, n. 5, p. 221-232, sep. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S1997-40432012000300011&script=sci_arttext Acesso em: 18 mai. 2020.

ROSTWOROWSKI DIEZ CANSECO, María. **Historia del Tahuantisuyu**. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2014.

TORRES, Carlos Alberto. **Democracia, educação e multiculturalismo**: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001

TUBINO, Fidel. Entre el multiculturalismo y la interculturalidade: más allá de la discriminación positiva. In: FULLER, Norma (ed.) **Interculturalidade y política**. Lima: Red para el desarrollo de las ciencias sociales en el Perú, 2003, p. 51-76.

SANÍN RESTREPO, Ricardo. Cinco tesis desde el pueblo oculto. **Oxímora**. Revista Internacional de Ética y Política. Barcelona. n. 1, p. 10-39, otoño 2012a. Disponível em: https://revistes.ub.edu/index.php/oximora/article/view/5245/7039 Acesso em: 05 jun. 2020.

SANÍN RESTREPO, Ricardo. Por qué no Habermas: del engaño liberal a la democracia radical. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 264-284, jul./dez. 2012b. Disponível em: https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/322/285 Acesso em: 4 jun. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologías del Sur. Utopía y Praxis Latinoamericana. **Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social**. Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela. a. 16. n. 54, p. 17- 39, jul./sep. 2011. Disponível em: https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/3429/3428 Acesso em: 18 mai. 2020.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (coord.) **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3-45.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VALLADARES, Liliana. La educación científica intercultural y el enfoque de las capacidades. **Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad** – CTS, Buenos Aires. v. 6, n. 16, p. 1-28, dic. 2010. Disponível em: http://www.redalyc.org/pdf/924/92418416003.pdf Acesso em: 15 mai. 2020.

VALLEJO, César. Paco Yunque. In: OVIEDO, José Miguel. **Analogía del cuento hispanoamericano del siglo** XX. 1. Fundadores e innovadores. Madrid: Alianza Editorial, 2017, p. 42-62.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Los processos constituyentes latino-americanos y el nueveo paradigma constitucional. **Ius**. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. n. 25, p. 7-29, 2010.

WALSH, Catherine. Interculturalidad y Colonialidad del Poder – un pensamiento y posicionamento "outro" desde la diferencia colonial. In.: CASTRO-GÓMEZ, Santiago e GROSFOGUEL, Ramón (orgs.). **El Giro Decolonial.** Reflexiones para una diversidade epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 47-62.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**. Florianópolis. n. 53, p. 113-128, dez. 2006

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: MORAES, Germana Oliveira; GARCÍA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (org.). **Para além das fronteiras**: o tratamento jurídico das águas na Unasul. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 61-84. Disponível em: https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20PARA%20ALÉM%20DAS%20FRONTEIRAS%20O%20TRATAMENTO%20JURÍDICO%20DAS%20ÁGUAS%20NA%20UNASUL%20-%20PARTE%20I.pdf#page=62 Acesso em: 8 out. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**: 2010. Disponível em: http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf. Acesso em: 8 out. 202.

Submissão em 20/08/2020 / Aceito em 01/10/2020

Revista da Faculdade Mineira de Direito │V.23 N.46│
Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea

IMPACTOS DO NEUROMARKETING NA VULNERABILIDADE DO CONSUM DOR

THE IMPACTS OF NEUROMARKETING ON THE CONSUMER'S VULNERABILITY

Mariele Zoratto[1]
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Antônio Carlos Efing[2]
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Resumo:
A aplicação da neurociência à pesquisa de marketing deu origem ao neuromarketing, voltado a compreender como o cérebro reage à publicidade. O objetivo do trabalho é esclarecer o que é neuromarketing e analisar suas potencialidades e limitações, a fim de entender como ele impacta na vulnerabilidade do consumidor. Para tanto, adota-se o método dedutivo e pesquisa qualitativa e exploratória. Os resultados da pesquisa apontam que muito da crítica se baseia em especulações que desconsideram as limitações da técnica. Os resultados obtidos pelo neuromarketing apenas indicam probabilidades de comportamento, bem como não existe respaldo científico para afirmar que ele possibilite qualquer tipo de controle sobre o consumidor, seja de suas vontades ou ações. Entretanto, ele agrava o desequilíbrio informacional da relação de consumo, tem alto potencial manipulador e fomenta o consumismo, o que o tornam um instrumento para agravar a vulnerabilidade, passível de ser controlado e regulamentado no panorama científico, ético e legal.
Palavras-chave:
Direito do Consumidor. Neuromarketing. Vulnerabilidade.

Abstract:
The application of neuroscience to marketing research originated neuromarketing, which focus on understanding how the brain reacts to advertising. The objective of the paper is to clarify what neuromarketing is and to analyze its potentialities and limitations, in order to understand how it impacts on the consumer's vulnerability. Therefore, the deductive method and qualitative and exploratory research are adopted. The research results show that much of the critics are based on speculations that disregard the limitations of the technique. The results obtained by neuromarketing only indicate probabilities of behavior, as well as there is no scientific support to say that it allows any type of consumer control, be it their wishes or actions. However, it aggravates the informational imbalance of the consumption relationship, has a high potential for manipulation and encourages consumerism, which makes it an instrument to aggravate the vulnerability, which must be controlled and regulated in the scientific, ethical and legal contexts.
Keywords:
Consumer Law. Neuromarketing. Vulnerability.

1 INTRODUÇÃO

O capitalismo de consumo é um sistema de produção voltado à oferta. Muito mais que a satisfação de necessidades, é a renovação constante do desejo de comprar que movimenta a

[1] Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na área de concentração Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Advogada. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-0743-945X

[2] Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1989), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos coletivos, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Consumidor, Código de Defesa do Consumidor, Direito e Tecnologia, Consumo e Meio Ambiente, Consumo consciente e sustentável, contratos, contratos eletrônicos, segurança jurídica nos contratos. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7060-2654

economia contemporânea. Estabelece-se, assim, um ciclo de produção-oferta-consumo-descarte, em que todas as etapas são indispensáveis.

Para que esse sistema continue funcionando, ultrapassa-se qualquer limite relativo a necessidades materiais, e adentra-se a esfera do consumismo – que também opera sob outras denominações, como consumo hedonista, perdulário ou insustentável. Manter os níveis de consumo tão acima do necessário exige um esforço contínuo por parte dos ofertantes e dos agentes de marketing.

Nesse sentido, entender o comportamento e as preferências do consumidor não é uma necessidade recente. O século XX já contava com pesquisas de marketing, mas que eram realizadas de maneira que dependia de informações fornecidas pelo consumidor. Diversos fatores poderiam influenciar a resposta, ocultar a verdade, e impactar futuramente nas vendas.

A pesquisa de marketing foi se mostrando, assim, cada vez mais ineficaz. Essa crise, que ocorria em paralelo com o desenvolvimento da ciência comportamental, fez com que as estratégias de marketing buscassem fundamentos em outras searas mais assertivas. Disso adveio a aproximação entre marketing e neurociência, cuja fusão deu origem ao termo neuromarketing.

A dificuldade não se encontra tanto em compreender o que é neuromarketing, e sim como exatamente ele se relaciona – ou agrava – a vulnerabilidade do consumidor. Conforme será visto, muitos defendem que a prática é inofensiva, mas entender seu mecanismo, limites e potenciais é indispensável para tirar conclusões mais acertadas.

Dessa forma, o objetivo do trabalho é esclarecer o que é neuromarketing e analisar suas potencialidades e aplicações a partir da perspectiva do Direito do Consumidor. Uma vez que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo, esse posicionamento é adequado para compreender o fenômeno de maneira equitativa.

Em razão disso, leituras prévias sobre o tema permitem identificar, a priori, que a prática é incompatível com o arcabouço principiológico que protege o consumidor, mas resta esclarecer exatamente como. Ou seja: de que maneira o neuromarketing impacta na vulnerabilidade do consumidor?

Para tanto, adota-se o método dedutivo e pesquisa qualitativa e exploratória. Quanto aos procedimentos técnicos utilizados, os resultados apoiam-se em revisão bibliográfica e análise documental.

O artigo organiza-se da seguinte maneira. A seguir será exposta mais detalhadamente a evolução da sociedade de consumo, que culminou em comportamentos imprevisíveis por parte dos consumidores, o que levou a recorrer-se à ciência comportamental. Em seguida, será

apresentado o conceito e possíveis aplicações do neuromarketing. Por fim, uma análise de como ele agrava a vulnerabilidade do consumidor e fere princípios constitucionais e consumeristas.

2 O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DE CONSUMO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Traçar um panorama ilustrativo da sociedade de consumo – de sua formação a seus desafios contemporâneos – é uma tarefa que necessita das contribuições de sociólogos e filósofos. Para tanto, combina-se aqui as teorias de Jean Baudrillard (2010), Zygmunt Bauman (2008) e Gilles Lipovetsky (2007), a fim de proporcionar um plano de fundo para a crítica que vem a seguir.

Jean Baudrillard (2010), em 1970, publicou *A sociedade de consumo (La société de la consommation*, no original*)*, obra que influenciou os demais autores que serão trabalhados. Sua leitura da sociedade de consumo é focada nos objetos e no poder que exercem. O conjunto das relações sociais deixa de ser um laço com os semelhantes e passa a ser um laço com os bens e mensagens. Por trás do amontoado de bens, existe a negação da escassez.

O sociólogo francês enxerga o consumo como fenômeno social e socialmente valorado. Sua lógica social não é a da apropriação individual do valor de uso dos bens e dos serviços, nem a lógica da satisfação, mas sim a da produção e manipulação dos significados sociais. O consumo é um processo de significação e comunicação (linguagem), bem como um processo de classificação e diferenciação social. “O consumo surge como sistema que assegura a ordenação dos signos e a integração do grupo; constitui simultaneamente uma moral (sistema de valores ideológicos) e um sistema de comunicação ou estrutura de permuta.” (BAUDRILLARD, 2010).

Baudrillard influenciou a teoria de Zygmunt Bauman sobre sociedade de consumo. Em uma leitura mais contemporânea do fenômeno, o sociólogo polonês identifica esse tipo de estrutura social como a mais característica do período que ele intitula modernidade líquida (BAUMAN, 2008). Para este trabalho, sua principal contribuição vem na distinção que faz entre consumo e consumismo, indispensável para compreender a dinâmica da economia.

O consumo é algo inseparável da sobrevivência biológica dos seres humanos, assim como acontece às outras espécies. Ele não muda qualitativamente ao longo das décadas e isso deixa pouca margem para inventividade e manipulação. Já o consumismo é um atributo da sociedade, alcançado por meio da “revolução consumista”, em que a capacidade individual de querer, desejar e almejar foi destacada dos indivíduos e transformada numa força externa que

coloca a sociedade de consumidores em movimento, bem como estabelece parâmetros específicos para as estratégias de vida que são consideradas eficazes e manipula as probabilidades de escolha e condutas individuais (BAUMAN, 2008).

Os dois autores desenham um cenário bastante nítido do que seja a sociedade de consumo em linhas gerais, mas para entender a ligação entre ela e o neuromarketing é preciso recorrer também a Gilles Lipovetsky (2007), que apresenta a evolução histórica do capitalismo de consumo. Essa evolução passa por três fases: o nascimento dos mercados de massa; a sociedade de consumo de massa; o consumo emocional. É nessa última que se insere o tema da pesquisa.

No período entre 1880 e a Segunda Guerra Mundial, pequenos mercados locais se tornaram grandes mercados nacionais em razão do desenvolvimento da infraestrutura de transporte e comunicação, bem como máquinas que possibilitavam a produção em larga escala. Aliado ao desenvolvimento tecnológico, foi necessário educar os consumidores para o consumo e incentivá-los a recorrer cada vez mais ao mercado. Isso deu origem a um novo modelo de economia, orientada para a democratização do acesso aos bens de consumo, uma vez que o baixo poder aquisitivo da população era um desafio tangível (LIPOVETSKY, 2007).

Já no período pós-guerra, entre as décadas de 1950, 1960 e 1970, estabeleceu-se uma verdadeira sociedade da abundância, quando o poder aquisitivo do consumidor aumentou consideravelmente. A sociedade de consumo de massa passa a ser o modelo das sociedades ocidentais, marcadas pelo crescimento (em termos de PIB), melhoria das condições de vida e criação de objetos-guia de consumo, sendo estes os critérios de quantificação do progresso.

O foco estava no conforto material, e numa lógica econômica muito mais quantitativa do que qualitativa. Aqui já fica caracterizada a *sociedade do desejo*, que substitui a coerção pela sedução, que impregna o imaginário do consumidor com sonhos de felicidade, dando origem a uma vontade crônica por bens mercantis libertada das necessidades (LIPOVETSKY, 2007).

A terceira fase é marcada pelo aumento na *vontade* de consumir, orientando-se para um consumo experiencial e emocional, em que não só bens materiais são buscados, mas também imateriais, como a felicidade. O acesso aos bens foi banalizado. As regulações de classe degradaram-se. O consumo passou a orientar-se cada vez mais em razão de critérios individuais, dando origem à Era do Hiperconsumo, marcada por uma lógica desinstitucionalizada, subjetiva e emocional (LIPOVETSKY, 2007).

É nesse ponto que começa a dificuldade em entender e prever o comportamento dos consumidores no mercado. Se até a segunda fase os consumidores eram orientados por padrões claros estabelecidos por suas classes sociais, na medida em que o individualismo foi corroendo

essas orientações, os padrões de conduta diluíram-se também, e o consumidor foi se tornando cada vez mais imprevisível, volúvel e voluntarioso.

Percebe-se que existe todo um mecanismo social empenhado na tarefa de girar as engrenagens do consumismo, mas ainda assim é preciso saber o que produzir, o que ofertar. É preciso entender melhor o que o consumidor quer, ou pelo menos ter alguma ideia do que ele *possa querer*.

Desde o século XX percebeu-se que as formas tradicionais de pesquisa de comportamento dos consumidores eram falhas e subjetivas demais, originando publicidades pouco impactantes. A solução encontrada foi apoiar-se na neurociência, dando origem ao que hoje se intitula neuromarketing.

3 O QUE É NEUROMARKETING?

Apesar do fato de que o consumo pode ser entendido como a base do sistema econômico, elemento de coesão social e instrumento de diferenciação individual, e que o volume de compras na hipermodernidade seja expressivo, nem tudo que é colocado no mercado vende. Essa constatação deu origem à necessidade de averiguar, em um nível mais profundo, o que realmente motiva o consumo.

Conforme visto, na terceira fase do capitalismo, em que opera o consumo emocional, o consumidor se desvencilha de laços grupais ou de classe e passa a atuar de forma autônoma, individualista, na busca das melhores sensações, que podem ser encontradas em *qualquer lugar*. Isso ocasiona hábitos caóticos de consumo, sem qualquer parâmetro ou limite: “De um consumidor sujeito às coerções sociais da posição, passou-se a um hiperconsumidor à espreita de experiências emocionais e de maior bem-estar, de qualidade de vida e de saúde, de marcas e de autenticidade, de imediatismo e de comunicação” (LIPOVETSKY, 2007, p. 14).

O consumo pode ocorrer em qualquer tipo de estabelecimento comercial, seja ele elitizado ou popular, desde que atenda ao momento e à vontade. Isso reflete no comportamento eclético do hiperconsumidor. Além disso, há que se considerar a quantidade de informações a que ele está exposto diariamente, que os torna cada vez mais imune aos apelos da publicidade.

A publicidade massificada, nos moldes do século XX, não funciona mais, e aquilo que até então obteve algum sucesso se revelou, posteriormente, um simples golpe de sorte (LINDSTROM, 2017). O obstáculo dos métodos convencionais estava na dependência da vontade e competência dos consumidores em descrever como eles se sentiam quando expostos a um determinado anúncio. O desafio envolvia a dimensão emocional e também cognitiva dos

consumidores submetidos a testes que comprometiam a metodologia dos processos (MORIN, 2011).

Para compreender melhor o consumidor foi preciso ir a fundo e aliar marketing e ciência, desenvolvendo um novo campo de pesquisas chamado neuromarketing, destinado a estudar diretamente o cérebro e como ele reage à publicidade, sem depender da participação ativa dos sujeitos desse teste.

Neuromarketing é um termo que começou a ser utilizado por volta de 2002 e se apresentou como uma metodologia inovadora para estudar o comportamento do consumidor, especificamente em como o cérebro reage à publicidade. O intuito é adentrar a estrutura cerebral e identificar como as mensagens são mais eficazmente absorvidas pelo cérebro (MORIN, 2011).

Enquanto um campo de atuação interdisciplinar, o neuromarketing é a aplicação de descobertas da neurociência, combinada com neuroeconomia (que estuda os processos de decisão) na pesquisa de marketing. Ele se divide em dois campos de atuação: a neurociência do consumidor, que acontece no plano acadêmico e científico; e a utilização das técnicas para fins específicos, que acontece ao nível das empresas. Esse último é o alvo das críticas por parte do público (ULMAN *et al.*, 2015).

Camargo (2013) esclarece que dentro da neurociência comportamental, a partir da qual se desenvolve a neuroeconomia e o neuromarketing, busca-se entender os processos automáticos do cérebro, aqueles realizados pela mente sem que se tenha consciência deles, que acontecem muito mais rápido que decisões criteriosas conscientes, e ocorrem com pouca ou nenhuma percepção. Em razão de sua natureza instintiva, o ser humano exerce pouca influência sobre eles.

O comportamento caótico de consumo fundamentou o desenvolvimento desse novo tipo de ciência. Foi preciso quebrar um paradigma importante da análise do consumo: os consumidores, ao contrário do que a ciência econômica sustentava, não agem motivados racionalmente. O consumo ocorre a partir de um impulso irracional, subconsciente. Tal constatação ganha mais intensidade em tempos de hiperconsumo.

Utilizar a neurociência permite aos agentes de marketing acessar o que acontece a nível subconsciente, e assim entender porque mensagens são mais ou menos bem sucedidas. Tudo isso serve a tranquilizar as empresas de que seus investimentos em novos produtos e publicidade terão retorno financeiro positivo (MORIN, 2011).

Neuromarketing, de acordo com Lindstrom (2017), é a chave para decifrar a lógica do consumo – os pensamentos, sentimentos e desejos subconscientes que impulsionam as decisões de compra. O autor afirma que o cérebro, bombardeado com muitas informações, desenvolve

mecanismos mais eficientes de filtragem e autoproteção. Então, o que será armazenado? O estudo do neuromarketing se destina a descobrir o que efetivamente consegue se fixar nas mentes e fomentar o consumo.

Dentre os métodos de neurociência utilizados, é possível dividi-los em três categorias, todas elas contendo métodos não-invasivos, mas que atuam de maneiras distintas, conforme classifica Lim (2018). Sem adentrar na funcionalidade de cada um, apenas apresentando-os a título ilustrativo, tem-se:

a) Métodos neurocientíficos que registram a atividade neural: eletroencefalografia, magneto encefalograma, *steady-state topography*, imagem de ressonância magnética funcional, tomografia por emissão de pósitrons.
b) Métodos neurocientíficos que registram a atividade neural fora do cérebro: eletrocardiografia, tomografia facial, atividade eletrodérmica.
c) Métodos neurocientíficos que manipulam a atividade neural: estimulação magnética transcraniana e neurotransmissores.

Esses métodos são desenvolvidos em ambientes próprios e controlados, são não-invasivos, e se destinam a medir a atividade cerebral em diversos vieses. Não se trata, portanto, de algo a ser transplantado para ambientes de compra. O intuito de sua utilização é avaliar as reações cerebrais às publicidades que são apresentadas aos voluntários.

O diferencial que as pesquisas de neuromarketing oferecem é a eliminação da subjetividade expressada aos depoimentos e opiniões de consumidores observados e entrevistados nos métodos tradicionais de pesquisa de comportamento. Conforme outrora mencionado, compreender o conceito é menos problemático do que rotular a estratégia como boa ou má.

Autores como Camargo (2013) entendem que neuromarketing nada mais é que neuropesquisa de mercado, focada no comportamento do consumidor, não podendo ser entendido como técnica de imposição de vendas. "*Neuromarketing* não trata como controlar a mente do consumidor, mas sobre como entendê-la para controlar a mensagem e desenvolver ações de marketing mais efetivas" (CAMARGO, 2013, p. 124).

Dentro da ciência comportamental, a influência é considerada um fator que pesa no momento da tomada de decisão, mas que não é capaz de direcionar o comportamento a uma direção específica desejada. O neuromarketing, nesse sentido, se dedica a produzir influências. Ele se vale da neuroeconomia, no tocante aos processos neurais de decisão, e a combina com

outros aspectos da ciência comportamental, como atenção, memória e percepção, a nível individual e social (BREITER *et al.*, 2015).

O comportamento humano é altamente complexo e envolve muitos elementos, intrínsecos (como aspectos biológicos) e extrínsecos (sociais, culturais, ambientais), o que torna impossível, ou ao menos pouco provável, que um estímulo isolado resulte em comportamento dirigido. O que o neuromarketing pode fazer é ajudar as empresas a compreender melhor o comportamento de compra, sem, entretanto, determiná-lo. Por meio das técnicas de pesquisa por imagem cerebral, é possível detectar padrões de comportamento, mas nada específico (CAMARGO, 2013).

Esse argumento encontra respaldo em outros autores, como Hoyer e Maccinis (2012), que apontam quatro domínios culturais básicos para a tomada de decisão do consumidor: diversidade (idade, gênero, orientação sexual, religião, etnia e regionalismo); classe social e família; psicografia (valores, personalidade e estilo de vida) e influências sociais. Isso mostra que a tomada de decisão é algo complexo e que extrapola a pessoa do consumidor, sendo muito influenciada por fatores sociais e externos.

Assim, estudam-se alguns elementos que podem *influenciar* o consumo, como: neurônios-espelho; dopamina (recompensa e bem-estar); mensagem subliminar; rituais e superstições; sensação de pertencimento; marcadores somáticos (associações e experiências); branding sensorial; polêmicas (LINDSTROM, 2017). Cada um desses elementos demanda explicações complexas, que fogem ao objetivo deste artigo, mas são mencionadas a título exemplificativo. A essência desse estudo é apontar que o funcionamento cerebral tem sido estudado, com as tecnologias mais modernas disponíveis, a fim de tentar descobrir como o cérebro age em relação ao consumo.

Essa nova estratégia de pesquisa é apresentada como crucial para o sucesso em um mercado saturado de concorrência, embora ainda pouco difundida e altamente custosa (ARIELY e BERNS, 2010). Entretanto, alega-se que o futuro dessa ciência é promissor, pois é capaz de gerar economia de recursos ao antecipar possíveis fracassos de vendas. No dia-a-dia já é possível perceber algumas práticas que trabalham com o psicológico humano, como embalagens coloridas, anúncios com pessoas bonitas ou bebês, estratégias do tipo “compre antes que acabe”, recompensas, *nudges* etc. (LINDSTROM, 2017).

A perspectiva favorável ao neuromarketing se fundamenta, portanto, no emprego da ciência para otimizar as ofertas, pautada na utilização de métodos que não sejam invasivos, e posteriores estratégias de vendas que empregam artifícios não necessariamente dolosos. Nesse sentido, argumenta-se que os principais temores relacionados ao neuromarketing não são reais.

Stanton *et al.* (2017) esclarecem que as duas maiores aflições relacionadas ao tema não têm respaldo. A primeira delas diz respeito à possibilidade de *predizer* as escolhas do consumidor, ou seja, a crença de que os resultados obtidos pela pesquisa de neuromarketing sejam determinantes, quando na verdade são apenas probabilísticos. Segundo, o risco de *influenciar* os consumidores, no sentido de comprometer o controle sobre os atos de compra, ao tornar mercadorias *irresistíveis*. Entretanto, o intuito de lapidar a vontade do consumidor sempre foi uma preocupação do marketing, e ainda assim, os resultados obtidos pelo neuromarketing são indicativos e não conseguem proporcionar qualquer forma de controle.

Já o outro lado da moeda contém as preocupações éticas. A publicidade que se utiliza de neuromarketing pode ir de ações muito simples, como as elencadas anteriormente, às muito lesivas, como mensagem subliminar, exploração de comportamentos compulsivos ou até mesmo o medo. Tudo depende dos padrões éticos dos agentes de mercado. A própria fase de pesquisa é problemática, bem como a posterior aplicação dos resultados.

A etapa de pesquisa apresenta pontos delicados em relação à maneira com que os sujeitos de teste são manipulados, a confiabilidade dos resultados e a transparência nos processos. Enquanto desenvolvida no ambiente acadêmico, a divulgação de resultados obtidos nas pesquisas de neuromarketing geralmente passam pelo crivo da revisão às cegas por pares, o que ajuda a impedir que resultados distorcidos cheguem ao público. Entretanto, quando a pesquisa é desempenhada por agências que prestam serviços nesse sentido, existe uma opacidade nos processos de coleta de dados e os padrões de qualidade restam enfraquecidos, bem como os resultados obtidos são mais suscetíveis a serem menos confiáveis por não apresentaram o necessário rigor metodológico (STANTON *et al*, 2017).

Além disso, advém das pesquisas de agências e da publicidade que lançam em seus serviços os resultados superestimados relativos à eficácia do neuromarketing. Como nada mais que um produto, ele é apresentado como algo decisivo, mas sem o respaldo científico necessário para fundamentar as afirmações (STANTON *et al*, 2017).

Se as situações acima retratadas ainda podem causar qualquer dúvida sobre os riscos atrelados à pesquisa de neuromarketing, as sugestões de Mileti *et al* (2016), pautadas na utilização de nanotecnologia para auxiliar a pesquisa de comportamentos do consumidor, têm grande poder de alarmar os que assumem uma postura cética.

Tendo em vista as limitações encontradas no desenvolvimento do neuromarketing (como a necessidade de realizar experimentos em ambiente laboratorial, em situações artificias e controladas), os autores sugerem que a nanotecnologia seja empregada na tarefa, em contato ou dentro do organismo humano, a fim de medir as emoções em tempo real, utilizar

instrumentos de pesquisa fora do ambiente laboratorial, bem como mais de um instrumento por vez, tudo isso orientado por padrões éticos – que entretanto ficam a critério dos agentes pesquisadores. Os autores denominam essa nova modalidade de *nanomarketing* (MILETI *et al.*, 2016).

Se pautada em exames laboratoriais – parcimoniosos, controlados, não-invasivos – o neuromarketing já causa alarme, o que dizer do uso de nanotecnologias. Embora se possa argumentar que a sugestão é apenas isso – uma sugestão dentre possíveis outras – uma abordagem inocente do uso da tecnologia, além de míope, é perigosa.

As possibilidades do uso cada vez maior de tecnologias são potenciais, diversas e imprevisíveis, o que constitui um cenário de risco. A tecnologia, como sustenta Bauman (1997) é um sistema fechado formado por crenças autocorroboradoras. Isso quer dizer que uma vez que se tem início o seu uso, forma-se um ciclo do qual não há saída. Os problemas percebidos são meras oportunidades para utilizá-la ainda mais. Ao trazer a crítica para o presente caso, se o marketing já se voltou às descobertas (tecnológicas) da neurociência, utilizar-se da nanotecnologia é um futuro altamente provável, ainda a ser operacionalizado, dentro de um sistema que gira em torno da utilização cada vez mais pervasiva e profunda de tecnologia.

Nesse sentido, é essencial resgatar a ideia de risco trabalhada por Ulrich Beck (2011), para quem a sociedade contemporânea atingiu um limite de atuação em que é impossível antecipar a amplitude dos efeitos das ações, o que dá origem a um panorama de riscos impossíveis de prever, bem como a necessidade de optar por uma abordagem cautelosa a cerca do neuromarketing.

Potencialidades à parte, a ciência comportamental ainda está em seus estágios iniciais e, comparado a ela, o neuromarketing é embrionário. Pouco desenvolvido e reputado muito promissor, a técnica ainda carece de pesquisa acadêmica para avaliar não só seus méritos, mas também questões éticas relacionadas ao uso (MORIN, 2011). Conforme aponta Lim (2018), embora o volume de pesquisa tenha aumentado desde então no campo teórico, ainda faltam estudos empíricos sobre a efetividade da técnica.

Embora o neuromarketing ainda esteja, portanto, nos primórdios de sua aplicação, o momento é oportuno para o Direito se debruçar sobre a questão e desde já optar por um posicionamento. O conteúdo do ordenamento jurídico brasileiro faz com que seja necessário adotar a perspectiva do risco e também da vulnerabilidade do consumidor a fim de analisar a prática de neuromarketing, o que será visto a seguir.

4 IMPACTOS DO NEUROMARKETING NA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Embora a etapa científica em si apresente os desafios éticos de qualquer pesquisa, como a necessidade de proteção aos sujeitos de teste (consentimento, vulnerabilidade e privacidade) e a validade e confiabilidade dos resultados (LIM, 2018), a grande questão jurídica acerca do neuromarketing diz respeito a sua aplicação nas estratégias de venda, ou seja, aquilo que efetivamente chega aos consumidores.

Analisar a relação entre neuromarketing e vulnerabilidade do consumidor, conforme visto, envolve uma tomada de posição. Apesar dos argumentos de que tal modalidade de pesquisa ainda esteja em seus estágios iniciais, bem como que não possui poder de determinar comportamentos, o raciocínio a seguir se pauta no risco (inegável e imprevisível).

Antes de adentrar o centro da questão, cabe destacar que marketing é uma atividade necessária, que embora seja mal vista por muitos, seu objetivo principal é tão somente ajudar na aproximação entre produtos e consumidores. Ele conta com dois objetivos principais: orientar o design e apresentação dos produtos e facilitar os processos de escolha do consumidor (ARIELY e BERNS, 2010). O fato de ele buscar na neurociência indicativos que possam ajudar nessa tarefa, nada mais é que um desenrolar previsível dentro de uma sociedade tecnológica. Embora antevista, essa aproximação merece ser escrutinada de um ponto de vista ético e jurídico.

Serão trabalhados três motivos pelos quais o neuromarketing pode ser considerado um instrumento para agravar a vulnerabilidade do consumidor: o desequilíbrio informacional; o potencial de manipulação; e a capacidade de fomentar o consumismo.

A partir do momento em que a Constituição Federal elegeu, dentre o rol de direito fundamentais, a proteção ao consumidor (CF, art. 5°, XXXII), o que deu origem a um diploma legal específico para tratar do assunto (Código de Defesa do Consumidor – Lei n° 8.078/90), o Direito passou a tutelar aqueles que, diante dos agentes do mercado, estavam em posição ameaçada, ou seja, eram vulneráveis.

A vulnerabilidade é um conceito de direito material e uma qualidade intrínseca de todos que se encontram na posição de consumidor, independentemente de sua condição social ou econômica. É ela que origina um dos princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor (MENDONÇA *et al.*, 2014), o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Misugi e Efing (2016), ao compilarem o entendimento dos principais doutrinadores nacionais sobre o assunto, apresentam uma síntese daquilo que se entende por princípio da

vulnerabilidade como sendo característica inerente a qualquer consumidor, que importa na presunção absoluta de sua fraqueza ou debilidade no mercado, em virtude da ausência de controle sobre os bens ali dispostos, uma vez que necessitam se submeter e expor ao poder dos fornecedores.

A síntese aponta que é a necessidade de consumir produtos e serviços disponibilizados por outrem e o desequilíbrio informacional que colocam o consumidor em posição desprivilegiada, o que demanda a atuação efetiva do Estado, a fim de alcançar igualdade substancial entre as partes da relação de consumo.

A vulnerabilidade do consumidor acontece de quatro diferentes formas, conforme a classificação proposta por Marques (2011): econômica, técnica, jurídica e informacional. A pesquisa de neuromarketing se relaciona com a última dimensão.

Conforme Mendonça *et al.* (2014, p. 142) explicam, uma "informação clara, precisa e honesta permite ao consumidor decidir de forma refletida sobre a necessidade, ou não, de determinado produto ou serviço, sendo expressão da liberdade do ato de consumir". No caso, a informação que não é prestada diz respeito à maneira com que a publicidade ou produto são recebidos pelo cérebro e quais efeitos produzem. Compartilhá-la pode significar, por um lado, comprometer o sucesso da estratégia de venda e, por outro, contribuir com a manutenção de um acentuado desnível de poder.

Deter informações no sentido de que apresentar imagens de alguém comendo ou bebendo algo pode desencadear a ação de neurônios-espelho (que irão querer fazer o mesmo por simples reflexo); ou valer-se da precificação para criar um valor melhor aceito pelo cérebro (ex.: R$ 9,99 ao invés de R$ 10); desenvolver sentimentos de pertencimento entre consumidor e a marca; explorar marcadores somáticos para criar associação entre marcas e valores etc.; são estratégias que podem ser consideradas lícitas e *inofensivas*, mas que de qualquer forma agravam o abismo entre o poder do fornecedor e do consumidor.

O fato de o fornecedor deter informações sobre os padrões de consumo que os próprios consumidores não têm – como, por exemplo, identificar motivos pela preferência de uma marca que o próprio consumidor desconhece – é uma maneira de agravar a vulnerabilidade, principalmente ao se considerar a dificuldade em superar esse desnível informacional. Existe um desequilíbrio entre aquilo que o fornecedor é capaz de descobrir sobre o funcionamento do cérebro humano no tocante à publicidade (e como posteriormente aplicará isso), por meio da encomenda de pesquisas de neuromarketing e o quanto os consumidores em geral conseguem aprender sobre o assunto.

Se para os próprios agentes de marketing é uma tarefa complexa aprender e utilizar as descobertas da neurociência (STANTON *et al.*, 2017; LIM, 2018), quem dirá para a população em geral, principalmente ao se considerar que o consumidor está em situação de *submissão* e *exposição* em relação aos fornecedores, uma vez que a sua escolha de bens de consumo não poderá exceder aquilo que é oferecido no mercado (EFING, 2019), sobre o qual não pode recair o ônus de se instruir e blindar contra as práticas de neuromarketing.

Além de fomentar o desequilíbrio informacional, o neuromarketing está perigosamente próximo à manipulação. Definir o que ela seja, e meios para identificá-la, ainda é uma tarefa em desenvolvimento pela academia. Entretanto, Sher (2011) apresenta um conceito, bem como propõe uma estrutura ética a ser usada para avaliar se uma prática de marketing é manipuladora ou não.

Manipulação é a tentativa de motivar o comportamento de outrem alterando seu processo de tomada de decisões, identificado previamente como não favorável ao produto, buscando modificá-lo por meio de artifício ou explorando a vulnerabilidade existente (SHER, 2011).

De acordo com o autor, identificar a manipulação não é algo a ser feito a partir dos resultados, mas sim das intenções dos agentes. Isso quer dizer que a mudança em crenças, desejos e preferências por parte do consumidor constitui uma consequência possível da prática de manipulação. Entretanto, esse resultado não é necessário nem suficiente para que se caracterize a manipulação (SHER, 2011).

Investigá-la apenas pelos resultados dá origem a desdobramentos como a possibilidade de haver manipulação falha ou mal sucedida. Entretanto, manipulação existe, e identificar sua existência é possível se as intenções dos agentes de marketing forem analisadas, respondendo às seguintes perguntas: o agente de marketing deseja alterar o processo de tomada de decisões do público? Se sim, a tática é enganosa? Em caso afirmativo, a estratégia é reputada manipuladora. Se não, a tática explora a vulnerabilidade da audiência? Se sim, é manipuladora. Do contrário, está-se diante de uma estratégia de marketing que visa finalidades moralmente aceitos e já conhecidas na disciplina (SHER, 2011).

Averiguar como o neuromarketing se relaciona com esses critérios é uma tarefa que esbarra na intangibilidade de seus resultados. Conforme já amplamente exposto, os resultados obtidos indicam probabilidades de comportamento, nada assertivo ou determinado. Por isso, aplicar a estrutura de Sher (2011) provavelmente é possível apenas diante de casos concretos.

Isso não impede, entretanto, argumentar que recorrer a respostas biológicas, intuitivas, que não passam necessariamente pelo crivo cognitivo do consumidor, ou seja, estão além do

julgamento racional, é uma maneira de adquirir *vantagem*. É impossível garantir que as estratégias serão convertidas em mais vendas – se cores chamativas farão toda a diferença, ou se imagens de bebês cativarão os consumidores – mas não há como negar que ao recorrer ao neuromarketing o fornecedor busca ultrapassar um limite que foi imposto pelo próprio consumidor.

É o limite do consumismo que se almeja vencer. O neuromarketing serve a continuar bombardeando o mercado com novos produtos, cada vez mais assertivos, a fim de cativar o consumidor. Esse esforço vem em auxílio à manutenção da engrenagem da sociedade de consumo. Isso está em desacordo com uma política que vise à sustentabilidade e que coloque o consumidor como seu protagonista.

O neuromarketing, nesse sentido, se apresenta como um antagonista. Embora, conforme já visto, a neuropesquisa de mercado vise identificar probabilidades de sucesso, evitando, assim, possíveis desperdícios de produção (LINDSTROM, 2017), o que contribuiria com o meio ambiente, essa perspectiva é, no mínimo, mais uma estratégia de marketing. São os investimentos em produtos e publicidade que necessitam de respaldo científico para evitar perdas financeiras.

É inegável que uma pesquisa de mercado acertada é capaz de contribuir com o desenvolvimento sustentável, na medida em que pode prevenir o desperdício na produção de bens que não serão bem recebidos pelo público (EFING *et al.*, 2013; ARIELY e BERNS, 2010), mas essa perspectiva é apenas uma das possibilidades que estão presentes no horizonte, que para se concretizar precisa não só do comportamento ético dos agentes, mas também da atuação do Estado.

Em resumo, diante das três perspectivas trabalhadas, é possível enxergar o neuromarketing como um meio de agravar a vulnerabilidade do consumidor, ao tornar mais desigual ainda a relação de consumo, porém essa conclusão merece ser acolhida sem vieses radicais e especulativos.

Agravar a vulnerabilidade e exercer controle são coisas distintas. Afirmar que o neuromarketing dá origem ao aprofundamento do consumo como uma vontade irrefletida, condicionada, programada, mecânica, fruto de uma *imputação* do querer (MENDONÇA *et al.*, 2014), é exacerbar o potencial efetivo do neuromarketing. Não existe, conforme visto ao longo desse trabalho, respaldo científico para afirmar que o neuromarketing dê origem a qualquer tipo de *controle* do consumidor, seja de suas vontades ou ações.

Indicar que o neuromarketing pode dar origem a "resultados invasivos no comportamento do consumidor" (EFING *et al.*, 2013, p. 45) é uma especulação que superestima

o poder da prática – ao menos no estado da arte – e se mostra mais otimista que a própria neurociência ousa ser.

Compreendido o cenário da discussão acerca do neuromarketing, resta perguntar: é necessário apelar a um novo ramo jurídico para tutelar os consumidores, como o *neurolaw*, enquanto especialidade jurídica voltada ao estudo das implicações jurídicas da neurociência (BELCHER e SINNOT-ARMSTRONG, 2014), ou existe aparato legal suficiente no ordenamento jurídico?

O CDC regula o marketing de maneira genérica, o que permite adaptar suas disposições às inovações percebidas na prática (MENDONÇA *et al.*, 2014). Nesse sentido, é possível afirmar que o neuromarketing pode ser analisado com base arcabouçou jurídico consumerista já existente, uma vez que é altamente principiológico.

A tarefa de compatibilizar a livre iniciativa (liberdade de marketing) e a defesa do consumidor é complexa e cabe ao Direito estabelecer padrões mínimos de conduta (BENJAMIN, 2007). Porém, mais que isso, em algumas situações, como a estudada nesse trabalho, o Direito precisa adotar posicionamentos em prol da dignidade humana, e não simplesmente aguardar casos concretos para avaliar o mérito das situações.

Em um panorama de risco, a opacidade da atuação preventiva do Direito pode dar origem a consequências danosas e de difícil reparação. Diante do incerto, uma postura proativa é capaz de evitar, ou amenizar, desdobramentos lesivos para os mais vulneráveis. Nesse sentido, o neuromarketing e tudo que se relaciona a ele – testes laboratoriais, possível uso de nanotecnologia, publicidade etc. – representam um potencial lucrativo para quem os adota, mas lesivo para quem é submetido a eles.

Portanto, é oportuno que desde já o Direito opte pela defesa da parte vulnerável, o que não é, de forma alguma, uma decisão revolucionária, mas tão somente condizente com a postura exigida pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor. Isso significa dizer: o neuromarketing é uma prática a ser regulamentada e vigiada bem de perto.

Isso pode acontecer por meio da regulamentação específica das agências que prestam serviços de pesquisa nesse sentido, e sua supervisão por comitês éticos (ULMAN *et al.*, 2015), a fim de *evitar* que publicidades abusivas cheguem ao consumidor. Considerando que a prática ainda é pouco desenvolvida, o momento é acertado para o Direito agir preventivamente.

Na França, como apontam Ulman *et al.* (2015), já existe regulamentação específica sobre o tema, que veda o uso das descobertas da neurociência, ou utilização de suas técnicas, para fins que não sejam médicos. Certamente, é uma postura inspiradora.

Porém, a atuação efetiva do Direito não afasta a necessidade de promover o engajamento público na questão, medida compatível com uma sociedade pluralista, pautada em direitos humanos e valores éticos. Levar ao conhecimento do público as descobertas da neurociência é uma maneira de tornar o processo multilateral e mais democrático, considerando-se também que ele é um stakeholder por excelência (WILSON *et al.*, 2008; ULMAN *et al.*, 2015).

Dessa forma, ao buscar o equilíbrio, é necessário estabelecer controles a nível científico, ético e legal para que o neuromarketing encontre as balizas necessárias, que o impeçam de ser um instrumento de dominação ou fonte de vantagens antiéticas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade de consumo evoluiu até a fase atual, em que o consumidor age de forma mais individualista, experiencial e hedonista, abandonando padrões de conduta fixos ou previsíveis. A imprevisibilidade do consumidor fez com que a pesquisa de marketing precisasse ser refinada, e isso foi feito com o auxílio da ciência e da tecnologia.

A necessidade de pesquisas mais assertivas, capazes de entender melhor como os consumidores reagem às mensagens, fez com que o marketing fosse buscar na neurociência descobertas capazes de indicar como o cérebro processa a publicidade e os produtos. Isso deu origem ao neuromarketing.

Enquanto um campo de atuação interdisciplinar, o neuromarketing é a aplicação de descobertas da neurociência, combinada com neuroeconomia (que estuda os processos de decisão) na pesquisa de marketing. Ele se divide em dois campos de atuação: a neurociência do consumidor, que acontece no plano acadêmico e científico, e a utilização das técnicas para fins específicos, que acontece ao nível das empresas. Esse último é o alvo das críticas por parte do público, que enxergam a prática como contrária à ética.

Muito da crítica se baseia em especulações que desconsideram as limitações da técnica. O comportamento humano é complexo, e o processo de tomada de decisões também. Os resultados obtidos pelo neuromarketing apenas indicam probabilidades de comportamento, nada assertivo ou determinado, bem como não existe respaldo científico para afirmar que ele possibilite qualquer tipo de controle do consumidor, seja de suas vontades ou ações.

Entretanto, ainda que a técnica esteja em seus estágios iniciais, o fato de agravar o desequilíbrio informacional da relação de consumo, ter alto potencial manipulador e fomentar o consumismo fazem com que ela seja um instrumento para agravar a vulnerabilidade do consumidor.

Apesar de suas limitações, seus potenciais fazem com que seja necessário desde já elaborar um plano de controle e regulamentação, que passe pelas esferas científica, ética e jurídica, bem como é indispensável um maior engajamento do público na questão, a fim de promover a participação democrática daqueles que são destinatários do neuromarketing.

Isso pode acontecer por meio da regulamentação específica das agências que prestam serviços de pesquisa nesse sentido, e sua supervisão por comitês éticos, a fim de *evitar* que publicidades abusivas cheguem ao consumidor. Considerando que a prática ainda é pouco desenvolvida, o momento é acertado para o Direito agir preventivamente.

REFERÊNCIAS

ARIELY, Dan; BERNS, Gregory S. ***Neuromarketing: the hope and hype of neuroimaging in business***. In: Natural Reviews Neuroscience, vol. 11, n. 4, p. 284-292, 2010. DOI: 10.1038/nrn2795.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução: Artur Morão. Rio de Janeiro: Edições 70, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna.** Tradução: João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELCHER, Annabelle; SINNOT-ARMSTRONG, Walter. ***Neurolaw***. In: Wires Congnituve Science, vol. 1, 2009. DOI: https://doi-org.ez433.periodicos.capes.gov.br/10.1002/wcs.8.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. [et al.] **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual., refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL, **Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496457/000970346.pdf?sequence=1. Acesso em: 29 abr. 2020.

BREITER, Hans C.; BLOCK, Martin; BLOOD, Anne J.; CALDER, Bobby; CHAMBERLAIN, Laura; LEE, Nick; LIVENGOOD, Sherri; MULHEM, Frank J.; RAMAN, Kalyan; SCHULTZ, Don; STERN, Daniel B.; VISWANATHAN, Vijay; ZHANG, Fengquin (Zoe). ***Redefining neuromarketing as na integrated science of influence*.** In: Frontiers in Human Neuroscience, vol. 8, p. 1 – 7 (Artigo 1073), 2015. DOI:10.3389/fnhum.2014.01073.

CAMARGO, Pedro Celso Julião de. **Neuromarketing**: a nova pesquisa de comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2013.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo.** 4 ed. Ver. Amp e atual., Curitiba: Juruá Editora, 2019, p. 111.

EFING, Antônio Carlos; BAUER, Fernanda Mara Gibran; ALEXANDRE, Camila Linderberg. **Os deveres anexos da boa-fé e a prática do neuromarketing nas relações de consumo: análise jurídica embasada em direitos fundamentais**. In**:** Revista Opinião Jurídica, vol. 11, n. 15, p. 38-53, 2013.

HOYER, Wayne D.; MACINNIS, Deborah J. **Comportamento do consumidor**. Tradução: EZ2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

LIM, Weng Marc. ***Demystifying neuromarketing***. In: Journal of Business Research, n. 91, p. 205-220, 2018. DOI: https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2018.05.036.

LINDSTROM, Martin. **A lógica do consumo**: verdades e mentiras sobre o que compramos. Tradução: Marcello Lino. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6 ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

MENDONÇA, Gilson Martins; KOSICKI, Katya; COELHO, Sérgio Reis. **O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing**: aprofundamento do consumo como vontade irrefletida. In: Scientia Juris, vol. 18, n. 1, p. 135-152, 2014. DOI: 10.5433/2178-8189.2014v18n1p135.

MILETI, Antonio; GUIDO, Gianluigi; PRETE, M. Irene. ***Nanomarketing****: a new frontier for neuromarketing*. In: Psychology & Marketing, vol 33, n. 8, p. 664-674, 2016. DOI: 10.1002/mar.20907.

MISUGI, Guilherme; EFING, Antônio Carlos. **A proteção jurídica dos cidadãos consumidores frente às novas práticas mercadológicas e seus reflexos socioambientais**. 2016. 156 f. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

MORIN, Christophe. ***Neuromarketing****: the new science of consumer behavior*. In: **Society**, n. 48, p. 131-135, 2011. DOI: 10.1007/s12115-010-9408-1.

SHER, Shlomo. ***A framework for assessing immoraly manipulative marketing tactics***. In: Journal of Business Ethics, n. 102, p. 97-118, 2011. DOI: 10.1007/s10551-011-0802-4.

STANTON, Steven J.; SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; HUETTEL, Scott A. ***Neuromarketing****: ethical implications of its use and potential misuse.* In: Journal of Business Ethics, n. 144, p. 799-811, 2017. DOI: 10.1007/s10551-016-3059-0.

ULMAN, Yesim Isil; CAKAR, Tuna; YILDIZ, Gokcen. ***Ethical issues in neuromarketing****: "I consume, therefore I am".* In: Science and Engineering Ethics, n. 21, p. 1271-1284, 2015. DOI: 10.1007/s11948-014-9581-5.

WILSON, R. Mark; GAINES, Jeannie; HILL, Ronald Paul. ***Neuromarketing and consumer free will.*** In: The Journal of Consumer Affairs, vol. 42, n. 3, p. 389-410, 2008. DOI: https://doi.org/10.1111/j.1745-6606.2008.00114.x.

Submissão em 18/06/2020 / Aceito em 18/11/2020

Revista da Faculdade Mineira de Direito | V.23 N.46 |
Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea

PARA ALÉM DO PROCESSO: a implementação da justiça restaurativa no Brasil a partir do discurso político-criminal inerente à reforma processual penal na América Latina

BEYOND THE PROCESS: the implementation of restorative justice in Brazil based on the political speech inherent to the criminal procedural reform in Latin America

Marco Aurélio Nunes da Silveira[1]
Universidade Federal do Paraná (UFPR)
Lohan Ribeiro Couto[2]
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Resumo:
Este artigo avalia, em metodologia comparativa, em que medida o discurso político-criminal latino-americano, inerente às reformas processuais penais adversariais, pode contribuir para a efetiva implementação da justiça restaurativa no Brasil. Primeiramente, associa-se o discurso *para além do processo*, relativo às reformas de latino-americanas do final do Séc. XX, à criação de um amplo "cardápio" de saídas alternativas, dentre as quais a justiça restaurativa, que, inicialmente, figurou apenas como mera possibilidade dentre tantas outras. Então, apresenta-se os rumos assumidos pelas reformas em sua geração mais recente, no sentido de priorizar a resolução do "conflito primário" e a adoção de modelos composicionais de justiça. Deste quadro, extrai-se para o Brasil a perspectiva de uma construção dialógica da justiça restaurativa, partindo-se da experiência latino-americana para levantar um debate sobre a finalidade que o sistema penal deve ter no estado democrático. Assim, apesar da inércia do Brasil em democratizar seu sistema de justiça penal, o renovado e atual movimento "refundacional" do processo penal, no país, pode converter em impulso aquilo que hoje se apresenta como obstáculo, com a finalidade de projetar a efetivação da justiça restaurativa.
Palavras-Chave:
1. América Latina; 2. Direito processual penal; 3. Justiça restaurativa; 4. Reforma processual penal; 5. Sistema acusatório.

Abstract:
Based on comparative law methodology, this article examines the extent to which the Latin American political speech inherent to the criminal procedural reforms can contribute to the effective implementation of restorative justice in Brazil. First, the "beyond the process" discourse related to Latin American reforms of the end of the 20th century is associated to the creation of a wide "menu" of alternative ways, among which restorative justice, that initially appeared only as a mere possibility between many others. Then, the directions taken by the reforms in their most recent generation are presented, in order to prioritize the resolution of the "primary conflict" and the adoption of compositional models of justice. From this framework, the perspective of a dialogical construction of restorative justice is envisaged for Brazil, taking as its starting point the Latin American experience to raise a debate about the purpose that the penal system should have in a democratic state. Thus, despite Brazil's inertia in democratizing its criminal justice system, the renewed and current "refoundational" movement of the criminal procedural law can convert into impetus what today presents itself as an obstacle, with the purpose of projecting the effectiveness of restorative justice in the country.
Keywords:
1. Accusatorial system; 2. Criminal justice reform; 3. Criminal procedure; 4. Latin America; 5. Restorative justice.

---

[1] Doutor em Direito (UFPR). Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da UFPR. Coordenador do Bacharelado em Criminologia do UNICURITIBA. Profesor titular del Doctorado em Ciencias Penales – Universidad San Carlos de Guatemala. Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória.

[2] Mestrando em Direito (UFPR). Pesquisador do Núcleo de Estudos Criminais do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (NEC-PPGD). Membro do Observatório da Mentalidade Inquisitória.

1 INTRODUÇÃO

Uma onda de reformas processuais penais tem marcado a América Latina nas últimas décadas. Em meio a um movimento de democratização do sistema de justiça criminal, conferindo-lhe base acusatória, tem-se evidenciado a construção de um discurso político-criminal direcionado a novas formas de gestão de casos penais — que devem ser preferidas ao processo penal tradicional, cujo foco é a aplicação de uma sanção penal —, dentre as quais a justiça restaurativa aparece como uma (entre outras) nova proposta fundada no diálogo e na pacificação social.

O Brasil, contudo, mostrou-se alheio a esse cenário de mudanças, não tendo avançado muito além da promulgação de uma Constituição democrática em 1988, o que, certamente, não é pouco. Como consequência, a inserção da justiça restaurativa tem ocorrido, desde a primeira década do século, sem a reformulação global do sistema de justiça criminal, que permanece com as mesmas bases autoritárias secularmente sedimentadas durante a longa experiência inquisitorial brasileira.

Desde a redemocratização política, em meados da década de 80, a realidade mostra que, aparentemente, os impulsos para mudanças democráticas foram "esquecidos" no tempo. Ao contrário, diante da edição de leis penais mais rigorosas (a começar pela Lei n. 8.072/90, definindo crimes hediondos), da expansão do sistema penal sob o pretexto de informalizar a justiça (aí se encontram os Juizados Especiais Criminais[3]) e das recentes pressões pelo endurecimento das agências de controle frente à criminalidade, a perspectiva sempre parece apontar para rumos punitivos.

Diante disso, colocando a justiça restaurativa em pauta, interessa ao Brasil avaliar de que forma a experiência latino-americana com as reformas, no contexto do discurso político-criminal que as orientou, pode contribuir para se recuperar a "energia utópica" em direção a uma refundação processual penal no país e, assim, construir um sistema de administração de justiça receptivo ao paradigma restaurativo.

Isso porque, para que a inserção de um modelo dialógico de solução de conflitos se mostre efetiva, sem os riscos de sua absorção pelo sistema penal tradicional, parece ser um

[3] Relembre-se a crítica feita por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho à experiência brasileira com a Lei nº 9.099/95, no sentido de que, se o contexto de redemocratização no qual foi instituída deveria ter levado à despenalização de condutas com pouca relevância, na realidade prática, ao contrário, "*ressuscitou-se um mundo de infrações bagatelares praticamente esquecidas*" (COUTINHO, 2005, pp. 06-08).

caminho inevitável a (re)fundação de um sistema atento à sua lógica e aberto à produção de seus efeitos, sob pena de se reconduzir as novas ideias à manutenção do paradigma vigente.

Assim, o presente trabalho reflete sobre tais questões, propondo-se a responder à seguinte pergunta: em que medida o discurso político-criminal latino-americano, construído — e ainda em construção — no contexto das reformas, pode provocar uma postura política propícia, no Brasil, para a implementação da justiça restaurativa? É relevante que essa nova atitude, seja qual for, seja pensada de modo a conduzir à superação do estado de inércia que se encontra o sistema de justiça criminal brasileiro em relação aos demais países da região.

Aqui, este problema de pesquisa foi enfrentado por metodologia comparativa, fundada nas técnicas de *tertium comparationis* e de *law in context* (VAN HOECKE, 2015, pp. 1-35). A primeira é caracterizada pela definição das bases teóricas da reforma adversarial latino-americana, que indicam o modelo ideal voltado à democratização do processo penal, a partir do que se pode analisar os Códigos de Processo Penal pátrio e estrangeiros. A segunda abarca a dimensão histórico-política e põe em foco o contexto social, político e cultural, entre outros, em que se encontra o Direito.

Para tanto, as seguintes etapas foram cumpridas: (i) compreender no que consiste, efetivamente, o discurso político-criminal norteador do movimento reformista na América Latina; (ii) esclarecer de que forma a justiça restaurativa se insere nesse contexto, e que lugar ocupa no novo modelo de justiça criminal na região; (iii) tendo-se avaliado o estado atual das tentativas de reforma processual penal local, levantar reflexões para a realidade brasileira, buscando prospectar as vias de efetivação da justiça restaurativa no país, com base no conceito de refundação acusatória do sistema processual penal.

2 O CENÁRIO DE "ALTERNATIVIDADE" NA AMÉRICA LATINA: NO QUE CONSISTE O DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL DAS REFORMAS?

O movimento de reforma processual penal na América Latina, intensificado a partir da década de 90 do século passado, ficou marcado pelo desenho de amplas pautas para a democratização do sistema de justiça criminal então vigente, incluindo desde profundas transformações na estrutura processual penal dos países da região — especialmente com a recolocação das funções exercidas pelos atores processuais —, até a adoção de novos caminhos que, conforme fins específicos, conduziram o sistema a uma forma distinta — e inovadora — de se gerir os casos penais.

É neste mesmo sentido que Alberto BINDER (2016, pp. 54-55), em certo momento, considerou tal movimento como um processo de "longo prazo" e em uma dimensão de "política pública", envolvendo, nas palavras do autor, mudanças muito além da *mirada* "meramente processual".

A partir dessa constatação é que, neste tópico inicial, explora-se as bases do que consistiu essa faceta político-criminal das reformas, isto é, o discurso político *para além do processo* que caracterizou o novo modelo de justiça criminal na região, visando, com isso, averiguar de que forma os debates sobre a justiça restaurativa se inserem nesse contexto. Para tanto, parece inevitável que se tente esclarecer, ao menos em linhas gerais, o que exatamente significou aquilo que se pôde chamar de um "movimento" de reformas processuais penais na América Latina, identificando seu lugar histórico e os traços que, de forma paulatina, foram lhe dando forma.

Eis, então, o período histórico para o qual a análise é conduzida: o cenário marcado pela queda dos regimes políticos autoritários na América Latina, vivenciado a partir da segunda metade do século XX. Tal período se caracterizou por um intenso discurso de redemocratização que, fundado em uma base política propícia para mudanças (BINDER, 2016, p. 70), difundiu seus efeitos — à exceção do Brasil — para uma reformulação global dos sistemas de administração de justiça criminal na região.

Um projeto como este, de fato, mostrava-se desafiador, notadamente diante da larga experiência latino-americana com diversos códigos processuais penais de matriz inquisitória. Por isso, aquele momento indicava a necessidade de se desestruturar uma sólida e resistente tradição jurídica há séculos sedimentada.

Neste sentido, conforme elucida Máximo LANGER (2007, p. 16), muitos países latino-americanos promoveram, no século XX, alterações em seus códigos originais e, inclusive, aprovaram novos, sem, contudo, lograr modificar a estrutura processual penal inquisitiva então vigente. Isto só viria a acontecer, segundo o autor, nas três últimas décadas, em que se observou a adoção de códigos acusatórios por diversos países da região.

A partir deste momento, denominado por Leonel GONZÁLEZ POSTIGO (2017, pp. 17-18) como a etapa de "transição democrática", os sistemas processuais penais na América Latina experimentaram um câmbio paradigmático em suas bases, impulsionado, como apontou o autor, pelo discurso político de abandono da tradição jurídica inquisitorial e afirmação de direitos fundamentais, após um período de sua intensa violação, com a inserção dos valores republicanos no cerne da cultura jurídica processual penal que então se buscava construir.

Na leitura de GONZÁLEZ POSTIGO (2017, p. 18), esta etapa, ressalvadas as peculiaridades locais, caracterizou-se por uma uniformidade de demandas iniciais, voltadas primeiramente à adoção da oralidade como modelo paradigmático de administrar justiça e, ainda, à divisão rígida entre as funções de julgar e investigar — as quais, no sistema inquisitivo, confundiam-se na figura do juiz —, sendo agora ônus da acusação colher as provas suficientemente aptas a comprovar a culpa do acusado. Mais que isso, o Ministério Público, dali em diante, se encarregaria também de desenhar a política de persecução penal conforme critérios objetivos de política criminal, visando a racionalizar a carga de trabalho e a conferir eficiência ao novo modelo.

Daí se pode compreender, então, o compromisso da reforma com a fundação de um sistema verdadeiramente acusatório: deixar para trás o formato escrito e secreto dos tempos inquisitoriais — elegendo a "sala de audiências" como o centro da atividade jurisdicional[4] — e promover um modelo fundamentalmente adversarial, posicionando o órgão jurisdicional de modo equidistante ao lugar ocupado pelas partes. É útil, neste ponto, valer-se da noção de "sistema" dada a partir de seu princípio unificador, como já reafirmava Jacinto Nelson de MIRANDA COUTINHO (1998, pp. 165-167), desde Franco Cordero, especialmente para compreender que o alvo fulcral das reformas, ao atingir em cheio o princípio inquisitivo, era justamente o de retirar das mãos do juiz a *gestão da prova* e atribuí-la às partes.

O momento inicial do movimento reformista, portanto, já sinalizava que o projeto político sobre o qual se ergueriam suas principais pautas passava tanto pela necessidade de se enfatizar o patamar constitucional das garantias processuais do cidadão, com a afirmação do contraditório e da ampla defesa, como por reconhecer a realidade precária de morosidade e seletividade irracional que marcavam os modelos inquisitoriais. Tratou-se, em outras palavras, de uma ampla agenda voltada a reafirmar os direitos fundamentais no processo e, ao mesmo tempo, promover a eficiência nos resultados da persecução penal (VARGAS VIANCOS, 2010, p. 73).

De fato, o "modo inquisitivo" de funcionamento dos sistemas antes vigentes, fechado em sua própria lógica escrita e burocrática, priorizava o trâmite da estrutura procedimental, mitigando qualquer espaço para planejar racionalmente uma política eficaz de persecução

[4] Sobre esse ponto, Alberto Binder enfatiza o caminho traçado pelas reformas quanto à afirmação da "centralidade do juízo oral", o que significa dizer que, com a adoção da oralidade, passa-se a exigir um "juízo prévio" para a imposição de pena a qualquer cidadão, e não qualquer "juízo", mas uma estrutura que sustente a imparcialidade da jurisdição, o contraditório e a publicidade no processo. O autor vai além, destacando ainda o sentido político de se adotar o modelo oral de juízo, marcado por um aspecto eminentemente cultural e intimamente vinculado ao "sistema de garantias" [BINDER, 2014, p. 29-30].

penal (BINDER, 2014, pp. 50-51). Não foi difícil perceber, ao longo do tempo, que esse formalismo inquisitorial relegava a grande demanda de casos a um funil aleatoriamente seletivo, que na maior parte dos casos sequer conduz à instauração de um inquérito policial, geralmente em razão de critérios informais definidos nas delegacias e sobre os quais se exerce pouco — ou nenhum — controle (NUNES DA SILVEIRA, 2018, p. 389).

Em um modelo como este, não se pode garantir que os casos mais importantes receberão o devido tratamento: o trabalho simplesmente flui, arrastando-se pelo tempo que a estrutura burocrática permitir, sem prioridades e conforme a atuação isolada dos agentes do sistema penal em seus gabinetes.

Pode-se dizer, então, que para além das pautas relativas essencialmente à reformulação do sistema processual penal — como a recolocação das funções no processo e a consolidação do juízo oral —, foi-se construindo, no contexto das reformas, isto que se pode chamar de um "discurso político" direcionado a superar o congestionamento do antigo modelo, desprovido de critérios racionais de persecução penal, e a conferir respostas mais eficientes aos casos que ingressam no sistema.

Segundo Alberto BINDER (2016, p. 74), como marca característica do novo modelo de justiça criminal, os novos códigos passaram a estabelecer a diversificação de saídas e respostas com a previsão de regras de flexibilização e oportunidade, conduzindo o sistema a racionalizar a carga de trabalho e a abandonar, progressivamente, o falacioso princípio da obrigatoriedade da ação.[5]

Tomava forma, assim, o que Leonel GONZÁLEZ POSTIGO e Gonzalo RUA (2017, pp. 99-101) definiram como um "cenário de alternatividade" ao processo tradicional, marcado pela consagração de novos mecanismos de gestão de casos penais e pelo anseio de aumentar os níveis de produtividade do sistema e de satisfação das partes envolvidas. Tal aspecto será tratado com mais detalhes no próximo tópico.

O fato é que, guardadas as peculiaridades locais de cada país em que foi implementada a reforma do CPP, as linhas gerais das reformas evidenciaram uma inclinação, entre os países latino-americanos, à adoção de um amplo "cardápio" de alternativas ao ajuizamento tradicional, no qual se passou a visualizar figuras como a suspensão condicional do processo,

[5] Para uma discussão sobre a falaciosidade do princípio da obrigatoriedade, recomenda-se: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Por uma teoria da ação processual penal**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, especificamente o capítulo 15, intitulado "O princípio da obrigatoriedade da ação processual penal em seu confronto com a realidade: o processo acusatório e os novos desafios político-criminais". E, para um aprofundamento geral no tema relativo ao princípio da obrigatoriedade, sugere-se: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.

os critérios de oportunidade (direcionados à seleção racional de casos), as ferramentas de *desestimación* (pelas quais se faculta ao Ministério Público, com base em critérios determinados, desconsiderar o caso[6]), o juízo abreviado (marcado pela justiça negocial) e, ainda, os modelos dialógicos e composicionais de justiça, como a reparação de danos, a mediação penal e a justiça restaurativa. Em suma, o fluxo de trabalho passou a se orientar pela lógica de reservar ao processo penal tradicional, focado na punição, apenas os casos mais complexos e importantes, conferindo aos demais respostas mais rápidas e eficientes, focadas na resolução das situações sociais concretas decorrentes do evento criminoso.

A adoção destes novos (ou reinventados) institutos, de fato, conduziu a legislação processual penal emergente a valorizar, também, os interesses e direitos das vítimas, abrindo portas para lhes conferir voz efetiva no processo. Neste "espírito" dos novos códigos, segundo BINDER (2016, p. 75), buscou-se promover uma mudança de paradigma pelo abandono da antiga visão desconfiada a respeito do ofendido, como sujeito vingativo e interessado em tirar proveitos econômicos do conflito, para construir um olhar mais compreensivo quanto à sua situação, caracterizada por expectativas quanto à reparação, à proteção estatal ou a simplesmente ser ouvido.

Neste ponto reside a evidência de que, já na primeira geração de reformas, o discurso político-criminal em ascensão indicava um ambiente receptivo a métodos alternativos de justiça, dentre os quais aparecem os modelos voltados ao diálogo, à responsabilização do ofensor, à reparação da vítima e à participação ativa dos envolvidos na resolução do conflito causado pelo crime. Ainda que de forma incipiente, portanto, o primeiro momento do movimento reformista já apontava, dentre as opções do "cardápio" de alternativas, a possibilidade de se explorar as respostas composicionais ao delito. Sobre a questão, assim observou GONZÁLEZ POSTIGO:

> Os processos de reforma que tem estado ocorrendo desde as últimas décadas na América Latina têm como ponto em comum a incorporação de saídas alternativas ao processo penal como instrumento para encontrar soluções composicionais para o conflito sem chegar a aplicar uma pena. Entre as soluções alternativas, pode ser

[6] Em caso de *desestimación*, em regra, possibilita-se à vítima recorrer administrativamente da decisão ou exercer a ação penal de iniciativa privada. Um exemplo de emprego da ação penal pela vítima, diante de decisão que prescinda da persecução penal, pode ser verificado no Código Processual Penal da Província de Río Negro (2017), na Argentina, em seu Art. 97: "Artículo 97.- Efectos. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad, determinará que el juez siempre que se hubiese procedido a la formulación de cargos, declare extinguida la acción pública con relación al participante en cuyo favor se decide y se procederá al archivo. Cuando la aplicación del principio de oportunidad sea anterior a la formulación de cargos, será el fiscal quien archivará directamente el caso, sin posibilidad de reabrirlo. *Sin embargo, el archivo no extinguirá la acción penal, cuando la víctima, constituida en parte, continúe con el ejercicio de la acción penal en forma particular, según los lineamientos fijados en este Código.***"** (sem destaques no original).

> incluída uma grande variedade de procedimentos (mediação, conciliação, princípio de oportunidade, suspensão da audiência, dentre outros) que constituem respostas diferenciadas, embora todas com o mesmo objetivo: solucionar o conflito pacificamente, evitar a estigmatização do acusado e racionalizar a carga de trabalho do Ministério Público (2018, p. 103).

Deve-se considerar, porém, que a construção de uma nova forma de enxergar o fenômeno criminal e administrar os conflitos dele decorrentes, resistindo à tradição inquisitiva, exigiria a assunção de uma postura efetivamente política. Por tal razão é que, até aqui, tem-se enfatizado o aspecto do movimento de reforma processual penal relativo ao amplo rol de pautas político-criminais: tratava-se não só de mudar o processo, mas, sim, de refundar o paradigma de gestão de casos penais, caminhando em direção à "alternatividade" de instrumentos, à valorização dos direitos do ofendido e ao alcance de fins específicos, como o descongestionamento do sistema e a pacificação social.

Relembre-se, neste ponto, a colocação de Enrique DUSSEL (2007, p.15), no sentido de que o campo político não consiste exclusivamente em nenhum de seus componentes, mas sim todos em conjunto, constituindo, pois, uma "totalidade". Neste mesmo sentido, as alterações legislativas de cunho processual penal eram apenas parte de um grande contexto, vale dizer, de uma "totalidade" construída pela luta política e pela interação de agentes engajados na implementação de um modelo mais democrático de justiça criminal na América Latina.[7]

Um bom exemplo, já discutido, é a questão relacionada ao papel da vítima, que, para Julio MAIER (1992, pp. 190-191), tratava-se de um problema do sistema penal em seu conjunto, dos fins que persegue e das tarefas atribuídas ao Direito Penal, constituindo, portanto, um tema de política criminal. Por isso, diz o autor, "hoje o movimento reformista exige, em troca, como meta final a alcançar, uma inversão da situação, de forma tal que se privilegie a reparação, em todo caso individual, direcionada ao caso concreto e acima do interesse estatal na pena" (MAIER, 1992, p. 193, em tradução livre).

Considerando tais questões, é possível notar a inserção da justiça restaurativa nos debates travados pelas reformas como um ponto dentre tantos outros, sendo todos sustentados por um discurso político-criminal mais amplo e extenso que o processo penal.

Essa perspectiva da "política criminal", segundo BINDER (2014, p. 112), levaria a compreender a legitimidade do poder punitivo estatal tendo em vista os objetivos sociais que

[7] Segundo Máximo Langer (2007, pp. 36-39), a factibilidade desse novo sistema passou, em toda a região, pela participação da comunidade acadêmica, dos diálogos com figuras políticas locais, pelo compartilhamento de experiências entre os países e pela larga produção científica de intelectuais latino-americanos.

assume, de modo que, em um sistema republicano e democrático, o Estado deveria usar a violência o menos possível à luz do princípio da "intervenção mínima", que se mostra mais evidente quando se integra a política criminal no marco da — nas palavras do autor — "gestão de conflitualidade".

Assim, tendo-se visualizado a justiça restaurativa, nesse momento inicial, como um dos mecanismos integrantes do cenário de alternatividade das reformas, importa compreender, de forma mais específica, as razões que efetivamente levaram a se pensar no diálogo e na participação dos envolvidos como uma importante via de justiça criminal no sistema que então se inaugurava, buscando, a partir disso, verificar os rumos que tais debates assumem atualmente.

Em outras palavras, as perguntas a que se tentará responder no próximo tópico são as seguintes: (i) de que forma as discussões sobre o paradigma restaurativo se inseriram no discurso político-criminal das reformas? (ii) que tendência tem assumido, nos últimos anos, o paradigma restaurativo na América Latina?

3 DE POSSIBILIDADE A PRIORIDADE: O LUGAR DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NAS REFORMAS E OS RUMOS ASSUMIDOS NA REGIÃO

Em meio ao "cenário de alternatividade" das reformas, as discussões sobre a justiça restaurativa aparecem, dentre outras questões, pelo reconhecimento da necessidade de se superar a "tradição inquisitorial" vigente, especialmente no que diz respeito ao abandono da noção de "delito" como mera violação à norma estatal. Tal concepção, em verdade, privilegiava o "conflito secundário" associado ao crime, isto é, a relação de desobediência do indivíduo em relação ao Estado, sufocando maiores atenções aos interesses das pessoas concretamente envolvidas na relação conflitiva.[8]

No modelo inquisitório, em razão de sua marca direcionada a isso que se chamou de "direito penal infracional", a vítima ocupou um lugar secundário no processo penal, tanto em relação ao seu reconhecimento normativo, como na tutela de seus direitos pelo sistema. É o que, nas palavras de Nils CHRISTIE (1992, p. 159), caracterizou um "furto" dos conflitos em

[8] Segundo Alberto Binder (2014, pp. 34-36), a visão inquisitorial a respeito do direito penal concebe o delito como "infração", isto é, como "desobediência" à lei e ao "rei", acolhendo o paradigma do "conflito secundário" na administração de justiça em prol da centralização do poder estatal. Como contraposição, expõe o autor, um modelo democrático de justiça criminal teria como elemento predominante o "conflito primário" e o enfoque aos direitos e bens jurídicos concretos, não importa quem seja seu titular. Foucault, da mesma forma, trata da "infração" como uma das grandes invenções do pensamento medieval, substituindo a ideia de um dano cometido por um indivíduo contra outro pela noção de uma ofensa à ordem, ao soberano ou à sociedade (2003, p. 66).

desfavor das pessoas diretamente envolvidas, "de modo tal que ou desapareceram, ou estão se transformando em pertencimento de outras pessoas" (tradução livre).

A questão foi tratada, também, por Julio MAIER (1992, pp. 185-186), em um célebre escrito publicado na década de 90, para quem a Inquisição, ao criar a persecução penal pública, "expropriou" as faculdades processuais da vítima, que, por muito tempo, figurou como o "convidado de pedra" do sistema penal.

Assim, como resistência à concepção inquisitorial do fenômeno criminal, verificou-se em diversos países latino-americanos a inclusão da justiça restaurativa na pauta de gestão de "conflitualidade", na expressão utilizada por GONZÁLEZ POSTIGO (2018, p. 104), tendo como pano de fundo a ascensão dos debates sobre a valorização das vítimas e a adoção de saídas alternativas no novo sistema de justiça criminal.

Com relação ao modelo restaurativo, em si, é possível dizer que se trata de uma ideia desprovida de um conceito unívoco, o que levou Gerry JOHNSTONE e Daniel VAN NESS (2007, p. 8) a se referirem a um movimento cujas linhas são escritas conforme a experiência.

De todo modo, em meio às discussões teóricas acerca da justiça restaurativa, que fluem desde escritos da segunda metade do século XX (especialmente a obra de Howard ZEHR e John BRAITHWAITE[9]), uma definição normalmente aceita do modelo é aquela proposta por Tony MARSHALL (2003, p. 28), segundo a qual "a justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em um delito específico resolvem coletivamente como lidar com as consequências por ele causadas e suas implicações para o futuro" (tradução livre). Tal ideia, marcada por enfatizar apenas a participação dos envolvidos no "processo" restaurativo (e não o seu resultado), teria sido criticada por Gordon BAZEMORE e Lode WALGRAVE, que entenderam ser necessário enfatizar a reparação do dano causado pelo delito como a consequência ideal do encontro (conforme MCCOLD, 1999, pp. 13-14).

No entanto, para os fins do presente trabalho, tais discussões sobre a teoria restaurativa — em geral oriundas de países do centro — cedem espaço para que se busque centrar a análise em torno da compreensão latino-americana da justiça restaurativa, isto é, levando em consideração a experiência e os desafios verificados no contexto próprio da região.

Assim, por exemplo, é de se notar que nos países em que se evidenciou a "primeira geração" de reformas — temporalmente próximas ao momento histórico de redemocratização política (em geral ocorridas na década e 90 e início dos anos 2000) —, os debates sobre os

[9] Segundo PALLAMOLLA (2009, pp.34-36), a partir de Howard ZEHR, em seu livro "*Changing Lenses*", e dos escritos de John BRAITHWAITE na década 90, os estudos sobre justiça restaurativa se desenvolveram sob forte influência das discussões sobre o abolicionismo penal e a vitimologia.

"novos" mecanismos de resolução de conflitos não se desenvolveram com vigor. Tal dado pode ser explicado, talvez, pelo fato de que as grandes pautas levantadas priorizavam, de forma mais imediata, o abandono dos sistemas inquisitivos então vigentes e o planejamento de políticas públicas para a implementação do novo modelo, que exigia estrutura para as salas de audiências e para a recepção de novas figuras como o juiz de garantias e, em alguns casos, o próprio Ministério Público.

O caso da reforma no Chile, iniciada no ano 2000, revela marcas dessa situação. Com efeito, embora a experiência chilena já tenha sido reputada como uma das mais exitosas na adoção do sistema acusatório (VARGAS VIANCOS, 2010, p. 80), a justiça restaurativa, mesmo na última década, associada no país à mediação penal e ao marco legal dos *acuerdos reparatorios*, tem sido caracterizada como um movimento ainda incipiente, tanto no que diz respeito aos movimentos concretos como à produção acadêmica sobre o tema (DÍAZ GUDE, 2010, pp. 32 e 35).

Neste primeiro momento das reformas, de fato, o enfoque dos discursos levantados à época não recaía prioritariamente sobre o "conflito primário" — aqui entendido como a concreta situação social potencialmente conflitiva como resultado pelo crime —, de modo que as práticas restaurativas eram vistas meramente como uma opção dentre tantas alternativas possíveis, o que lhe conferiu um caráter marcadamente secundário em meio às pautas da reforma, fato que gerou diversos desafios para a sua implementação, como relatam DÍAZ GUDE (2010, p. 16 e ss.), no Chile, e GONZÁLEZ POSTIGO (2018, p. 103 e ss.), na Argentina.

Apesar disso, como acima exposto, o discurso político-criminal do movimento reformista deu os primeiros passos para a inserção da justiça restaurativa na América Latina. Na proposição de Lynette PARKER (2002, p. 1), a justiça restaurativa na região se viu permeada por um projeto político voltado ao estabelecimento de uma cultura de paz, de espaços de transparência ao sistema, de acesso à justiça para os excluídos, de um senso comunitário em lugar da insegurança e, ainda, à satisfação das necessidades tanto das vítimas com dos supostos ofensores.

Neste ponto, vale mencionar o relato do autor estadunidense Marty PRICE, reconhecido como um dos precursores na promoção do modelo "VORP" (*Victm-Offender Reconciliation Program*), ao visitar o Chile, em 2006, por convite do Ministério da Justiça chileno, constatando a efetiva recepção das práticas restaurativas nos sistemas adversariais latino-americanos. Em suas palavras:

> Devido ao fato de o sistema adversarial com promotores e defensores públicos ser a "nova via" (e sem dúvida representa um grande avanço em relação ao sistema anterior), eu inicialmente imaginei que minha mensagem restaurativa, que proclama a solução de resultados para todos em vez do limitado foco adversarial em "ganhar o caso", poderia ser confrontada com um grande desafio de resistência. Mas para a minha surpresa, descobri que a novidade da "adversarialidade", no contexto do "espírito" das "Reformas de Justiça", estimulava a abertura a noções de justiça restaurativa (...). Os latino-americanos estão em meio a mudanças — eles sentem ser algo que devia ter sido feito há muito tempo, eles gostam e eles querem cada vez mais. Parecem ver a justiça restaurativa como um outro meio de modernizar e "democratizar" a forma com que fazem justiça criminal, e introduzir mais justiça e eficiência — para o que estão famintos — ou, simplesmente, uma justiça "mais justa" (PRICE, 2006, p. 9, tradução livre).

Frente a esse cenário, em que se começava a voltar os olhos ao diálogo como uma via mais democrática de justiça, resta compreender por quais caminhos, exatamente, se possibilitou a inserção da justiça restaurativa no contexto das reformas. Uma tentativa de resposta para essa questão — e a partir dela se seguirá a análise nesta pesquisa — foi construída por Alejandra DÍAZ GUDE (2010, p. 16), desde a experiência no Chile, segundo a qual as portas de entrada para o paradigma restaurativo na região se manifestaram em três fatores: (i) a recepção de novos institutos processuais, como as "saídas alternativas"; (ii) a adoção do "princípio da oportunidade"; e (iii) a incorporação das necessidades e interesses das vítimas no processo penal.

Naquele país, as saídas alternativas, no primeiro momento, consistiram nos "acordos reparatórios" e na "suspensão condicional do processo". Em síntese, GONZÁLEZ POSTIGO e RUA (2017, pp. 99-101) apontam três principais razões para explicar o já referido "cenário de alternatividade" do modelo acusatório: primeiro, trata-se de um discurso associado ao advento do sistema constitucional de governo, que visualiza o conflito como um fator a ser amplamente gerido pelas instituições políticas; segundo, tal cenário deveu-se, na visão dos autores, ao início das discussões sobre um novo modelo de justiça criminal, fundado na visão já antes mencionada do "conflito primário", visando à pacificação social; e terceiro, apontam a causa relacionada ao funcionamento real dos sistemas processuais penais, marcada pela escassez de recursos e a impossibilidade de perseguir e julgar todos os casos, o que, com a adoção do modelo acusatório, levou ao abandono do princípio da obrigatoriedade (ou "legalidade") da ação penal.

Com relação aos acordos reparatórios (no ordenamento jurídico chileno, encontram-se regulamentados no art. 241 do CPP[10]), DÍAZ GUDE (2010, pp. 6-7) assevera que,

[10] "Artículo 241 - Procedencia de los acuerdos reparatorios. El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar

constituindo um acordo entre vítima e imputado direcionado à extinção da responsabilidade penal, representam uma manifestação clara da incorporação ao direito penal chileno do interesse da vítima na obtenção de uma reparação dos danos causados pelo delito, acolhendo, assim, valores próprios do paradigma restaurativo, como a orientação à reparação, a inclusão de novos atores no processo penal e a reintegração do ofensor e da vítima à comunidade.

A suspensão condicional do processo, por sua vez, consiste em um acordo realizado entre o imputado e o Estado (na figura do Ministério Público) e, segundo a autora, a sua aplicação possibilita o desenvolvimento da mediação penal, diversificando as respostas penais, entregando respostas mais rápidas e, também, reconhecendo os direitos das vítimas, já que a indenização por seu prejuízo poderia ser o conteúdo de um eventual acordo celebrado (DÍAZ GUDE, 2010, pp. 12-13). Sua regulamentação, no código chileno, encontra-se no art. 273, prevendo-se ainda a possibilidade de interposição de recurso pela vítima em face das condições definidas para a suspensão processual[11].

A partir desse panorama, a progressiva afirmação do princípio da oportunidade aparece como outra "porta de entrada" para as práticas restaurativas no cenário das reformas. Neste contexto, como afirmam Mauricio DUCE e Cristian RIEGO (2002, p. 175), reconheceu-se que o princípio da obrigatoriedade representava uma das principais heranças do sistema inquisitivo e se mostrava coerente com a ideologia da luta irrestrita contra o pecado ou contra o delito, em quaisquer de suas espécies.

Dessa forma, a adoção do sistema acusatório no processo penal latino-americano consagrou o princípio da oportunidade como mecanismo para conferir maior eficiência e racionalidade na persecução penal, na medida em que, por meio desse instituto, o órgão do MP teria a faculdade de, conforme critérios previamente estabelecidos, não exercer a ação processual penal ou abandonar a já iniciada. DÍAZ GUDE (2010, p. 15) destaca, ainda, que o

---

sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos. En consecuencia, de oficio o a petición del ministerio público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular."

[11] Artículo 237 - Suspensión condicional del procedimiento. El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento. […] La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, **por la víctima**, por el ministerio público y por el querellante. La suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho." (sem destaque no original).

princípio da oportunidade poderia significar um mecanismo mais simples para o desenvolvimento da mediação penal, uma vez que, ao contrário dos acordos reparatórios, não exige uma audiência judicial prévia com a participação da vítima e do ofensor.

Em último lugar, como importante propulsor da justiça restaurativa nos sistemas de justiça criminal latino-americanos, indicou-se o movimento de valorização dos direitos e interesses das vítimas, que, no Chile, conferiu ao ofendido: (i) uma maior participação no processo; (ii) a possibilidade de receber reparação pelos danos morais, materiais e psicológicos causados pelo delito; e, ainda, (iii) uma maior assistência por meio de serviços e órgãos voltados ao apoio social, material e de saúde das vítimas de crimes (DÍAZ GUDE, 2010, p. 31).

Os novos Códigos de Processo Penal na América Latina acolheram um conjunto amplo de direitos do ofendido, levando Mauricio DUCE (2014, pp.741-742) a utilizar a expressão de que "*a vítima chegou para ficar*". Constituiu-se um movimento que, conforme enfatizou o autor, suplantou o âmbito de alterações no plano legislativo, assumindo a roupagem de um discurso político promovido por movimentos sociais.

O desenvolvimento da questão relativa ao ofendido no processo penal, com o passar do tempo, passou a ser associada a uma nova perspectiva a respeito do sistema penal: a da "pacificação social". O que se ressalta, neste ponto, é que esse "movimento retórico" em construção caminhou para conferir um novo olhar à administração de justiça, atribuindo-lhe uma função diversa à tradicional pela qual se passou a privilegiar a solução do conflito "primário" causado pelo crime, envolvendo pessoas concretas, "de carne e osso", por sobre a coerção estatal (DUCE, 2014, p. 743).

Uma nova tendência das reformas, então, começou a se desenhar. GONZÁLEZ POSTIGO (2017, pp. 19-23), ao tratar da "situação na atualidade" da reforma — depois de discutir as etapas de "transição democrática" (referida no primeiro tópico desde trabalho) e de "consolidação do sistema" —, afirma que são desafios atuais da justiça penal na região: a organização da política de persecução penal pelo Ministério Público; a gestão do controle das medidas alternativas à prisão; e a participação da cidadania no processo penal (GONZÁLEZ POSTIGO, 2017, pp. 19-23).

Além de tais demandas apontadas pelo autor — que, por si sós, já evidenciam a complexidade existente por trás da implementação de um modelo acusatório —, pode ser acrescentada, conforme o que se tem apontado até aqui, a pauta relacionada a essa tendência da "pacificação social", que caminha para centralizar os esforços do sistema de justiça na resolução do conflito concreto gerado pelo delito.

O próprio autor, em trabalho mais recente, tem indicado que o processo de "evolução democrática" passa necessariamente por aprimorar as soluções pelo diálogo, chegando a afirmar que o sucesso da reforma na América Latina, como um todo, depende das novas formas composicionais de gestão de conflitos criminais (GONZÁLEZ POSTIGO, 2018, p. 104).

A partir desse cenário, é possível dizer que a "geração" mais recente de reformas (ocorridas, em geral, na última década), em sintonia mais acurada com as novas tendências do novo modelo, tem passado — ainda que a passos curtos — a visualizar a solução do "conflito primário" como a finalidade principal do sistema de justiça criminal, deixando ao processo tradicional — centrado na resolução do "caso penal" — apenas os eventos mais complexos, nos quais as partes não se mostrem abertas à composição ou cujas características não sejam compatíveis com a mediação.

Em outras palavras, pode-se notar que os novos rumos das reformas começam a reservar aos métodos dialógicos — em especial a justiça restaurativa — não mais uma posição secundária, como apenas uma "possibilidade" alternativa dentre tantas outras — tal como se deu nas reformas de "primeira geração" —, mas, sim, um lugar de prioridade, sinalizando o diálogo como a resposta tendencialmente mais adequada ao fenômeno criminal.

Exemplo dessa tendência é o novo Código Processual Penal da Província de Río Negro, na Argentina, publicado em 2015, vigente desde agosto de 2017, que, dentre seus princípios gerais, estabelece, além da vedação à iniciativa probatória do juiz (Art. 6º)[12] e dos direitos das vítimas (Art. 12)[13], a priorização expressa da resolução do "conflito primário", em seu artigo 14, como se vê:

> Artigo 14.- Solução do conflito. Os juízes e fiscais buscarão a solução do conflito primário surgido como consequência do fato, a fim de contribuir a restabelecer a harmonia entre seus protagonistas e a paz social.[14]

[12] "Artículo 6°.- Rol de los Jueces. Los jueces cumplirán los actos propiamente jurisdiccionales velando por el resguardo de los derechos y garantías. Queda prohibido a los jueces realizar actos de investigación. Sólo podrán disponer medidas probatorias y de coerción a petición de parte."
[13] "Artículo 12.- Derechos de la Víctima. La víctima de un delito tiene derecho a la tutela judicial efectiva y a la protección integral de su persona frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal y de la ejecución penal en forma autónoma y gratuita, en igualdad de armas con las otras partes y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto y reparado su perjuicio."
[14] Tradução livre de: "Artículo 14.- Solución del Conflicto. Los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social."

Tratam-se, enfim, dos primeiros sinais de um movimento direcionado a promover um "giro" no paradigma de gestão de casos penais, contribuindo para enfrentar a tradição inquisitorial vigente ao priorizar as pessoas concretas e democratizar o acesso à justiça. Se tal tendência efetivamente se converterá em um novo olhar para a justiça, somente o futuro poderá dizer, já que o risco sempre presente de retrocessos políticos e levantes punitivistas abre portas para a *reconfiguração inquisitória* de ideias que se pretendem democráticas, exigindo, face a ele, uma constante luta de práticas (BINDER, 2014, p. 38).

De toda forma, apesar das dificuldades concretas e dos obstáculos observados para a concretização do novo modelo de administração de justiça, o fato é que, se a superação dos regimes autoritários nos demais países da América Latina impulsionou profundas reformas no sistema de justiça penal, o movimento de redemocratização no Brasil, por sua vez, não promoveu a revogação do Código de Processo Penal vigente.

Assim, o processo penal brasileiro, de raízes autoritárias, segue marcado pela tradição dita "mista", napoleônica, inquisitória na essência, mesmo quando contempla características que, se puderem ser chamadas de "acusatórias", não passam de elementos secundários incapazes de anular a matriz inquisitiva do sistema.

Frente a isso, no último tópico, levanta-se algumas reflexões sobre a perspectiva de uma reforma do sistema processual penal brasileiro, explorando em que medida as experiências latino-americanas até aqui expostas podem contribuir para a inserção da justiça restaurativa no Brasil, a partir de uma refundação acusatória.

4 CONVERTENDO O OBSTÁCULO EM IMPULSO: PERSPECTIVAS PARA A INSERÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL DESDE UMA REFUNDAÇÃO PROCESSUAL PENAL

A manutenção da posição de exceção do Brasil em relação aos demais países latino-americanos, preservando o quadro inquisitório de seu sistema processual penal tradicional, pode ser associada ao que Marco Aurélio NUNES DA SILVEIRA chamou, a partir de Jürgen Habermas, de "*esgotamento das energias utópico-democráticas*", já que as promessas de transformação política acaloradas no pós-ditadura não teriam se estendido muito além da promulgação de uma nova Constituição, deixando escapar um momento propício para a necessária democratização do processo penal pátrio (NUNES DA SILVEIRA, 2018, pp. 353-354).

De fato, apesar das variadas alterações parciais que se seguiram após a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941, bem como outras tentativas frustradas de reforma global, como inclusive a que hoje tramita no Poder Legislativo brasileiro (Projeto de Lei nº 156/2009 no Senado e nº 8.045/2010 na Câmara dos Deputados)[15], não se logrou, em nenhum momento, alterar o paradigma vigente rumo a um modelo efetivamente adequado ao tipo ideal acusatório.

Esse esfriamento de "energias", por óbvio, torna mais improvável a perspectiva próxima de uma reforma processual penal e, mais ainda, da completa adequação do sistema de justiça criminal à ordem constitucional inaugurada em 1988. Neste ponto, então, ressurge o questionamento central deste trabalho: como recuperar — ou reconstruir — esse "impulso" esquecido no tempo, assumindo uma postura efetiva, que não se contente com discursos retóricos? Este talvez seja o maior desafio hoje, especialmente quando, em tempos de crescente endurecimento penal, a fala diz respeito a modelos de justiça criminal alternativos e fundados em ideais democráticos, tais como a justiça restaurativa.

A despeito desse cenário, é certo que, no Brasil, as experiências com o paradigma restaurativo se encontram em desenvolvimento desde 2005, quando foram implementados três projetos-piloto nas cidades de São Caetano do Sul/SP, Porto Alegre/RS e Brasília/DF, como resultado de uma parceria entre o Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (ACHUTTI, 2014, p. 227).

Uma análise inicial dessas iniciativas foi realizada pelo Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – INALUD/BRASIL, em janeiro de 2006, elaborando um relatório de sistematização e avaliação das experiências brasileiras com a justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Da análise do relatório em questão, pode-se notar que, já naquele momento — apenas um ano após a implementação dos projetos —, a avaliação geral apontava o Poder Judiciário como o lugar institucional dos programas iniciados no Brasil, sendo que, nas três experiências, a justiça restaurativa vinha sendo caracterizada como um modelo complementar, nunca alternativo, reforçando o sistema tradicional de justiça sem constituir necessariamente um contraponto diante dele (INALUD/BRASIL, 2006, p. 12-13).

---

[15] As críticas à situação atual do Projeto de Novo CPP já são visíveis há algum tempo, podendo-se destacar aquelas feitas por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, membro da Comissão do Senado Federal criada para redigir o anteprojeto do código, quando ainda se tratava do Projeto nº 156/2009, ao constatar que, no decorrer de seu trâmite, "pesaram" os quinhentos anos de história inquisitorial na propositura e aprovação de emendas ao texto originalmente proposto (COUTINHO, 2010, p. 16-17).

Um cenário semelhante foi evidenciado em estudo mais recente, explanado no relatório "Pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário", promovido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, sob a coordenação da professora Vera Regina Pereira de ANDRADE, no ano de 2018, que selecionou como objeto de análise alguns programas de justiça restaurativa implantados pelo Poder Judiciário em 27 estados da federação, nos últimos anos.

Sem desconsiderar as peculiaridades dos programas instaurados em cada localidade — que, aliás, manifestaram variadas modalidades de encontro, passando desde práticas de mediação vítima-ofensor até os círculos restaurativos ou círculos de construção de paz —, verificou-se no referido relatório que, de uma forma ou de outra, "é o rosto do Poder Judiciário brasileiro que vai modelando, por dentro de suas ambiguidades (a convivência entre um paradigma punitivo e um paradigma restaurativo emergente) o rosto da Justiça Restaurativa possível" (ANDRADE, 2018, pp. 116-117).

Tal contexto levaria a uma crítica, no estudo, ao excesso de poder decisório dos juízes (e em alguns casos de promotores) tanto com relação ao *input* dos programas, isto é, a seleção de casos que serão remetidos a processos restaurativos, quanto ao *output*, pela discricionariedade judicial na homologação dos acordos, o que afetaria a autonomia das partes para decidir quanto à sua situação, traço este essencial ao modelo restaurativo (ANDRADE, 2018, pp. 120-121).

As possíveis causas para tais distorções certamente não se reduzem a apenas um fator, indicando, antes, a inevitável complexidade inerente à realidade do sistema penal. O que se pode observar, no entanto, é que a excessiva ingerência do Poder Judiciário sobre a justiça restaurativa, no Brasil, permite levantar sérios questionamentos sobre quais bases são necessárias, efetivamente, para a inserção de um modelo de justiça flexível e tendente à informalidade, sem que a prática o conduza à absorção pela lógica fundante da estrutura burocrática estatal.

De fato, parece coerente assumir que, em um modelo de justiça criminal marcado pelo formalismo e pela racionalidade inquisitória de perseguição ao delito — da qual o juiz pode assumir o protagonismo —, o espaço para o diálogo e para o resgate do conflito entre pessoas concretas, se não for completamente suprimido, tende a ser redirecionado a um lugar secundário e meramente complementar ao sistema tradicional, geralmente instrumentalizado à solução de demandas relacionadas à celeridade e ao descongestionamento da carga de trabalho.

Daniel ACHUTTI (2014, p. 241), no mesmo sentido, ao analisar os três projetos-piloto de justiça restaurativa no Brasil, verificou que, apesar de inseridos em um movimento tendente a inovações e avanços, ainda se vinculam a uma versão "judicial" do discurso, como reflexo de um ranço inquisitorial "que não consegue desvincular as atividades de administração de conflitos — ainda que tidas como inovadoras — do controle e da supervisão de um juiz".

Reflexões como essas remetem a análise ao que tem sido vivenciado na América Latina, onde se constatou a necessidade de uma ruptura no paradigma de gestão de casos penais, por meio de um amplo movimento político de reforma, a fim de construir um novo olhar do sistema para o delito.

Nesse sentido, os desafios encontrados na região indicam justamente a dificuldade de se inserir um mecanismo democrático de justiça sobre estruturas processuais que respondem a outra lógica, já que, como apontou GONZÁLEZ POSTIGO (2018, pp. 106-107) ao explicar o fracasso dos modelos composicionais na Argentina, a ideia de humanização do conflito "se contrapõe às burocracias judiciais que administram somente processos".

Frente a esse cenário, a perspectiva de uma reforma processual penal no Brasil, de caráter acusatório, surge como importante objeto de reflexão ao colocar, entre outras coisas, a justiça restaurativa em pauta. Mais que isso, face à tradição inquisitória capilarizada nas práticas e nas compreensões de mundo dos agentes do sistema penal, a realidade parece exigir algo além de uma "reforma" em nível legislativo, demandando, de forma mais ampla, o que Fauzi Hassan CHOUKR (2019, p. 303 e ss.) chamou de "refundação do processo penal", isto é, uma efetiva mudança paradigmática a partir de políticas públicas de longo prazo e da visão clara dos passos a serem seguidos.

Em verdade, a importância de se fomentar debates direcionados a uma "refundação" do campo jurídico-penal no Brasil, tendo por base o que se tem vivenciado na América Latina, aponta para a necessidade de se construir uma política pública, tal como nos países vizinhos, voltada a uma gestão de casos criminais, ampla e organizada, que resgate a tutela do "conflito primário" resultante do suposto crime, ressignificando o papel do Ministério Público e desconstituindo qualquer função que se possa atribuir ao conceito de "verdade real" na administração de conflitos.

Assim, o discurso político-criminal construído na região, como um "cenário de alternatividade" ao processamento tradicional de casos, constitui relevante experiência para que se pense, no Brasil, não apenas na adoção de um novo Código de Processo Penal, mas, sim, no envolvimento de distintos atores e instituições para levar a cabo um movimento

político de novas saídas, visualizadas desde um lugar *para além do processo*. Por meio disso, seria possível viabilizar outras respostas mais eficazes ao delito, dentre as quais as formas de participação e satisfação das pessoas envolvidas.

Daí, então, a importância de se atribuir ao Ministério Público, repensado em um modelo acusatório, a função de promover uma gestão racional de casos e flexível a respostas alternativas.

Quanto ao estado atual da persecução penal no Brasil, Márcio Soares BERCLAZ (2017, pp. 423-424) fala na existência de uma "utopia" da obrigatoriedade de se investigar todos os casos, o que relega à atuação criminal do Ministério Público brasileiro uma desvinculação a prioridades, uma gestão pouco estratégica e um controle inadequado das notícias-crime, caracterizando o trabalho da instituição como excessivamente burocratizado e pouco transformador.

Diante disso, "repensar" o Ministério Público em um sistema mais democrático exige a construção de uma nova concepção acerca da instituição, o que passa por concebê-la não mais como um ator imparcial e restrito à fiscalização da lei, obscurecendo sua tarefa (BINDER, 1994, pp. 5-6), mas, sim, como efetiva parte acusadora e protagonista do planejamento de persecução penal estatal em representação das vítimas (o que inclui a gestão de casos penais por vias alternativas)[16]. Adotar o princípio da oportunidade em um contexto acusatório, assim, passaria por enfatizar o lugar e a fala dos envolvidos, buscando concretizar o resgate do conflito.

Ainda, atribuiu-se também ao Ministério Público, no contexto das reformas, a função de desformalizar a investigação (BINDER, 1994, pp. 10-11), caminho este que acende o alerta para a importância de se reformular, pela via de uma reforma, o procedimento investigativo e processual no Brasil, assumindo que uma "refundação" do modelo só é possível por meio da centralização da oralidade e da colocação em marcha de um processo fluído, público e flexível. Só assim, aliás, para que o sistema oficial se torne aberto a vias alternativas vindas "de fora"; do contrário, as soluções eventualmente encontradas em procedimentos restaurativos esbarrariam na rigidez de um sistema formalizado e fechado em sua própria lógica.

Como se vê, tais vetores de mudança, extraídos da experiência latino-americana, talvez possam representar uma importante referência para enriquecer as discussões a serem

[16] Uma distinção entre as concepções do Ministério Público pode ser vista em: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. **Pensar na reforma judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, pp. 46-47.

travadas no Brasil, tornando cada vez mais palpável a perspectiva de uma reforma ou, ao menos, fortalecendo a necessária luta política a lhe conferir base sólida.

Vale ressaltar que são pontos apresentados, aqui, apenas como caminhos possíveis em torno da perspectiva de uma refundação processual penal em solo brasileiro, chamando a atenção para alguns nortes, mas sem encerrar o espaço para estudo aprofundado em trabalhos posteriores.

De todo modo, pontue-se que, como tem sido exposto até aqui, as experiências com as reformas latino-americanas têm evidenciado desafios para a efetiva adoção de mecanismos restaurativos. Sobre isso, vale lembrar que o momento inicial de instalação do modelo acusatório, até um período recente, apresentou outras demandas prioritárias que não a tutela de situações sociais concretas (ou, o "conflito primário", como quer Alberto BINDER), o que só veio a assumir rumos distintos a partir da última geração do movimento reformista, que ainda começa a esboçar os traços definidores de seu projeto político. Tal fator demarca o caráter dinâmico e disruptivo do processo de mudança, em constante reinvenção e desenvolvimento.

Este cenário, em verdade, pode contribuir com algumas outras reflexões para o presente trabalho, e nele reside o aspecto que se pretende enfatizar como um importante fator propulsor para o horizonte de reforma no Brasil. Isso porque, se os impulsos para a democratização do sistema de justiça criminal brasileiro se perderam no tempo, a recente — e diversificada — história do movimento reformista na América Latina oferece relevantes subsídios para definir com maior clareza os rumos da política criminal no país.

Com efeito, diante das tendências assumidas pelas reformas latino-americanas atualmente, dando sinais de priorização da solução do "conflito primário" no sistema de justiça criminal, o panorama à disposição do Brasil para avaliação e aprendizado se torna cada vez mais consistente, abrindo portas para que se possa construir dialogicamente a versão brasileira da justiça restaurativa, isto é, a partir de um lugar não mais totalmente novo[17], mas, agora, já demarcado por experiências e debates construídos nos países vizinhos.

Dito de outro modo, embora se tenham esgotado as "energias utópico-democráticas" decorrentes do "espírito" da redemocratização, necessárias para uma reforma global do sistema processual penal brasileiro, a inércia histórica do Brasil na implementação do sistema acusatório lhe conferiu uma posição peculiar em relação aos demais países latino-americanos: ainda com um sistema inquisitório, a comunidade jurídica tem à sua disposição uma visão

[17] Mesmo porque, como dito acima, a experiência brasileira com a justiça restaurativa já se desenvolve desde 2005, ainda que sem uma reforma global do Código de Processo Penal.

ampla de todo o processo reformista, em suas mais diversas facetas, desde os seus maiores avanços às suas falhas e retrocessos.

Assim, a informação disponível sobre as reformas na região, desde a etapa de transição democrática até os seus últimos rumos, permite antecipar determinadas pautas e lutas políticas que só apareceram na região em tempos recentes, como a justiça restaurativa e o debate relacionado ao conflito primário causado pelo crime.

O caminho a ser adotado seguiria basicamente a orientação colocada por Alberto BINDER, no sentido de que, em países ainda não reformados (como o Brasil), é necessário aprender com a experiência dos outros, assumindo como inevitável o custo da transformação. Nas palavras do autor, ninguém "mudará cinco séculos de sistema inquisitorial sem uma grande batalha e uma época de traumas. O contrário é mera ilusão ou argumento conservador" (BINDER, 2014, p. 62, em tradução livre).

Não se quer aqui — é importante dizer — propor reflexões que, ao fim e ao cabo, não passem de provocações retóricas. Ao contrário, a apontada via de construção dialógica da justiça restaurativa, a partir de uma refundação acusatória, aponta para caminhos concretos de debate político envolvendo a comunidade acadêmica, produções científicas e eventos de debate (como cursos e congressos), gerando um espaço propício para veicular informação sobre o estado atual das reformas e simbolicamente adequado para demarcar um lugar de resistência. Daí, as vozes poderiam, então, ecoar para outros ambientes, como as deliberações no Poder Legislativo e a participação popular.

De fato, o horizonte exige que as novas perspectivas sejam consideradas a partir dos problemas e da realidade local. No Brasil, tal cenário se revela desafiador, tanto pelos impulsos democráticos esquecidos no tempo como pela degradante cultura inquisitória permeada nas práticas judiciárias, o que torna a perspectiva de uma refundação processual penal um trabalho amplo e espinhoso, distinto daquele implementado na maior parte dos demais países latino-americanos.

Apesar disso, justamente por sua singularidade, a posição brasileira permite extrair proveito de sua inconveniência, possibilitando a avaliação dos erros e acertos cometidos pelos o outros: eis aí o caminho para converter em impulso o que hoje se apresenta como obstáculo, indicando, sem menosprezar os desafios, a perspectiva de um novo combustível de reforma para uma forma desafiadora de compreender e gerir o fenômeno criminal no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar *para além do processo* exige mais que novos parâmetros normativos, já que a mera previsão legal de vias alternativas à disposição do sistema parece não ser suficiente (e resistente) o bastante para conter o modo "inquisitivo" de pensar dos agentes do campo de justiça criminal.

É por isso que, no decorrer do trabalho, buscou-se enfatizar que as vias possíveis para a inserção da justiça alternativa a partir de uma reforma do sistema processual penal, no Brasil, só seriam factíveis desde uma ótica "refundacional", isto é, de efetiva mudança de paradigma no campo de administração de justiça penal. Só assim para que se viabilize a flexibilização do sistema tradicional, tornando-o receptivo a modelos "estranhos" à sua lógica por meio da desformalização de seus procedimentos e do planejamento racional da persecução penal.

O caminho a ser seguido, embora seja desafiador, pode encontrar importantes orientações no que já têm vivido os países latino-americanos nos últimos anos. De fato, o movimento de reformas ocorrido na região, instituindo novos códigos processuais penais de caráter acusatório, ficou marcado pela construção de um discurso político-criminal voltado a estabelecer vias alternativas ao processamento penal tradicional, tendendo, ainda que em passos curtos, a enfatizar um olhar distinto para o delito: a resolução do "conflito primário", entre pessoas concretas, pautada na integração e na pacificação social.

Assim, o quadro geral das reformas fornece, para a realidade brasileira, um amplo panorama de experiências com os novos modelos de justiça penal, o que pode — e deve — ser utilizado para antecipar certos debates e impulsionar uma refundação do sistema no país. O passo seria dado, nesse caminho, para favorecer uma construção dialógica da justiça restaurativa, de forma autêntica, sem a ingerência autoritária e a sua instrumentalização para fins de eficiência e celeridade.

A perspectiva de mudança, enfim, parece exigir que se aprenda com os demais países latino-americanos. Embora se tenha deixado escapar o momento propício para rupturas, e mesmo que o horizonte evidencie um caminho de progressivo endurecimento punitivo (sem muita expectativa de recuar tão cedo), a posição brasileira atual deve ser ressignificada como combustível, já que por meio dela surge a chance de transformação a partir dos avanços, falhas e aprendizados já experimentados na América Latina, veiculando-os como impulso político para uma reforma ampla e comprometida com os desafios inerentes ao processo de mudança.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (coord.). **Pilotando a justiça restaurativa**: o papel do Poder Judiciário. Relatório analítico-propostivo. Conselho Nacional de Justiça, 2018.

BERCLAZ, Márcio Soares. Um Ministério Público sem política de persecução penal. *In*: **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. V. 1. Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, p. 423-439, Santiago, Chile, 2017.

BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Monterrey: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014.

_____. Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal. *In*: **El Ministerio Público para una nueva justicia penal**. Corporación de Promoción Universitaria, Fundación Paz Ciudadano y Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 1994.

_____. La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo. *In*: BENAVIDES VANEGAS, Farid Samir; BINDER, Alberto M.; VILLADIEGO BURBANO, Carolina. **La reforma a la justicia en América Latina**: las lecciones aprendidas. 1. ed. Fescol. Bogotá, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil.** Vol. 1-2, Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertenencia. *In*: ESER, Albin; HIRSCH, Hans J.; ROXIN, Claus; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo A.; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Anotações pontuais sobre a reforma global do CPP. **Boletim IBCCRIM**, ano 18, ed. especial, ago/2010, p. 16-17. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/BoletimEspecialCPP.pdf>. Acesso em: 02/02/2020.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998.

_____. Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais (uma leitura de certa "efetivação" constitucional). *In*: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**, p. 03-14, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DÍAZ GUDE, Alejandra. La experiencia de la mediación penal en Chile. **Política Criminal**, vol. 5, n. 9, 2010.

DUCE J., Mauricio. Algunas reflexiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal chileno. In: DUCE J., Mauricio et. al. **La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva jurídica y criminológica**. Política Criminal. Vol. 9, n. 18, 2014.

DUSSEL, Enrique. **20 tesis de política.** São Paulo: Expressão Popular, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Traduzido por Roberto Machado, Eduardo Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

INALUD/BRASIL. **Sistematização e avaliação de experiências de justiça restaurativa**: relatório final. São Paulo: ILANUD, 2006, p. 11. Disponível em: <https://erc.undp.org/evaluation/documents/download/3751>. Acesso em: 02/02/2020.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. *In*: POSTIGO, Leonel González (dir.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. V. 1. Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA. Santiago, Chile, 2017.

_____. **Pensar na reforma judicial no Brasil:** conhecimento teórico e práticas transformadoras. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

_____; RUA, Gonzalo. **Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina**: una visión sobre su regulación normativa y propuestos de cambio. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. The meaning of restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (ed.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.

LANGER, Máximo. **Revolución en el proceso penal latinoamericano**: difusión de ideas legales desde la periferia. Centro de Estudios de Justicia de las Américas - CEJA. Santiago de Chile, 2007.

MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. *In*: ESER, Albin; HIRSCH, Hans J. ; ROXIN, Claus; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo A.; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

MARSHALL, Tony F. Restorative justice: an overview. overview. *In*: JOHNSTONE, Gerry (org.). **A restorative justice reader**: texts, sources, context. Cullompton: Willan Publishing, 2003.

MCCOLD, Paul. Toward a mid-range theory of restorative criminal justice: a reply to the maximalist model. **International Institute for Restorative Practices**, Bethlehem PA, USA, 1999.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **Por uma teoria da ação processual penal:** aspectos teóricos e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PARKER, Lynette. **The use of restorative practices in Latin America**. Third International Conference on Conferencing, Circles and other Restorative Practices. Paper online. Minneapolis, 2002.

PRICE, Marty. Restorative Justice Speaking Tour in Argentina and Chile. *In*: **Justice connections**, n. 2, 2006, p. 08-09. Disponível em: <http://www.voma.org/docs/connections2.pdf . Acesso em 28/08/2019>.

VAN HOECKE, Mark. **Methodology of Comparative Legal Research**. *In: Law and Method.* Boom Juridische Uitgevers, 2015, pp. 1-35. Disponível em: <https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001>.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. Reforma procesal penal: lecciones como política pública. *In*: **A diez años de la reforma procesal penal**: los desafíos del nuevo sistema. Santiago: Ministério da Justiça do Chile, 2010.

Submissão em 15/06/2020 / Aceito em 19/11/2020

Revista da Faculdade Mineira de Direito | V.23 N.46 |
Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea

POR UMA UNIVERSALIDADE DIALÓGICA E ANALÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS: superando os impasses do universalismo e do relativismo absolutos

FOR A DIALOGICAL AND ANALOGICAL UNIVERSALITY OF HUMAN RIGHTS: overcoming the impasses of absolute universalism and absolute relativism

Elden Borges Souza[1]
Universidade Federal do Pará (UFPA)
Victor Sales Pinheiro[2]
Universidade Federal do Pará (UFPA)

Resumo:
A consolidação de mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos pressupõe algum sentido de universalidade de direitos. Por outro lado, a diversidade cultural que caracteriza a atual comunidade internacional exige o respeito pela pluralidade. Nesse debate, aparentemente existem apenas os extremos, o relativismo radical e o universalismo absoluto. Dessa forma, o objetivo do presente artigo é analisar a universalidade dos direitos humanos e se é possível evitar que ela se torne um instrumento de opressão cultural. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, fazemos uma análise dos sentidos de universalidade e relatividade dos direitos humanos. Após a apresentação das respectivas críticas, apresentamos uma proposta de universalidade que considera a cultura. Por fim, concluímos que o conceito de direitos humanos depende, em alguma medida, da universalidade. No entanto, considerando que o ser humano está inserido em diferentes culturas, é necessário um conceito de universalidade que possa realizar-se de maneira plural, sem impor uma determinada forma de vida.
Palavras-chave:
Direitos Humanos. Universalismo. Relativismo. Modernidade.

Abstract:
The consolidation of mechanisms of international protection for human rights presupposes some sense of universality of rights. On the other hand, the cultural diversity that characterizes the current international community requires respect for plurality. In this debate, there appear to be only the extremes, radical relativism and absolute universalism. Thus, the aim of this paper is to analyze the universality of human rights and if it is possible to prevent it will become a cultural instrument of oppression. Through a literature search, it is an analysis about the meanings of universality and relativity of human rights. After submitting their criticism, we put up a proposal for a universality that considers culture. Finally, we come to the conclusion that the concept of human rights depends on the notion of universality, to some extent. However, considering that the human being is embedded in different cultures, it is necessary a concept of universality that can be performed in a plural way, without imposing a particular form of life.
Keywords:
Human Rights. Universalism. Relativism. Modernity.

1 INTRODUÇÃO

[1] Professor Universitário. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Dissertação aprovada com distinção (summa cum laude). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Pesquisador no Grupo de Pesquisa (CNPq) "Tradição da Lei Natural". Orcid: http://orcid.org/0000-0002-1089-8905

[2] Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará (UFPA), da qual é membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Coordenador do Grupo de Pesquisa (CNPq) "Tradição da Lei Natural". Doutor em Filosofia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Graduado em Direito no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

No caminho para Atenas vivia um facínora chamado Procusto, que conduzia todos os viajantes que encontrava a um leito de ferro. Se a pessoa era menor que o leito, esticava-lhes as pernas. Se o viajante era maior que o leito, cortava-lhe a parte excedente. No entanto, em seu poder todos sempre sofriam uma das duas medidas, pois Procusto possuía dois leitos: um maior, onde deitava os baixos, e um menor, onde deitava os altos. O resultado de seu julgamento sempre era a morte. A punição aplicada por Teseu a Procusto, por uma cilada do destino, foi sofrer aquilo que impunha às suas vítimas (SMITH, 1867).

O exemplo oferecido pela mitologia grega é extremamente útil para a discussão sobre a universalidade dos direitos humanos. Afinal, é possível pensar em iguais direitos para toda a humanidade? Considerando que – de forma incontestável – o homem vive de formas diferentes, tendo diversas concepções sobre o direito, a humanidade, os valores, ainda é cabível falar em direitos aplicáveis em todos os lugares (e em todo tempo)?

Assumir um padrão para definir práticas sociais que respeitam ou violam os direitos humanos pode acabar sendo o parâmetro de Procusto. Uma medida que desconsidera os fatores circunstanciais e aplica um parâmetro supostamente neutro, mas que acaba – ele próprio – por violar a diversidade inerente à humanidade e a pluralidade de culturas. Dessa forma, a universalidade não pode acabar sendo uma sofisticação do velho discurso imperialista? Nesse caso, o leito de Procusto não seria o modelo de direitos criado pelo Ocidente e pensado apenas para o Ocidente?

Toda essa discussão é necessária, pois o movimento contemporâneo dos direitos humanos – centrado em mecanismos internacionais de monitoramento e tutela – pressupõe um núcleo de direitos – previstos expressamente, ou não, em tratados – aplicável a diversos povos – separados não apenas geograficamente, mas também espiritualmente. São direitos voltados a culturas tão distintas que não parecem compartilhar uma identidade suficiente que justifique idênticos instrumentos internacionais.

A preocupação com o imperialismo não pode ser considerada como um fato apenas histórico. O processo de descolonização do século XX não eliminou a tendência ainda existente de imposição de parâmetros de determinadas culturas sobre outras. Outros mecanismos podem ser utilizados para realizar essa dominação. O temor a respeito da universalidade dos direitos humanos é, pode-se dizer, o temor do uso deste discurso como legitimador do domínio ocidental sobre o restante do mundo.

Por outro lado, a pergunta que não quer calar é se as diferenças culturais realmente impedem a identificação de uma humanidade comum. Se uma noção de natureza humana – que é afetada pelo contingente histórico e cultural – é simplesmente eliminada ante a

constatação da diversidade de formas de vida. Em caso de inviabilidade, talvez o mais honesto seja rejeitar a noção de direitos decorrentes unicamente da condição de ser humano – com pretenderam ser os direitos humanos.

O presente trabalho, portanto, visa a analisar se é possível um conceito forte de direitos humanos sem qualquer sentido de universalidade. Ou, caso contrário, a discutir qual sentido de universalidade deve ser adotado, de forma a evitar uma métrica abstrata e, igualmente, um modelo internacional imperialista.

Na busca desse objetivo, o trabalho está pautado em uma metodologia de revisão bibliográfica. Em um primeiro momento, apresenta-se a visão moderna de universalidade. Em seguida, aponta-se a crítica relativista ao modelo universal abstrato. Após a exposição das críticas tanto ao modelo universal abstrato, quanto ao relativismo, expõe-se uma ideia de universalidade compatível com a diversidade cultural.

2 A PROPOSTA MODERNA DE UNIVERSALIDADE

O presente trabalho não pretende centrar-se na discussão sobre o conceito de direitos humanos e nem encerrar a discussão sobre as semelhanças entre esse conceito e o de direitos naturais. Devemos centrar nossos esforços na compreensão da mudança que ocorre na Modernidade sobre o próprio conceito de universalidade.

Uma das características da Modernidade, nesse sentido, é a construção do conceito de direitos humanos (HUNT, 2009, p. 19). Um conceito pensado, inicialmente, sob a ótica de um ideal liberal. Enquanto gregos, romanos e medievais possuíam os direitos naturais, os modernos vão desenhar um novo tipo de direito não estatal, que possui semelhanças com os direitos naturais, mas com eles não se confunde (DONNELLY, 1982).

Diversas transformações sociais, econômicas e políticas da modernidade conduziram a uma nova forma de compreender os direitos da humanidade (DONNELLY, 2007, p. 287). Os conceitos de naturalidade, igualdade, inalienabilidade e universalidade foram apropriados por uma nova forma de direito, agora denominado de direitos humanos (HUNT, 2009, p. 19).

Esse movimento moderno de direitos pode ser divido em pelo menos duas fases. Em um primeiro momento foram elaboradas declarações de direitos no curso das revoluções burguesas do século XVIII, documentos nacionais com pretensão geral. Foi o caso da Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, da *Bill of Rights* Estadunidense e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Uma segunda fase pode ser destacada com o desenvolvimento de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, já no século XX.

Esse movimento dos direitos humanos que pode ser denominado *contemporâneo* vai emergir principalmente com o fim da II Guerra Mundial[3]. Uma nova universalidade ganha destaque: a universalidade funcional. Conforme emergem novas ameaças à dignidade humana, emerge a necessidade de novos remédios. Os direitos humanos, em tal contexto, tem a função de ser uma resposta universal a essas novas ameaças (DONNELLY, 2007, p. 288).

Essa resposta não ficou apenas em um plano abstrato. A necessidade de respostas concretizou-se na formação de um sistema universal de proteção e promoção aos direitos humanos. Sendo que o fim da guerra – e o temor de um novo conflito mundial – acentuou a necessidade de um amplo endosso internacional ao redor dos Direitos Humanos (STEINER; ALSTON; GOODMAN, 2007, p. 135).

A contemporaneidade é marcada, assim, por um movimento de direitos humanos, que envolve tanto instituições quanto normas. Sendo que a instituição central dessa fase é a Organização das Nações Unidas – também responsável por mobilizar a normatividade no tema. A Carta de São Francisco (1945) já deixava claro que a proteção aos direitos humanos deveria ser um objetivo institucional da ONU:

> Artigo 68.
> O Conselho Econômico e Social criará comissões para os assuntos econômicos e sociais e a proteção dos direitos humanos assim como outras comissões que forem necessárias para o desempenho de suas funções.

Nessa conjuntura foram elaborados a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – além de diversos outros documentos internacionais adotados posteriormente (STEINER; ALSTON; GOODMAN, 2007, p. 137).

Embora esses elementos indiquem uma aspiração universal dos direitos humanos, a universalidade nunca foi um elemento pacífico nesse conceito. Essa discussão acabou por permear de forma intensa os debates da II Conferência Internacional dos Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993 (CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 516). No entanto, aparentemente a tese da universalidade voltou a preponderar, se verificarmos o resultado do encontro, a Declaração de Viena e Programa de Ação (1993):

[3] É necessário frisar que essa não é uma posição unânime. Hans Joas (2012, p. 262) deixa claro que antes mesmo do final da II Guerra e do conhecimento acerca das atrocidades nazistas a Administração Roosevelt já falava em documentos internacionais que reconhecessem direitos. Ou seja, partindo desse ponto de vista, o pós-guerra serviu muito mais para acelerar e reforçar a necessidade de uma instância transnacional de proteção do ser humano do que propriamente iniciar *ex nihilo* a internacionalização dos direitos humanos.

> 5. Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os diversos antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais.

Com o movimento de direitos humanos, consolidou-se outra forma de universalidade, a universalidade jurídica internacional. Afinal, segundo Donnelly (2007, p. 288), virtualmente todos os Estados aceitaram os direitos previstos na Declaração Universal e elaborados em outros documentos subsequentes. Sendo que a proteção dos Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos tornou-se uma precondição à completa legitimidade política de um Estado no âmbito internacional (CANÇADO TRINDADE, 1998, p. 515).

Não obstante, esses dois tipos de universalidade – se não quiserem ser meramente formais – dependem de um conceito mais amplo de universal. É necessário discutir a universalidade da própria humanidade. Afinal, enquanto apenas uma minoria dos Estados se opõe à ideia de direitos humanos, as violações a esses direitos continuam sendo sistemáticas e graves (CANÇADO TRINDADE, 2009, p. 41).

É indispensável, portanto, discutir o aspecto substancial da universalidade. Se, por um lado, o desafio posto é o de apresentar remédios às violações sistemáticas e gerais a valores básicos da pessoa humana, por outro lado não há como negar que indivíduos e grupos são diferentes em razão do tempo e do espaço. E mais, a cultura está em constante transformação (DONNELLY, 2007, p. 296).

Essa questão já havia sido colocada ao tempo das primeiras declarações. A ruptura com as ordens vigentes pressupunha o recurso a uma noção de direitos assegurados a todos os sujeitos e independentemente do reconhecimento pelo Estado. A dificuldade era a diversidade existente dentre dos próprios países – diferenças de crença, classe social, sexo.

A universalidade desses direitos – ditos *do homem* – pressupunha, portanto, um sujeito de direitos abstrato. Ignorando todo o contexto no qual o ser humano encontra-se permanentemente imerso, as primeiras declarações de direitos – e, em algum sentido, a própria Declaração Universal – definiram os homens como plenamente iguais, dotados de uma natureza abstrata e universal (DOUZINAS, 2009, p. 110).

É claro que isso pode ser colocado dentro de um contexto maior em que o homem afirmou – ou, pelo menos, buscou – uma liberdade total, livre da tradição e da história (DOUZINAS, 2009, p. 105). Esse novo homem, para que pudesse "suceder a Deus como a

nova base do ser e do significado", tinha a necessidade de uma natureza completamente autônoma, anterior a qualquer predicado ou determinação (DOUZINAS, 2009, p. 107).

Essa ideia de sujeito abstrato era indispensável aos propósitos das revoluções, pois era a condição de possibilidade da criação de direitos *ex nihilo*, cujo elemento de fundamentação – a natureza do homem – era comum e imutável, a qual legitimava o legislador e autorizava novas áreas de livre atuação (DOUZINAS, 2009, p. 107). A legitimidade para a rejeição de toda a tradição existente era apelar a um elemento externo e não determinado por ela.

Contudo, embora as declarações tenham pressuposto um sujeito vazio, dotado de igual dignidade pelo fato do nascimento, esse homem abstrato precisou ser complementado por outras capacidades e características. "A lei é o terreno sobre o qual a natureza humana abstrata adquire forma concreta" (DOUZINAS, 2009, p. 109).

É por isso que Hunt (2009, p. 17) pode afirmar que a autoevidência desses direitos era completamente paradoxal. O sujeito abstrato dos direitos humanos era vago o suficiente para excluir das declarações mulheres, escravos, despossuídos e minorias religiosas. A abertura conceitual das declarações dava a margem para interpretações excludentes, como as de ordem biológica (HUNT, 2009, p. 187).

Dessa forma, a resposta da modernidade à diversidade aproximou-se de uma solução de Procusto. Partiu-se para uma universalidade abstrata, que retirava o homem de seu contexto e concedia direitos a um sujeito abstrato. Esse sujeito livre de contingências acabava por perder características essenciais, sendo ou esticado, ou amputado. A esse tipo de universalidade é que se imputa o nome de universal-*ismo*, a descaracterização do sujeito para adequação a um parâmetro universal.

3 A CRÍTICA RELATIVISTA

Ao identificar que o modelo de universal acabava por deformar as culturas a um parâmetro de Direito e de tutela que não lhes era própria, algumas pesadas críticas de cunho relativista se levantaram contra os direitos humanos universais.

Uma primeira forte impugnação ao modelo de direitos humanos pautado na universalidade foi lançada pela Antropologia. A proposta de um relativismo antropológico vai dotar de caráter prescritivo a diversidade (e relatividade) cultural – que nunca foi desconhecida, e sim ignorada muitas vezes (DONNELLY, 2007, p. 294).

Dessa forma, o relativismo não seria uma consequência da teoria antropológica, e sim uma necessidade decorrente dos dados antropológicos. Uma inclinação seria fruto mais

propriamente dos materiais com os quais trabalha a Antropologia – seja ela cultural, ou não (GEERTZ, 2001, p. 49). Seu impulso centrífugo faz com que apressar-se a julgar não seja apenas um erro, e sim um crime (GEERTZ, 2001, p. 50).

A preocupação dessa crítica é que o discurso dos direitos humanos falseie uma real intenção etnocêntrica, imperialista e de cunho colonialista, para impor determinados valores e formas de vida ocidentais sobre outras culturas. Se, argumenta-se, os direitos humanos passarem a funcionar como uma métrica entre as culturas, haverá, na realidade, a imposição de um modelo de vida ocidental sobre as demais sociedades, aniquilando a natural diversidade cultural existente.

Uma primeira forma de relativismo antropológico está ligada à metodologia de atuação desse campo do conhecimento. Considerando que a Antropologia vai necessariamente lidar com a diversidade cultural, é indispensável que a análise das culturas não se dê de uma forma avaliativa. Ou seja, o antropólogo não pode avaliar uma cultura a partir dos preconceitos trazidos consigo a partir da sua própria cultura (DONNELLY, 2007, p. 294).

Além desta versão, é possível identificar uma proposta relativista normativa substantiva. Segundo esse argumento, uma prática deve ser avaliada a partir dos padrões de sua cultura (DONNELLY, 2007, p. 294). Não seria possível um padrão entre as culturas, pois o sujeito estaria completamente inserido no seu meio. Por exemplo, segundo a Associação Americana de Antropologia, “um homem é livre apenas quando vive como sua sociedade define a liberdade” (AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION, 1947, p. 453).

Dessa forma, o relativismo cultural levaria a um relativismo na definição dos direitos humanos, pois há uma dificuldade – para não afirmar desde logo a própria impossibilidade – de achar normas transculturais válidas (KLAUTAU FILHO, 2004). Sendo que esse relativismo não necessariamente precisa ser cética, isto é, não implica, por si, a negação da possibilidade de conhecer princípios morais. É possível a adoção de um relativismo que aceite uma legitimidade relativa e limitada dos princípios morais (para os membros da sociedade em questão), exigindo o respeito mútuo.

Nesse sentido, para evitar o etnocentrismo nos direitos humanos, a Associação Americana de Antropologia apresentou as seguintes proposições: (i) o indivíduo desenvolve sua personalidade através de sua cultura, pelo que o respeito por diferenças individuais exige o respeito por diferenças culturais; (ii) não foi descoberta técnica de avaliação das culturas; (iii) *standards* e valores são relativos às culturas, de forma que a tentativa de formular postulados externos a tais culturas depreciará a aplicabilidade de qualquer declaração (AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION, 1947, p. 451-452).

O relativismo toma por premissa uma descrição do mundo dos fatos para, daí, extrair um juízo de valor. Partindo de uma descrição e do apelo à tolerância intercultural, o relativismo consagra essa diversidade empírica como um juízo de dever-ser (KLAUTAU, 2004). Enquanto o universalismo moderno afastou-se da diversidade de circunstâncias por meio de um sujeito abstrato universal, o relativismo acabou por negar a existência de qualquer sujeito universal.

A diferença entre as culturas, nesse contexto, seria inclusive sobre aspectos basilares. O que as pessoas consideram como elementar ou mesmo evidente somente existe dentro de um contexto cultural no qual o indivíduo está inserido (GEERTZ, 1997, p. 112). Por consequência, considerar que existe um elemento universal e evidente no fundamento dos direitos humanos exige adotar uma visão a partir de determinada cultura – uma visão parcial.

Os conceitos aparentemente retirados da experiência, na verdade são resultado de reflexões deliberadas sobre esta (GEERTZ, 1997, p. 114). Por exemplo, “o bom senso não é aquilo que uma mente livre de artificialismo apreende espontaneamente; é aquilo que uma mente repleta de pressuposições [...] conclui” (GEERTZ, 1997, p. 127). No entanto, essas tentativas de “chegar às coisas como elas *realmente* são” acaba por negar essas pressuposições já estabelecidas (GEERTZ, 1997, p. 128).

O relativismo antropológico nega, portanto, uma concepção de universalidade, por não conceber como possível esse afastamento das situações concretas.

> O conceito propriamente dito, como uma categoria fixa e etiquetada, um domínio semântico fechado, não é, obviamente, universal; no entanto, assim como a religião, a arte, e as demais disciplinas, é mais ou menos parte desta nossa forma cotidiana de distinguir os gêneros da expressão cultural. E, como vimos, seu conteúdo real [...] varia tão radicalmente de um lugar ou período para outros lugares ou períodos, que não nos deixa muita esperança de descobrir uma uniformidade em sua definição e conteúdo, uma estória original que seja sempre repetida (GEERTZ, 1997, p. 128).

E, embora a pretensão à universalidade tente fundar-se nas características de *naturalidade* e *acessibilidade* dos fundamentos dos direitos humanos, em realidade estes elementos somente aplicam-se em um limite cultural. Considerar um conceito como universal pressupondo isso ser da natureza das coisas e passível de ser conhecido por todos, na verdade é uma característica desse bom senso que ocorre de maneiras diferentes entre as culturas – sendo profundamente heterogêneo (GEERTZ, 1997, p. 139).

Destarte, é difícil conceber direitos universais a partir dessa posição antropológica. A crítica à versão moderna da universalidade dos direitos humanos é uma oposição à visão de direito descolada do contexto social e cultural. Sendo uma forma de compreender e constituir

o mundo, o Direito depende de sua inter-relação com o meio cultural (GEERTZ, 1997, p. 249). Uma tentativa diferente – como a baseada no sujeito abstrato – seria irreal.

Uma vez que o sentido de justiça é local, o Direito deve ser pensado a partir do modo como se relaciona com a vida social. É necessário que os conceitos estejam alicerçados em algum lugar, e não no nada (GEERTZ, 2001, p. 50). Haveria, assim, uma semelhança entre o Direito e a Antropologia, na medida em que os dois precisam agir baseando-se em uma sensibilidade a respeito do particular (GEERTZ, 1997, p. 251).

O resultado disso é um pluralismo jurídico, a compreensão de que o Direito é um fato cultural que possui uma relação umbilical com o saber local. Não é cabível uma compreensão pura do Direito, destituída dos fatos (GEERTZ, 1997, p. 254). Os caminhos que serão trilhados pela justiça dependem da visão de cada sociedade, de cada povo. Afinal, os fatos que necessariamente relacionam-se ao Direito não são objetos físicos, e sim constructos sociais (GEERTZ, 1997, p. 258).

Nessa visão, o Direito não é simplesmente um conjunto de normas. É uma formulação cultural, produto do comportamento humano (GEERTZ, 1997, p. 259). Ele tanto regula o comportamento, quanto o constrói, contribuindo para a definição do sentido de justiça – que, nesse sentido, é concreto (GEERTZ, 1997, p. 261). A consciência das diversas formas de sensibilidade jurídica produz a compreensão da necessidade de contextualização cultural. Como consequência:

> [...] é um relativismo que não defende o niilismo, nem o ecletismo, nem a noção de que qualquer coisa é válida; nem tampouco se satisfaz simplesmente com demonstrar, ainda uma vez, que além dos Pireneus as verdades são o oposto das nossas. Ao contrário, é um relativismo que funde os processos de autoconhecimento, autopercepção e autoentendimento com os processos de conhecimento, percepção e entendimento do outro; que identifica, ou quase, organizando o que somos e entre quem estamos. Dessa forma, consegue contribuir para que nos libertemos de representações errôneas de nossa maneira de apresentar assuntos judicatórios [...] e obrigar que nossas consciências relutantes aceitem visões discordantes de como essas representações devem ser feitas [...], visões essas que não são menos dogmáticas que as nossas, e tampouco menos lógicas (GEERTZ, 1997, p. 272).

Em tal contexto, não faz sentido falar em uma universalidade de direitos. Um estudo comparativo do Direito que se aproprie de uma ideia abstrata geral incorre em diversos problemas. Primeiro, transforma diferenças concretas em semelhanças abstratas. Segundo, busca identificar fenômenos idênticos disfarçados por meio de nomes diferentes. Terceiro, ignora que se deve ter como referência o gerenciamento da diferença e não sua eliminação. Geertz (1997, p. 325) explica que a tendência não é a uniformidade, e sim a particularização das diversas tradições.

Por isso, a concepção de Geertz acerca do Direito e da universalidade leva-o a rejeitar o que denomina de "anti-relativismo" (GEERTZ, 2001). A crítica antropológica por ele encampada considera que há um medo em relação ao relativismo cultural. No entanto, as consequências morais e intelectuais imputadas ao relativismo não decorrem necessariamente dele; e, além disso, as recompensas do conhecimento pasteurizado são ilusórias.

Dessa forma, a crítica antropológica ao universalismo rejeita que o relativismo seja equiparado ao niilismo (GEERTZ, 2001, p. 48). Na verdade, haveria uma caricatura da posição antropológica, segundo a qual tudo é mera opinião, sem qualquer amarra moral, incapaz de entrar em uma interação comunicativa e sem espaço para a crítica. Mas essa visão jamais seria abraçada por alguém em perfeito juízo (GEERTZ, 2001, p. 51-52).

As propostas naturalista e racionalista de recuperar conceitos como o de "natureza humana" e de "mente humana" são incapazes, segundo Geertz (2001, p. 55), de explicar como devemos entender os fatos comuns dentro de um contexto. As mais diversas propostas de combate ao relativismo colocam as diferenças como superficiais e as semelhanças como profundas. Sendo que algumas dessas visões ainda contêm certo preconceito etnocêntrico (GEERTZ, 2001, p. 59).

O risco dessa natureza humana subjacente é que sempre "poderemos, com o tempo, ser capazes de julgar não apenas indivíduos mas sociedades inteiras como desviantes, falhas e antinaturais" (GEERTZ, 2001, p. 60). Contudo, não foi o relativismo que abalou as estruturas estáveis em que estava assentada a universalidade. "Foram fatos bizarros [...] que embaralharam as categorias" (GEERTZ, 2001, p. 66).

A alegoria trazida por Geertz (2001, p. 66) – para mostrar como tudo o que é percebido é, na verdade, compreendido a partir do nosso lugar no mundo – associa a compreensão a lentes. O mundo é visto pelas lentes que nós mesmos polimos. E somo vistos pelos demais por meio das lentes que eles poliram.

Ao lado do relativismo cultural ou antropológico reside uma crítica de ordem psicanalítica. Uma vez que a formação da identidade do Eu pressupõe o reconhecimento do Outro, a criação da subjetividade revelou uma falta fundamental no coração do sujeito. Na medida em que esse desejo é definido como o desejo pelo desejo do outro, passou a ser um desejo vazio e "testemunha da falta constitutiva do sujeito" (DOUZINAS, 2009, p. 312). Esse desejo imagina-se e retrata-se em objetos, "o pequeno objeto *a*" (DOUZINAS, 2009, p. 312).

No entanto, nunca há a satisfação desse pequeno objeto, ele é sempre protelado, pois não se refere a uma necessidade ou demanda específica – ele aponta para o desejo de se tornar completo novamente (DOUZINAS, 2009, p. 313). A crítica psicanalítica associa, então, os

direitos ao "pequeno objeto *a*", sendo eles o reconhecimento público dos desejos do sujeito (DOUZINAS, 2009, p. 317).

Dessa forma, os direitos são a forma de definir e embasar a identidade dos sujeitos, na medida em que a ideia de direitos passa a estar associada ao reconhecimento do sujeito a partir do momento em que permite o Eu se inserir no mundo e se relacionar com os outros (DOUZINAS, 2009, p. 317).

Na Modernidade os direitos seriam a forma de evitar a violência – considerando que a lei substituiu a violência individual por uma violência organizada da comunidade. Eles nos possibilitam expressar nossas necessidades na forma de uma demanda. No entanto, diz Douzinas (2009, p. 319), ao mesmo tempo em que constituem a causa e o objeto do desejo, significam a falta.

Essa relação aponta duas conclusões acerca da defesa de direitos universais. Em primeiro lugar, como na comunidade internacional não existem vínculos afetivos entre os indivíduos, a ideia dos direitos humanos universais tenta criar uma fantasia de que existe esse todo. Ou seja, que o respeito por esses direitos permite a existência de uma comunidade não-conflitante (DOUZINAS, 2009, p. 319).

A outra conclusão diz respeito aos direitos como expressão jurídica do desejo pessoal (DOUZINAS, 2009, p. 304). Dessa forma, os direitos humanos não poderiam ser concebidos em uma noção universal, pois são manifestações do sujeito desejante na busca por saciar a falta. "Eles criam sempre novas áreas de reivindicações e prerrogativas, mas elas se mostram insuficientes sem exceção" (DOUZINAS, 2009, p. 319). Por isso, os fundamentos de direitos universais e imutáveis perde todo o sentido.

Essas duas oposições à noção de universalidade, juntamente com o objeto de sua crítica, começaram a ser apresentadas como duas versões problemáticas para a noção de direitos humanos. Duas soluções opostas, mas ainda assim de Procusto.

4 A CRISE DO UNIVERSAL E A CRISE DO RELATIVO

Além da crítica relativista, outros autores também contestaram a ideia de um sujeito abstrato como referência para os direitos humanos. A universalidade assentada em um conceito livre de particularidades e de contingências foi alvo de um ferrenho ataque tanto a partir de um viés conversador, como por um viés revolucionário.

Imediatamente após o início da Revolução Francesa, Edmund Burke (1982) divulgou um ensaio sobre como os ideais revolucionários eram perigosos e distanciados da realidade.

Um dos ataques mais veementes foi direcionado exatamente aos direitos do homem, consagrados na Declaração Francesa de 1789 (BURKE, 1982, p. 87-91).

As críticas de Burke (1982, p. 88) são enfáticas contra um modelo geométrico em que estariam baseados os idealizadores da revolução francesa, sem amparo na tradição ou na experiência histórica. Como esses filósofos romperam com o Jusnaturalismo aristotélico-tomista, não estavam baseados no realismo. Ao contrário, os direitos do homem declarados pelas revoluções burguesas são direitos de cunho jusracionalista. Pressupõem um homem abstrato e não de um homem real, concreto (DOUZINAS, 2009, p. 162).

O modelo baseado no especulativo é criticado por Burke, pois o real não seria observado. Segundo Douzinas (2009, p. 168), Burke é o fundador do comunitarismo, ao ligar a evolução dos povos à sua história. Esse idealismo e racionalismo da revolução tornam os direitos irreais e não factíveis. Os direitos devem nos ajudar a fornecer soluções para as questões concretas de nossas vidas – o que não ocorreria com os direitos do homem.

Uma vez que as violações aos direitos ocorrem em comunidades concretas e com pessoas reais, a proteção também deveria ser realizada localmente. Por isso, a oposição de Burke é à "irrealidade ontológica do homem abstrato" das declarações de direitos (DOUZINAS, 2009, p. 167). Os direitos tornam-se princípios absolutos, podendo fundamentar governos benevolentes e, igualmente, tiranias (BURKE, 1982, p. 88). Dessa forma, o jusracionalismo desses direitos seria a-histórico e acultural, contrário aos verdadeiros direitos do homem (BURKE, 1982, p. 89).

Além da denúncia de Burke, nitidamente assentada em um conservadorismo defensor da tradição e da comunidade, outra crítica relevante foi apresentada por Karl Marx. A denúncia ideológica de Marx (2010, p. 50) é que os direitos humanos se utilizam de um conceito de sujeito universal e abstrato para encobrir uma pessoa concreta, o indivíduo egoísta e possessivo do capitalismo. Esses direitos, portanto, dão suporte a uma ordem social desumana, que não possibilita a emancipação real do homem (DOUZINAS, 2009, p. 170).

Dessa forma, o sujeito abstrato dos direitos humanos – característico do período de afirmação de direitos – perde sua identidade contextual, concreta. Assim, todas as características reais do homem são preteridas em prol de um homem sem história e sem contexto (DOUZINAS, 2009, p. 171). Esse seria claramente um discurso que falseia a real intenção dos direitos humanos, que seria a tutela da classe burguesa (MARX, 2010, p. 48). Ou seja, seria um instrumento ideológico de dominação, em que pese a aparente pretensão de garantir direitos para todos em face do Poder Político.

Segundo Marx, as características das pessoas exigem que o direito não esteja pautado em uma igualdade formal. Ao contrário, deve considerar as desigualdades. Caso contrário, uma igualdade formal – como a noção de universalidade pode conduzir – promove as desigualdades e mina as relações entre as pessoas (DOUZINAS, 2009, p. 171). Nesse sentido, os direitos humanos universais proclamariam exatamente um homem isolado de seu semelhante e da comunidade (MARX, 2010, p. 50).

A universalidade proposta pelas revoluções burguesas seria completamente irreal, por privar os homens de sua vida real e individual (DOUZINAS, 2009, p. 171). A emancipação do homem pressupõe um novo ser, dessa vez socializado, em vez de indivíduos abstratos (DOUZINAS, 2009, p. 173). A crítica de Marx é de que o direito – incluindo os direitos humanos – é um discurso que esvazia o conceito daquilo que expõe e, dessa forma, engana, constituindo uma ideologia.

Aqui há uma clara aproximação com a crítica antropológica, pois os direitos humanos podem servir como instrumento ideológico de dominação. Joas (2012, p. 266) traz como o exemplo a colonização do Congo, justificada pelo rei belga Leopoldo II com o discurso de eliminação do comércio de escravos. Ou seja, o discurso de direitos universais pode servir para mascarar a imposição de valores ocidentais – produzindo uma pasteurização social (KLAUTAU FILHO, 2004).

As visões da História de Burke e de Marx se opõem, mas a conclusão crítica concilia-se. Enquanto em Burke a História possui autoridade (visão clássica), para Marx a História mostra uma lei (visão do fim da História). Ambos rejeitam o especulacionismo metafísico, base do discurso de direitos abstrato e universal.

Donnely (2007, p. 293) aponta outras críticas à universalidade ontológica – baseada em um fundamento único e transhistórico dos direitos humanos. Segundo o autor, ainda que haja esse fundamento, a inviabilidade de persuasão acerca dele anula seu efeito prático. Além disso, essa posição ignora que a História é marcada pela negação dos direitos humanos. Por fim, a defesa de uma mesma essência depende do reconhecimento de uma universalidade antropológica, o que é empiricamente negável.

Além destas críticas teóricas, o processo de imperialismo da Era Moderna demonstrou os efeitos nefastos de um discurso cultural hierarquizante, assentando em um padrão universal de cultura que, surpreendentemente, coincide com a cultural ocidental – marcadamente europeia. O legado do colonialismo dá um golpe de misericórdia na universalidade abstrata, expondo como os países geralmente confundem os interesses próprios com os valores

universais, usando os direitos humanos como um reforço argumentativo de sua política externa.

A negação ao universalismo abstrato, contudo, não transformou o relativismo antropológico normativo no modelo a ser adotado, nem implicou a aceitação da argumentação da psicanálise. Nesse caso, a rejeição a um extremo não implica a veracidade do outro extremo. Ao contrário, outras críticas relevantes podem ser levantadas contra o relativismo dos direitos humanos.

Rhoda Howard-Hassmann (1993) expõe de maneira contundente como o relativismo normativo conduz a um absolutismo cultural. A cultura passa a prover os padrões absolutos de avaliação, pelo que ela sempre está correta por já *ser* exatamente o que *deveria ser*.

Vários são os problemas de assumir uma postura estritamente relativista em relação aos direitos humanos (HOWARD-HASSMANN, 1993, p. 315-322). Em primeiro lugar, há o perigo de reduzir o "direito" ao "tradicional", pelo que o que sempre ocorreu deve continuar sendo aplicado. Além disso, essa posição assume que a cultura se origina com validade moral, devendo ser aceita. Em terceiro lugar, como não há um parâmetro de avaliação, um relativismo genocida é tão defensável quanto um relativismo tolerante, pois todos são igualmente válidos e aceitáveis.

Interessante notar que o relativismo incorre no mesmo erro do universalismo, o de ignorar as relações de poder (HOWARD-HASSMANN, 1993, p. 316). Enquanto o universalismo desconsidera que o conceito de sujeito abstrato é preenchido casuisticamente pelo poder político, o relativismo ignora que as culturas não são plenamente democráticas. Ao contrário, muitas manifestações culturais na verdade são manifestações de poder e de opressão de determinados grupos sobre outros. Assegurar pura e simplesmente uma prática cultural pode ser impedir a proteção de grupos – muitas vezes minorias – que são tradicionalmente alvo de exclusão e opressão (PERRY, 1998, p. 81).

A pressuposição implícita do relativismo é de uma cultura monística, coerente, homogênea, consensual e estática. Trata-se de uma cultura na verdade como uma representação idealizada do passado, que ignora as transformações naturais pelas quais todas as sociedades passam (HOWARD-HASSMANN, 1993, p. 321). Se essa representação idealizada já não tinha lugar antes, muito menos em um mundo marcado pela interação entre as diversas culturas.

Dessa forma, a própria cultura vai se transformando, tanto pelo contato com outras culturas, quanto por uma crítica interna. Toda cultura, em ritmos distintos, passa por movimentos de contestação e transformação – que não necessariamente marcham para uma

pasteurização social (PERRY, 1998, p. 75). Um relativismo forte acaba por tratar a mudança como um fator acidental e não como uma constante.

E mais, impedir a manifestação externa sobre os princípios morais de determinada cultura é impedir a crítica ou comentário – protegendo de manifestações que não necessariamente são impositivas. Ou seja, ao tentar impedir o imperialismo, o relativismo acaba por cair em um "despotismo do costume", para usar a expressão de Stuart Mill (2011).

Nesse contexto, a opinião dominante – que pode estar em processo interno de contestação – prevalece sempre, com ou sem fundamento (KLAUTAU FILHO, 2004). A consequência é a manutenção do *status quo*, o que é exatamente o oposto à noção de direitos humanos em relação a qualquer cultura – inclusive a ocidental. Por exemplo, a rejeição e mudança de uma prática de dominação sobre uma minoria dependeria exclusivamente da vontade da maioria ou do poder político.

O relativismo pode acabar cerceando o movimento interno de impugnação às práticas culturais. Afinal, o questionamento de determinadas práticas, costumes e modos de pensar não é somente externo, pode também partir de dentro do universo cultural (KLAUTAU FILHO, 2004). Os direitos humanos poderiam culminar no absurdo de ser instrumento de legitimação de práticas que são culturais – e tradicionais, portanto –, mas que violam bens básicos do ser humano, como a integridade física e moral.

Na verdade, o relativismo fornece uma solução fácil ao dilema de como lidar com a complexidade cultural. Afirmar que não existe uma hierarquia entre as culturas não implica, por si, que toda avaliação por outro ponto de vista deve ser rejeitado ou imputado por intolerante. Ao contrário, muitas vezes é necessário outro ponto de vista, principalmente para quem se encontra vitimizado pela cultura em algum aspecto (PERRY, 1998, p. 81).

Porém, geografia não é destino. As realidades podem e precisam ser transformadas, inclusive no Ocidente (BOOTH, 1999, p. 53). A defesa honesta dos direitos humanos não afirma que na cultura ocidental todos os direitos estão assegurados, sendo a mudança destinada apenas às demais sociedades. Ao contrário, o discurso dos direitos humanos exige a transformação também da cultura ocidental.

Quanto à alegação relativista da psicanálise, Douzinas (2009, p. 320-323) mostra como a tentativa de celebrar os direitos ignora precipitadamente as inúmeras críticas. Além disso, transferir às sociedades os processos que ocorrem com os indivíduos talvez tenha uma força de analogia, mas sem muitos fundamentos. E, ainda que haja esse caráter infinitamente expansivo dos direitos, eles estão assentados em uma instituição.

Dessa forma, universalidade e relatividade precisam dialogar, de forma a assegurar a proteção do ser humano até mesmo em face das práticas locais, mas sem partir de uma abstração desse contexto necessário.

5 POR UMA UNIVERSALIDADE DIALÓGICA E ANALÓGICA

Tanto o universalismo quanto o relativismo pecam ao não perceber que, por um lado, as diferenças culturais são importantes, mas, por outro lado, não separam a humanidade em compartimentos estaques. É indispensável a tomada de consciência acerca da diversidade de modos de vida, de forma promover um enriquecimento mútuo (KLAUTAU FILHO, 2004).

Ocupando extremos opostos, as duas posições podem e precisam compartilhar argumentos. A existência de direitos humanos universais não nega o pluralismo que cerca estes direitos – diversidade que merece respeito (PERRY, 1998, p. 65). Trata-se de resgatar um conceito de universalidade que dê espaço para particularidades, diversidade e relatividade.

Nesse sentido, não existem somente as versões radicais do relativismo – em que a cultura é fonte de todos os valores, o que acaba por negar os direitos humanos – e do universalismo – em que todos os valores são inteiramente universais, sem alterações históricas ou culturais. É possível encontrar uma universalidade relativa (DONNELLY, 2007) ou analógica (BARZOTTO, 2010).

A concepção clássica de universalidade remete a uma concepção em que os direitos humanos são universais, mas também são determinados e modificados pela cultura (BARZOTTO, 2010, p. 55). Dessa forma, é plenamente válido que sirvam de controle para manifestações culturais específicas, sem significar um instrumento de dominação.

Uma universalidade relativa ou analógica é capaz de estabelecer padrões sem incorrer em homogeneidade cultural. Dentro dos *standards* definidos pelos direitos humanos há espaço para a diversidade (BOOTH, 1999, p. 65). Adequadamente definidos, os padrões universais dos direitos humanos mais conduzem à diversidade cultural do que o oposto.

O pressuposto inicial de uma universalidade não imperialista é de que, do fato de todo ser humano ser sagrado, algumas escolhas precisam ser feitas e outras precisam ser rejeitadas (PERRY, 1998, p. 57). Do reconhecimento dessa sacralidade ínsita à espécie humana são derivadas as demais premissas (PERRY, 1998, p. 59). A verdadeira universalidade, portanto, está associada ao caráter de algo devido a – ou vedado contra – *todo* e *qualquer* ser humano.

Embora seja possível defender que nem tudo é bom e mal igualmente para todas as pessoas – como a corrente moderna da universalidade pressupôs – não há como negar que

algumas coisas não devem ser feitas a *nenhum* ser humano e que algumas outras precisam ser garantidas a *todo* ser humano (PERRY, 1998, p. 62). Embora alguns juízos e demandas não sejam compartilhados por todos, outros são – embora realizados a partir da cultura local.

Esse é o sentido das demandas por direitos humanos. Efetivamente, nem tudo que vem utilizando o rótulo de direitos humanos integra essa noção. No entanto, a pretensão a direitos universais é fundamentada na ideia de que determinadas demandas são justificáveis racionalmente e não apenas por referência à cultura e tradição locais (PERRY, 1998, p. 67).

As propostas para garantir essa forma de universalidade podem ser divididas em pelo menos dois grandes grupos. Uma primeira posição defende uma abordagem dialógica ou consensual entre as culturas, que permite definir a universalidade – que será concretizada de formas diferentes por essas mesmas culturas. Outra posição identifica no direito natural o fundamento para a universalidade analógica. Nesse caso, o ser humano é capaz de conhecer esses bens universalmente essenciais à humanidade.

Seguindo a primeira corrente, Donnelly (2007, p. 291) destaca que a assimetria existente nas relações de poder acaba refletida no discurso internacional. Dessa forma, é indispensável abrir ou preservar o espaço discursivo ou prático para a ação autônoma de grupos e pessoas marginalizadas ao redor do globo. A partir daí seria possível o consenso sobreposto defendido por John Rawls.

Essa posição consensual é possível, segundo Donnelly (2007, p. 292), por existir uma diversidade de possibilidades de fundamentação dos direitos humanos. Isso teria sido ratificado pela convergência, nas últimas décadas, de muitos adeptos de diferentes doutrinas no endosso (político) aos direitos humanos.

É claro que os direitos humanos não são vistos claramente em todas as culturas e nem todas as práticas culturais estão de acordo com esses direitos. No entanto, as culturas não são permanentemente inconciliáveis com os direitos humanos – elas podem aderir, sem alterar sua forma de vida, a esses direitos (DONNELLY, 2007, p. 292).

Se, por um lado, é verdade que países poderosos transformaram a pauta dos direitos humanos como um elemento de sua política externa; por outro lado, o consenso em torno da Declaração Universal dos Direitos Humanos não reflete apenas a decisão dos governos. Ao contrário, trata-se de um consenso transnacional baseado em decisões amplamente voluntárias de pessoas e outros atores políticos (DONNELLY, 2007, p. 292).

A grande questão é sobre a possibilidade de buscar ações em comum quando os valores divergem intensamente (JOAS, 2012, p. 248). Nesse sentido, a opção ao consenso sobreposto de Rawls seria uma generalização de valores – que parte da lógica de uma

comunicação referente a valores. Afinal, considerando que os valores não são infundados, eles podem ser alvo de um diálogo acerca de sua justificação (JOAS, 2012, p. 250).

A posição de Joas (2012, p. 251) considera – em divergência à posição de Habermas por ele apresentada – que a universalização não é possível apenas na esfera do direito e da moral normativa, mas também na esfera dos valores. É claro que a intensidade afetiva de nossa adesão aos valores faz com que seja possível apenas uma plausibilidade, e não um consenso (JOAS, 2012, p. 252-253). Sendo que essa comunicação ocorre considerando o aglomerado de valores, e não a partir de uma visão individualizada deles.

Dessa forma, a partir dos processos de comunicação, os valores – como os direitos humanos – podem ser transformados em sentido universalista. No entanto, uma vez que o sistema no qual esses direitos estão inseridos é profundamente diferenciado, o padrão axiológico dos direitos humanos precisa de um elevado nível de generalização, para que possa legitimar os valores mais específicos de todas as partes diferenciadas (JOAS, 2012, p. 257).

Esse processo de generalização de valores – que seria capaz de assegurar o sentido universal e relativo dos direitos humanos – passa por muitas etapas e com muita frequência envolve conflitos. No entanto, nesse processo as pessoas não precisam desligar-se das tradições e experiências das quais brota a força afetiva da adesão aos valores. É necessária apenas uma compreensão mais geral e abstrata do seu conteúdo (JOAS, 2012, p. 259).

Dessa forma, enquanto o consenso sobreposto parte de uma justaposição, a generalização de valores envolve um processo dinâmico de modificação recíproca, em que há uma nova articulação da tradição. Nesse caminho, a generalização consegue alcançar as camadas mais profundas de sistemas axiológicos – enquanto o consenso sobreposto limita-se a princípios políticos ou de direito constitucional. Por fim, as perguntas que são preteridas pelo consenso de Rawls são recolocadas pela generalização (JOAS, 2012, p. 260).

Esses modelos de processo dialógico transcultural permitiriam a existência de direitos humanos universais no nível conceitual, porém com múltiplas concepções defensáveis. Sendo que os próprios tratados de direitos humanos admitem um amplo campo para práticas particulares (DONNELLY, 2007, p. 299).

O diálogo transcultural seria a solução a partir de uma abordagem construtiva, aproveitando o elemento verdadeiro de todas as posições. Isso levaria ao fortalecimento da credibilidade e eficácia dos padrões internacionais de direitos humanos. Essa abordagem dialógica pressupõe a inexistência de uma comunidade ética universal da qual os direitos derivariam. Sendo assim, a existência de direitos universais somente é possível a partir de um

do diálogo internacional (KLAUTAU FILHO, 2004). Tendo um aspecto consensual, encontra limites – principalmente, sobre qual o limite ao que pode ser negociado no consenso[4].

A segunda concepção de universalidade não imperialista volta-se ao Direito Natural. Segundo essa concepção, a universalidade não é construída por um diálogo, e sim decorrente da natureza humana – negando o relativismo antropológico normativo. Essa natureza, contudo, não é a natureza abstrata do sujeito das primeiras declarações de direitos. É a natureza de uma humanidade (essência) que existe dentro de uma cultura (existência), em um determinado momento histórico (BARZOTTO, 2010, p. 56).

Nessa definição, não se deve negar a existência de uma natureza humana pelo fato de terem existido diversas concepções acerca dela – permeadas de perspectivas históricas e culturais particulares. A perspectiva clássica do Direito Natural afirma que é racionalmente cognoscível um saber moral sobre as condições para o florescimento humano. E isso envolve que todos os seres humanos compartilham algumas características importantes, em razão das quais algumas coisas são boas ou más para todos (PERRY, 1998, p. 68).

Essa universalidade não nega que um valor, para que possa realizar-se em um contexto, depende inevitavelmente das particularidades desse contexto (PERRY, 1998, p. 82). Ao contrário, a plena realização da pessoa pressupõe que os direitos tutelem as várias dimensões da natureza humana em situações concretas.

Em tal contexto, a universalidade analógica dos direitos humanos – uma retomada dos direitos naturais – significa que eles não terão nem um sentido unívoco – o mesmo sempre – nem equívoco – ou seja, completamente diferente. Serão os mesmos direitos – devidos a todos os seres humanos –, porém com contornos distintos, conforme a realidade. Será análogo, porque semelhantes entre si (BARZOTTO, 2010, p. 56).

Nesses termos, a universalidade poderia ter um caráter propriamente jurídico, sem precisar ou encorajar uma homogeneização global ou o sacrifício de práticas locais, e sem implicar imperialismo cultural. Os direitos humanos seriam universais e, ao mesmo tempo, permitiriam aos seres humanos, individualmente ou em grupo, perseguir suas próprias – e diferentes – visões de uma vida boa.

6 CONCLUSÃO

[4] Os limites do convencionalismo nos direitos humanos – como parece ser o caso das teorias dialógicas da universalidade – exigem um estudo próprio. Para uma discussão maior sobre a questão faz-se essencial a leitura de Strauss (2014).

O século XX deveria ser o século dos direitos humanos, instaurando uma era de direitos e, quem sabe, a paz perpétua universal, como pensada na filosofia kantina (KANT, 1995). A verdade, no entanto, é muito mais dura. Esse período, sem dúvidas, foi caracterizado muito mais por massacres violentos e pela negação da humanidade como não se pode comparar nenhum outro anterior.

Após o Holocausto, e apesar da existência de diversos documentos e organismos internacionais, o mundo se viu cercado por um brutal genocídio comunista, por sangrentos episódios de genocídio e limpeza étnica em Ruanda e na Bósnia e por um massacre na Praça da Paz Celestial. Muitos outros casos envolvem violações continuadas aos direitos humanos ao longo dessa "era de direitos" – e muitos perduram até os dias atuais –, como a atuação da China no Tibet e a repressão ao povo curdo.

Muitas dessas violações são fruto exatamente de uma política externa colonialista, que sempre se utilizou de discursos legitimadores para referendar internacional e localmente sua atuação. E os direitos humanos baseados em um sujeito abstrato e universal são de grande utilidade nessas situações. A proteção ao ser humano, independentemente de sua cultura, autoriza a intervenção externa de cunho imperialista.

No entanto, ao mesmo tempo, a necessidade de condenar e enfrentar essas práticas impede a adoção pura e simples de um relativismo. Transformar todos os homens e culturas em mônadas, completamente isoladas e incapazes de reconhecer uma natureza comum, impede a crítica à violação da humanidade. Portanto, é necessário recuperar algum sentido de universalidade que não nos leve ao leito de Procusto.

Dessa forma, é necessário relembrar o conceito de universalidade dos direitos naturais, como forma de reconhecer a universalidade da natureza humana sem abrir mão do aspecto cultural do homem. Devemos reconhecer que os bens indispensáveis à humanidade podem realizar-se de diversas formas, o que não implica a existência de um estilo ou forma de vida específicos (PERRY, 1998, p. 63). Ao contrário, os bens são realizados de múltiplas formas, o que acarreta, por outro lado, o multiforme espectro de possibilidades de violação.

Os direitos humanos são universais, sem rejeitar qualquer cultura. Qualquer forma de vida pode ser compatível com os bens tutelados por esses direitos. No entanto, isso não significa que toda manifestação cultural é aceitável. Assim como a cultura ocidental precisa modificar-se para estar de acordo com os parâmetros dos direitos humanos, outras culturas também precisam sofrer mudanças.

Como regra, é claro, essa mudança deve priorizar um movimento de dentro para fora. Isto é, a crítica e a luta por transformação deve, preferencialmente, partir de um ponto de vista

interno. No entanto, não devemos ignorar o elemento de poder existentes em todas as sociedades. Logo, muitas vezes também será necessária a atuação externa. Muitas vezes as pessoas necessitam de proteção contra a legalidade local (DOUZINAS, 2009, p. 167).

Embora entre a zona de proteção universal e de dominação externa haja uma zona de penumbra, o desenvolvimento, por exemplo, de instâncias internacionais de deliberação e de proteção e promoção aos direitos humanos pode ser o fator diferencial apto a assegurar bens essenciais à dignidade humana – mesmo contra práticas culturais já enraizadas.

REFERÊNCIAS

AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION. Statement on Human Rights. **American Antropologist**, Arlington, v. 49, n. 4, 1947, p. 539-543.

BARZOTTO, L. F. **Filosofia do Direito:** os conceitos fundamentais e a tradição Jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOOTH, K. Three tyrannies. In: DUNNE, T.; WHEELER, N. J. (ed.). **Human Rights in Global Politics.** Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

BURKE, E. **Reflexões sobre a Revolução na França.** Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

CANÇADO TRINDADE, A. A. O legado da declaração universal dos direitos humanos e sua trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, A. (Org.). **60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos:** conquistas do Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

_____. The interdependence of all human rights – obstacles and challenges to their implementation. **International Social Science Journal**, Oxford, v. 50, n. 158, 1998, p. 513-523.

DONNELLY, J. Human Rights as Natural Rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 3, n. 3, 1982, p. 391-405.

_____. The Relative Universality of Human Rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 29, n. 2, 2007, p. 281-306.

DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GEERTZ, C. **O saber local**: novos ensaios de Antropologia interpretativa. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

_____. **Nova Luz sobre a Antropologia.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HOWARD-HASSMANN, R. E. Cultural absolutism and the nostalgia for community. **Human Rights Quarterly**, v. 15, n. 2, 1993, p. 315-338.

HUNT, L. **A invenção dos Direitos Humanos:** uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JOAS, H. **A sacralidade da pessoa:** nova genealogia dos direitos humanos. São Paulo: UNESP, 2012.

KANT, I. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos.** Portugal: Edições 70, 1995.

KLAUTAU FILHO, P. T. D. **Igualdade e Liberdade:** Ronald Dworkin e a Concepção Contemporânea de Direitos Humanos. Belém: CESUPA, 2004.

MARX, K. **Sobre a questão judaica**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MILL, J. S. **Sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

PERRY, M. J. **The idea of human rights:** four inquiries. New York: Oxford University Press, 1998.

SMITH, W. **Dictionary of Greek and Roman biography and mythology.** Boston: Little, Brown, and Company, 1867. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0104:entry=procrustes-bio-1&highlight=procrustes>. Acesso em: 03.ago.2018.

STEINER, H. J.; ALSTON, P.; GOODMAN, R. **International human rights in context:** law, politics, morals, text and materials. 3 ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.

STRAUSS, L. **Direito Natural e História.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

Submissão em 06/02/2020 / Aceito em 15/10/2020

Revista da Faculdade Mineira de Direito │V.23 N.46│
Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea

A TEORIA DA ATRIBUIÇÃO ALTERNATIVA DE PODER: o resultado de uma colaboração entre Kelsen e Merkl

THE THEORY OF ALTERNATIVE EMPOWERMENT: the result of a colaboration between Kelsen and Merkl

Matheus Pelegrino da Silva[1]
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg e UNISINOS

Resumo:
O artigo investiga a origem e os desenvolvimentos da teoria da atribuição alternativa de poder. O método empregado consiste na pesquisa bibliográfica dos escritos de Kelsen e Merkl sobre o tema. A análise dos textos desses autores sustenta a concepção de que a teoria da atribuição alternativa de poder é o produto de uma colaboração entre eles e apresenta os passos realizados para a formulação da versão definitiva desta teoria.
Palavras-chave:
Atribuição alternativa de poder. Kelsen. Merkl.

Abstract:
The article investigates the origin and developments of the theory of alternative empowerment. The employed method consists in the bibliographical research of Kelsen's and Merkl's writings on the subject. The analysis of these author's texts supports the view that the theory of alternative empowerment is the product of a collaboration between them and present the steps that were taken to the formulation of its definitive version.
Keywords:
Alternative empowerment. Kelsen. Merkl.

1 INTRODUÇÃO

Um dos desdobramentos fundamentais da ideia de estado de direito é que a aplicação do direito por parte de autoridades e órgãos estatais deve ocorrer dentro de limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Contudo é necessário reconhecer que em certas ocasiões tais sujeitos irão praticar atos, criar normas, as quais se encontram fora dos limites referidos, porém ainda assim tais normas serão consideradas válidas, produzirão efeitos idênticos ou muito semelhantes aos efeitos produzidos por normas que se encontram dentro dos parâmetros pré-estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Essa espécie de problema foi tratada por Hans Kelsen e Adolf Julius Merkl em uma série de escritos de teoria do direito, os quais possuíam por referência básica o reconhecimento da necessidade de oferecer uma

[1] Doutor em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg e doutor em Filosofia pela UNISINOS. Concluiu um pós-doutorado no exterior junto à Faculdade de Direito da Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (2018-2019) e anteriormente outro pós-doutorado, desta vez junto ao PPG Direito UNISINOS (2016-2018). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005), Bacharelado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2007), mestrado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010) e mestrado em Direito pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (2015). Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5182-1982

explicação teórica quanto às razões que tornam possível a existência de tais fenômenos jurídicos. O presente texto possui por objetivo indicar o que provocou o interesse nesse tema e de que forma ele foi abordado por ambos os autores.[2] Será indicado que o movimento inicial para a formulação de uma teoria que explique tais fenômenos partiu de Kelsen, sendo esta matéria posteriormente desenvolvida por Merkl e depois mais uma vez trabalhada por Kelsen. Desse modo este artigo visa explicar e fundamentar por quais motivos a teoria da atribuição alternativa de poder (*alternative Ermächtigung*) de Kelsen, assim como a versão de Merkl, a teoria da previsão de falhas (*Fehlerkalküllehre*), consistem no produto de uma série de análises e aperfeiçoamentos desenvolvidas por ambos os autores.

2 ÜBER STAATSUNRECHT

Em um de seus primeiros escritos, *Sobre o ilícito do estado: simultâneamente uma contribuição para a questão da capacidade delitiva das pessoas jurídicas e sobre a doutrina do ato estatal defeituoso* (2010), Kelsen oferece uma monografia que trata da natureza jurídica dos atos estatais que contrariam normas jurídicas gerais, ao mesmo tempo em que ele aborda o problema da prática de atos ilícitos por agentes estatais, por indivíduos e órgãos que estariam agindo em nome do estado. É preciso destacar que esse problema não é apenas importante para áreas do direito como direito administrativo e direito constitucional, mas também para uma teoria do direito como aquela defendida por Kelsen, uma teoria que sustenta a identidade do direito com o estado. Se o estado é o mesmo que o ordenamento jurídico, tal como afirma Kelsen (2017, p. 499), então como é possível que o estado (os indivíduos e órgãos que agem em nome do estado) seja observado como autor de um ilícito, tendo em conta que o estado seria o mesmo que o conjunto das normas jurídicas, o conjunto daquilo que é o lícito? Com o escrito *Sobre o ilícito do estado* Kelsen desenvolverá uma resposta a essa questão, a qual opera através do tratamento da noção de vontade em sentido jurídico, assim como das noções de causalidade e imputação.

Um dos pontos centrais da explicação oferecida por Kelsen para a possibilidade de ilícitos serem praticados *em nome* do estado está relacionado ao modo como o direito torna possível vincular atos a pessoas físicas ou jurídicas. Em *Sobre o ilícito do estado* Kelsen

[2] O presente artigo visa preencher uma lacuna, visto que apesar de o tema da atribuição alternativa de poder e da previsão de falhas ter sido analisado em vários escritos e, cabe apontar, cada vez de modo mais frequente, é necessário notar que ainda não existe um trabalho dedicado ao estudo da origem destas teorias. Quanto às análises da referida temática cumpre referir os seguintes excritos: Buchheim (2014), Cadore (2013), Kletzer (2005), Lippold (1990, 2000), Reimer (2014) e Silva (2016, 2019b).

explica de que maneira se pode observar certos atos como atos estatais, isto é, como atos praticados não *por* pessoas físicas, mas sim, em certo sentido, praticados *por* pessoas jurídicas (e especialmente pelo estado) *através* de pessoas físicas. É por meio do reconhecimento do fato de que certos atos são *imputados* ao estado, mas *praticados* por pessoas físicas, seus representantes (seja diretamente, através de funcionários do estado, ou de modo mediado, através de órgãos do estado), que se torna possível para Kelsen afirmar que o estado como tal, enquanto idêntico ao ordenamento jurídico, não pratica ilícitos, porém os agentes do estado, por conta de normas de imputação que afirmam que os atos destes agentes são atos do estado, podem praticar ilícitos em nome do estado. Isso significa que por um lado se pode vincular certo ato ilícito ao estado, porém, por outro lado, é possível negar que tal ato seja um ato do estado, pois tal ato apenas é vinculado ao estado graças ao fato de que o autor do ato em questão agiu em nome do estado, como seu representante, *ainda que* ele não tenha agido conforme o que as normas gerais do estado determinam como os limites de sua atuação.

Mas se por um lado não é possível falar em ilícitos do estado em sentido estrito, ou seja, como ilícitos que foram praticados pelo estado, Kelsen observa que é possível, sob certas condições, estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico, falar em uma responsabilização do estado por atos praticados por indivíduos e órgãos que agiram em nome do estado. É precisamente o fato de Kelsen apontar as normas que regulam a responsabilização do estado por atos praticados por seus representantes que constitui o primeiro passo rumo à formulação da teoria da atribuição alternativa de poder. Nesse sentido Kelsen afirma:

> Apenas quando o ordenamento jurídico *não* delimita a imputação de fatos constitutivos estabelecidos dentro da competência ou da procuração à pessoa jurídica, o que de outro modo é possível, a imputação pode compreender também a antijuridicidade. Aí se encontra, que seja notado, o levar em conta a boa-fé e a preservação do princípio da segurança nas relações [jurídicas], [a saber] que o ordenamento não apenas permita que sejam válidas as ações e omissões da pessoa jurídica ou do procurado [que está] representado e que foram estabelecidas pelos órgãos ou [pelo] procurador dentro de sua competência ou procuração, mas também aquelas [ações e omissões] que se encontram fora da esfera da competência ou da procuração [em questão], caso elas exibam certos outros critérios independentes objetivos e relativos à relação interna entre a pessoa jurídica e o órgão, [entre] o representado que deu a procuração e o procurador. (2010, p. 464-465. Todas as traduções são originais, exceto aquelas em que a tradução para o português for empregada)

Um dos pilares centrais da concepção kelseniana do direito, o qual se encontra presente ao longo de toda sua obra, consiste na ideia de que apenas as normas positivas, postas, podem ser normas válidas. A prática de atos ilícitos por parte de agentes do estado teria a capacidade de colocar em questão a defesa da natureza positiva do direito, não fosse o

fato de ser possível identificar a natureza jurídico-positiva de tais atos graças à circunstância de o próprio ordenamento jurídico antever a possibilidade de atos desta natureza e pré-estabelecer consequências para a sua existência. Essa situação é destacada por Kelsen com as seguintes palavras:

> Caso o comportamento antijurídico de um órgão da pessoa jurídica precise ser imputado tendo por base o ordenamento jurídico, então um tal comportamento se encontra sempre e de modo conceitualmente necessário fora da competência do órgão, contudo o órgão também será visto "como tal", i. e., como órgão, precisamente porque seu comportamento não será imputado a ele mesmo, mas sim à pessoa jurídica. Agora seria muito equivocado concluir [o seguinte]: a antijuridicidade tem de ser imputada à pessoa jurídica, porque ou na medida em que o órgão "como tal" agiu, pois precisamente o contrário precisa ser concluído: apenas porque e na medida em que também o comportamento antijurídico do órgão precisa ser imputado à pessoa jurídica [é que o órgão] terá agido "como tal" também com [respeito a] este seu comportamento antijurídico. (2010, p. 465)

É a existência de normas que disciplinam as situações em que agentes estatais atuam ultrapassando os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico o que torna possível perceber tais atos como atos antijurídicos *de agentes estatais* e não como atos antijurídicos de pessoas físicas que são agentes do estado. Ao identificar o modo como o estado pode ser responsabilizado por atos de seus agentes – a saber, em virtude do apontar as normas que disciplinam as situações de ultrapassamento dos limites jurídicos positivados – Kelsen desenvolve o passo inicial no sentido de explicar a natureza jurídica dos atos de agentes estatais que se encontram fora dos limites da moldura jurídica, fora dos limites apresentados a tais agentes por parte do ordenamento jurídico.

3 A TEORIA DA PREVISÃO DE FALHAS DE MERKL

Antes de Kelsen ter apresentado de modo sistemático a sua teoria da atribuição alternativa de poder, o que apenas ocorreu com a publicação da primeira edição da *Teoria pura do direito*, conforme apontado abaixo, Merkl já havia formulado a sua proposta teórica para explicar a natureza jurídica de atos estatais praticados fora dos limites da atribuição de poder concedida, a sua teoria da previsão de falhas (*Fehlerkalkül*) (SILVA, 2019a, 2019b). Conforme será abaixo apontado, a teoria de Merkl pode ser vista como o resultado da adoção e desenvolvimento subsequente da teoria apresentada por Kelsen em *Sobre o ilícito do estado*, sendo que tal teoria foi gradualmente formulada e apenas em um segundo momento resultou na exposição e identificação categorial do fenômeno analisado.

3.1 Primeira fase – observações tópicas sobre o tema

Desde seus primeiros escritos Merkl já se ocupou da análise de atos estatais que se mostravam em conflito com as normas gerais que disciplinavam os limites para tais atos, ainda que em um primeiro momento ele não tenha tratado deste tema por meio do emprego da teoria que ele apenas posteriormente formulou, a teoria da previsão de falhas.

Um dos primeiros passos dados por Merkl para a compreensão e explicação da natureza jurídica dos atos de agentes do estado que se encontram fora da moldura é identificado em seus comentários a uma patente imperial, a denominada "patente imperial de 26 de julho de 1913" (*kaiserliche Patent vom 26. Juli 1913*), a qual foi problematizada em virtude da matéria tratada, tendo-se discutido naquele então a natureza da patente, se ela seria uma lei ou um decreto, ou, expresso de outro modo, foi discutido se o governo poderia tratar do tema em questão através de uma patente (MERKL, 2006, p. 3-4).

No contexto dessa discussão Merkl irá oferecer uma observação, a qual contém um elemento daquilo que posteriormente virá a ser a teoria da previsão de falhas. A fim de afirmar (em certa medida) a natureza jurídica e vinculativa da patente, Merkl emprega um raciocínio lógico, o denominado *argumentum a contrario*, o qual é expresso da seguinte maneira: uma vez que o ordenamento jurídico prevê a liberdade dos juízes com respeito ao exercício de sua função, é de se concluir por *argumentum a contrario* que os demais agentes estatais, para os quais o ordenamento jurídico não prevê tal liberdade, estão obrigados a executar as determinações oriundas de autoridades superiores.

> Quanto a lei afirma: "O imperador exercita o poder de governo", deste modo ele é tornado chefe do executivo por meio de um ponto de cruzamento da imputação ao estado de todos os outros órgãos executivos, e em oposição a isto a muito repetida afirmação "O juízes são quanto ao exercício de sua função judicial autonomos e independentes" oferece a informação de que a imputação a partir do judiciário ocorre de modo direto em relação ao estado. Já o destaque especial da independência judicial, o qual exclui que existam indicações vinculantes aos juízes para o tratamento do caso particular (p. ex. a condenação de um alto-traidor a uma punição severa bem precisa) ou de determinações gerais (p. ex. o tratamento indulgente do duelo), permite concluir a contrario – isto também resulta positivamente, a propósito, a partir de outros motivos – que frente ao funcionário administrativo tais diretivas individuais e gerais sejam juridicamente possíveis com respeito a sua incumbência funcional. (MERKL, 2006, p. 5. Veja ainda MERKL, 2006, p. 13-14).

A importância desse argumento de Merkl se encontra no fato de que por meio de um raciocínio lógico se torna possível, em certo número de casos, explicar por qual motivo autoridades estatais são juridicamente capazes de criar normas jurídicas *também* quando elas

atuam fora dos limites jurídicos estabelecidos. Tais autoridades possuem esta capacidade, assim argumenta Merkl, pois o ordenamento determina – esta conclusão é obtida por meio de um raciocínio lógico, o *argumentum a contrario* – que certos indivíduos devem observar o determinado por estas autoridades, em virtude do fato de que eles não possuem a *capacidade jurídica* para deixar de observar tais normas.

Em outro escrito do mesmo ano, "O poder [de emitir] decretos durante a guerra" [*Die Verordnungsgewalt im Kriege*], Merkl lida com o problema de um decreto que determinava a suspensão dos tribunais com júri por um período de mais de um ano (o decreto imperial de 7 de julho de 1915), apesar de o ordenamento jurídico em questão limitar os efeitos de tais decretos a no máximo um ano (MERKL, 1999b, p. 7-8). Nesse texto Merkl menciona que patentes poderiam ser observadas como juridicamente válidas em virtude do instituto da "imodificabilidade jurídica" (*Rechtskraft*), pois o ordenamento jurídico teria previsto que certos agentes do estado se encontravam obrigados a observar e aplicar tais patentes, pois eles não teriam a capacidade jurídica de declarar tais patentes antijurídicas – pensando no termo "antijurídico" como expressão geral da ideia de que uma norma se encontra em conflito com outra norma de maior hierarquia, tal como, por exemplo, quando se está frente a uma norma inconstitucional ou ilegal.

> O princípio da imodificabilidade jurídica – expresso de modo bem geral – afirma que fenômenos jurídicos de natureza inferior, os quais são determinados juridicamente através da [fenômenos jurídicos] de natureza superior, tem de valer como direito, independentemente de serem aqueles [os fenômenos jurídicos] determinados por estes, portanto, que eles também valem – este é o ponto crucial – quando eles não são logicamente dedutíveis dos princípios jurídicos superiores. Falando em termos concretos: uma lei, a qual ultrapassou os limites da constituição, vale apesar disto como direito (como se ela correspondesse ao princípio jurídico, à constituição). Um caso de imodificabilidade jurídica, caso se queira, de 'imodificabilidade constitucional', o qual, tal como destacado corretamente por *Verdroß*, não passou desapercebido pelo ordenamento jurídico austríaco, é [o seguinte]: de acordo com o art. 7 da lei fundamental do estado sobre o poder judicial de 21 de dezembro de 1867, Nr. 144 RGBl., conforme a qual os juízos não são competentes para a verificação da validade das leis publicadas, possuem as assim chamadas 'leis' 'força de lei' ou, conforme o princípio delegante da lei, a constituição, possui a denominada força de constituição, quer tenham elas satisfeito as exigências da constituição, observado seus limite ou não; por conta da não-verificabilidade (e de fato uma não-verificabilidade por conta da determinação constitucional) elas são juridicamente imodificáveis. Da mesma maneira os decretos se encontrariam em relação às leis, ainda que o poder de elaborar decretos seja delegado por lei, dotados de força de lei (uma variedade da imodificabilidade jurídica), caso a verificação dos decretos pelo aplicador do direito fosse excluída; é precisamente junto a esta situação que o desvio em relação à instância delegante por parte da instância delegada é incorrigível". (MERKL, 1999b, p. 10-11)

Nesse texto Merkl inicia o processo de definição da maneira como ele posteriormente explicará a natureza jurídica das normas criadas fora da moldura normativa, fora da atribuição de poder conferida, pois é aqui que ele vincula pela primeira vez a natureza jurídica de tais normas com o instituto da imodificabilidade jurídica. Merkl aponta a imodificabilidade jurídica como aquele "ponto [...] onde a verificação, o controle, a aplicação do direito em oposição a à aplicação do direito [hierarquicamente] inferior [a este] acaba; [ele] consiste no ponto em que será dita a última palavra sobre o processo de realização da manifestação jurídica" (1999b, p. 12). E logo após essa observação Merkl complementa o raciocínio apontando o vínculo entre a imodificabilidade jurídica e a ausência de meios recursais disponíveis, em uma passagem na qual ele emprega um par de conceitos posteriormente presentes em sua teoria da previsão de falhas, aqueles do falso e do correto: "*A decisão falsa goza de tanta imodificabilidade jurídica quanto a correta*. Que ela venha a ser juridicamente imodificável, isto é provocado pela lei na medida em que ela torna a decisão inapelável, definitiva, na medida em que ela exclui qualquer recurso jurídico subsequente" (1999b, p. 13).

Em "O direito à luz de sua aplicação", por sua vez, Merkl se concentra nos problemas relacionados com a aplicação e a interpretação do direito, dentre os quais se pode listar aquele dos casos em que autoridades ultrapassam os limites do direito a ser aplicado. Nesse contexto Merkl aponta que o direito a ser aplicado deve ser pensado como consistindo em certo número finito de possibilidades, de tal modo que se pode apontar como "falsa", "incorreta" (*unrichtig*), aquela norma criada fora de tal grupo de possibilidades.

> Essa ciência da lei não pode conter mais do que a lei contém. Esse conhecimento da lei pode transcrever a lei com uma formulação mais fácil e melhor, pode trazer o conteúdo da lei para um sistema bem construído, porém nunca pode nos dizer o que seja, no caso particular, sob esse sistema, de modo exclusivo, o direito, pois temos de deixar que esse caso particular seja posto a nós e precisamos aguardar a decisão do juiz sobre qual [é a] proposição jurídica e de que modo especial ele subsume esse caso particular. Frente a essa solução particular, a ciência do direito também pode se dar conta de que ela [a solução particular] está incorreta – em outras palavras, que ela é indedutível a partir da norma abstrata e geral. Assim, por exemplo, pode-se a partir da lei tornar disponível o conhecimento de que a solução *n*, por não estar contida sob as possibilidades de solução *a* até *m*, é incorreta. (MERKL 2018c, p. 114)

Essa impossibilidade de deduzir a norma criada a partir do direito a ser aplicado é a razão para que Merkl afirme o seguinte: "Caso uma sentença, a qual o juiz considera plenamente correta, seja logicamente não dedutível da lei, então ela é logicamente falsa, contanto que a lei seja a forma necessária para a transição ao direito, [e] em princípio [tal sentença] não é de modo algum direito" (2018c, p. 115). E na nota de rodapé ao final da

passagem citada Merkl acrescenta: "*A posteriori*, também uma decisão ou disposição não-legal pode tornar-se direito por meio do instituto da imodificabilidade jurídica" (2018c, p. 115, n. 12).

No mesmo "O direito à luz de sua aplicação" Merkl também menciona brevemente outra via normativo-positiva para justificar a existência de normas válidas que foram criadas para além dos limites da atribuição de poder conferida, a saber, a previsão da possibilidade de empregar um meio jurídico, qual seja, um recurso jurídico, para colocar em questão a validade da decisão tomada, da norma criada através de tal decisão.

> Sim, o denominado recurso jurídico, disponibilizado para a afirmada inconformidade jurídica no caso de aplicação do direito não-conforme ao direito (em oposição à não-conformidade ao fim), pode dizer respeito aos fundamentos para a nulidade ou impugnação e, compreendido corretamente, nunca conseguiu excluir do mundo um ato estatal dado, porém "dotado de falha" (uma não-coisa [considerando-se a perspectiva] lógica), e no máximo dá vida a um ato estatal nulo; [é de se reconhecer] que não se almejou o resultado ao qual ele [o recurso jurídico] conduziu – por meio do recurso jurídico será decretado que o ato impugnado {nulo ou impugnável} não {é} de modo algum um ato estatal –, mas sim que [tal resultado], por meio dele, *faltou* [não se fez presente]. {O mesmo resulta, pois ele} admite que [o recurso jurídico] *não seja aplicado* dentro de um determinado prazo. Pois essa é certamente uma função muito extraordinária do recurso jurídico, [o fato de] que em sua exteriorização, em certa medida negativa, encontre-se presente seu feito altamente positivo na condição de realizador do direito. Tendo em vista nossa afirmação paradoxal, alguns brilhantes modos de pensar se mostrarão inadequados. O estabelecimento do recurso jurídico será tão comum em relação à concepção equivocada como quanto à [concepção] corrente, conforme a qual certos desvios com respeito ao direito seriam *a priori* tolerados e, consequentemente, quando não devessem ser admissíveis, precisariam ser expressamente excluídos; sua exclusão deve ser causada pelo recurso jurídico. (MERKL 2018c, p. 128-129)

Mais adiante, no mesmo escrito, Merkl ainda refere outro aspecto eventualmente presente em um ordenamento jurídico, o qual pode ser apontado como o fundamento de direito positivo para afirmar a natureza jurídica de uma aplicação do direito que ultrapassa os limites do direito a ser aplicado, a saber, a ratificabilidade das normas criadas fora de tais limites: "os atos inválidos, os quais de certo modo se aproximam dos atos válidos [...], serão sob certas condições, subsequentemente ratificados, o que, a propósito, já está antecipadamente previsto no plano jurídico." (2018c, p. 130. Veja ainda 2018c, p. 135-136).

Em "A dupla face do direito" Merkl retorna ao problema das decisões judiciais que contrariam o direito a ser aplicado, apontando um elemento que será importante e ao mesmo tempo um dos eventuais obstáculos para a possibilidade de sustentar que o direito sempre se encontra caracterizado pela positividade, que todo fenômeno jurídico pode ter sua natureza jurídica justificada por ser ela decorrente de normas positivas. Em uma passagem desse texto Merkl destaca que o simples fato de uma autoridade estatal manifestar algo que ela afirma ser

uma sentença, por si só, por ser tal manifestação oriunda de uma autoridade estatal, não implica na necessidade de observar tal norma como uma norma jurídica válida. A afirmação da validade de uma norma em geral, assim como da natureza jurídica de uma sentença, especificamente, não é o produto da imodificabilidade jurídica como tal, pois conforme observa Merkl é preciso que o ordenamento jurídico em questão deixe claro que aquela atividade praticada pela autoridade pode vir a se tornar imodificável. Em outros termos: a imodificabilidade é fonte explicativa da natureza jurídica das normas criadas, porém a capacidade de tais normas de virem a ser imodificáveis precisa estar prevista, estar positivada pelo ordenamento jurídico, ela não pode ser o resultado de uma pressuposição, é preciso que exista um fundamento de direito positivo para afirmar que se está diante de uma norma e não de algo que se apresenta como se fosse uma norma. É precisamente por esse motivo que Merkl afirmará:

> Nesse momento, gostaria apenas de estabelecer que a ideia da imodificabilidade jurídica como atuando em função do sancionar [do ratificar] direito incorreto, atos estatais dotados de falhas, a fim de legitimar órgãos estatais equivocados, conforme a impressão que tenho, será amplamente exagerada. A imodificabilidade jurídica, tal como ela será compreendida atualmente – em certa medida como um princípio jurídico, o qual semelhantemente à proposição da *lex posterior* ultrapassa conflitos na esfera jurídica –, é um meio confortável, porém infelizmente inadequado, relativamente a um acontecimento pseudojurídico, o qual de qualquer modo é levado a cabo a fim de assimilá-lo ao direito, a fim de ultrapassar [o problema] relativo à discrepância entre efetividade e valor. Entretanto, o princípio da imodificabilidade jurídica *não* se encontra reconhecido pelo direito positivo com um escopo tão amplo, e isso é de tal modo, quanto a como ele será aplicado, que ele em boa parte terá uma origem jusnaturalista. Imodificabilidade jurídica no sentido de um poder conforme o qual também um *a priori* não-direito se transforma *a posteriori* em direito – esse não é o sentido original e não é um sentido necessário da imodificabilidade jurídica –, isso me parece estar condicionado por uma *determinação expressa do direito positivo* que o tenha como fim. (2018a, p. 160-161)

3.2 Segunda fase – formulação da teoria da previsão de falhas

A teoria da “previsão de falhas” é exposta por Merkl de modo direto e através do emprego desta expressão em seu livro “A teoria da imodificabilidade jurídica: desenvolvida a partir do conceito jurídico” (*Die Lehre von der Rechtskraft: Entwickelt aus dem Rechtsbegriff*). Nessa obra Merkl apresenta a teoria em questão como se encontrando em uma conexão não necessária com o instituto da imodificabilidade jurídica e consistindo na via por meio da qual se pode explicar a natureza jurídica de um direito criado que se encontra em contradição com o direito já existente. Inicialmente Merkl aponta que “o manifestar a aparente *transformação do ilícito em lícito* [*von Unrecht in Recht*] [...] é a função [...] da por

mim denominada teoria da *previsão de falhas*, a qual *apenas técnico-juridicamente* tende a ser *vinculada com a normatização da imodificabilidade jurídica*", e logo a seguir ele observa que "conforme minha compreensão a imodificabilidade jurídica dos atos contrários ao direito está condicionada por uma previsão de falhas de direito positivo [positivrechtlichen Fehlerkalkül]" (1923, p. 277).

O critério empregado por Merkl para justificar o emprego do termo "falha" consiste naquele da identificação do que seria o conforme ao direito. É a conformidade ao direito (*Rechtsmäßigkeit*) o que opera como parâmetro para afirmar o que é correto ou não em termos de atos praticados, como indicador para determinar onde está a "falha" prevista pela teoria da previsão de falhas.[3] Será tendo em conta essas considerações que Merkl irá oferecer uma definição de previsão de falhas nos seguintes termos:

> *Previsão de falhas* [*Fehlerkalkül*] é [toda] aquela *determinação de direito positivo* que torna juridicamente possível imputar ao estado aqueles atos que não *preenchem* a soma dos *pressupostos* de direito positivo estabelecidos em outro lugar quanto ao seu surgimento, e deste modo de sua validade, [é] aquela [determinação] que permite *conhecer* tais *atos* como *direito apesar* de sua *deficiência*. Deve-se destacar que uma tal possibilidade apenas pode ser estabelecida por meio de uma determinação *expressa de direito positivo*, com outras palavras, que em caso de dúvida toda deficiência com respeito ao máximo, em termos de exigências de um ato, tratado [no contexto] como o mínimo, precise se encontrar coberta pelo direito positivo. (1923, p. 293. Veja também MERKL, 2018b, p. 213-214)

Após a apresentação de uma definição de "previsão de falhas", a qual, cumpre apontar, enfoca no aspecto da necessidade de um fundamento de direito positivo para explicar a natureza jurídica, a validade da norma criada em contrariedade com o direito a ser aplicado, Merkl oferece um exemplo de previsão de falhas que não diz respeito a atos de aplicação do direito em que se cria uma norma individual, mas sim onde ocorre a criação de uma norma geral, bem como a indicação de como se pode identificar em um ordenamento jurídico normas que positivam a previsão de falhas:

---

[3] Nesse sentido Merkl afirma: "deste modo a ciência do direito está autorizada e precisa verificar se os atos dados na 'experiência' do direito [...] são lógicos e ao mesmo tempo juridicamente corretos, sendo que a conformidade ao direito [Rechtsmäßigkeit] é tomada em consideração como a medida do 'correto'" (1923, p. 287). A respeito do emprego do termo "falha" em conexão com o emprego da teoria da previsão de falhas é necessário registrar que o próprio Merkl estava consciente da possibilidade de uma norma ser criada fora dos limites do direito a ser aplicado não em decorrência de um erro, de uma falha, mas sim intencionalmente. Desse modo ele afirma que a "origem do ilícito [praticado por um] órgão não demanda o erro, mas provavelmente também pode ser intencional, quando mesmo tendo em conta os casos de erros inconscientes por parte de órgãos do Estado, cuja profissão consiste na realização do direito no sentido mais amplo, os casos de desvio consciente e intencional em relação às normas se constituem em um número significativamente preponderante." (MERKL, 2018, p. 209)

> Uma típica formulação de direito constitucional da previsão de falhas com respeito a leis ocorre quando não se atribui a verificação de leis propriamente publicadas a determinados órgãos. Essa é sempre uma expressão suficientemente clara de que a constituição, sob certas circunstâncias, conta com a possibilidade da não-satisfação dos pressupostos indicados por ela para as leis, sem que tais leis aparentes devam ser consideradas nulas. Além disso, a previsão de falhas vem a ser expressa por meio da disponibilização de recursos jurídicos contra leis 'inconstitucionais', na possibilidade de sua suspensão por meio de juízos em virtude [de sua] inconstitucionalidade. (1923, p. 293-294)

Dois anos após *Die Lehre von der Rechtskraft* Merkl voltou a analisar o problema da aplicação do direito fora dos limites estabelecidos pelas normas a serem aplicadas. Em seu artigo "Erro judicial e verdade jurídica" (*Justizirrtum und Rechtswahrheit*) é inicialmente oferecida uma definição do que seria um erro judiciário:

> [...] no que toca ao erro judicial não será de nenhuma maneira compreendido todo erro que ocorre por meio do exercício da jurisdição, mas pensa-se muito mais em certos deslizes da *jurisdição penal*, os quais consistem em um *juízo* que imputa um fato punível que de nenhuma maneira foi legalmente estabelecido, ou um *fato punível imputado a outra pessoa* que não aquela que o praticou; ou seja, trata-se do erro do juízo quanto à pessoa do autor [do fato], à condenação de um 'inocente'. Além disso, como é bem sabido, o erro também pode residir em uma qualificação jurídica equivocada do ato ou em um manejo equivocado do direito processual. (MERKL, 2018b, p. 208)

Logo após essa passagem Merkl aponta que existem três espécies de erro com respeito à aplicação do direito, a saber, erros praticados pelo judiciário, pela administração e pelo legislativo:

> Erros análogos àqueles da esfera do judiciário podem também ter lugar na esfera da administração, de tal modo que o erro judicial se depara – o que de acordo com o uso linguístico é totalmente incomum – com o erro administrativo como análogo [a ele]. Além disso, certos casos de erro são possíveis na esfera da legislação, terceira e mais elevada função estatal, na medida em que – em essência, não diferentemente do que ocorre em relação ao juiz [que ultrapassa] o direito material e formal que deve empregar – o legislador estabelece a constituição como uma moldura intransponível, a qual, ainda assim, não raramente será ultrapassada por leis específicas. (2018b, p. 208-209)

Merkl inicia a análise a respeito do erro judiciário, objeto de estudo do artigo em questão, por meio da colocação da seguinte questão: "O que justifica nesse caso a afirmação estereotipada, tal qual em todos os [casos] essencialmente semelhantes a ele, também quando não tão crassos: o *juízo* se equivocou?" (2018b, p. 210) A resposta dele a essa questão consiste em apresentar a atribuição de poder para decidir como o fundamento da natureza jurídica de tais atos. Dessa forma, é em virtude da atribuição de certa competência a determinado órgão ou agente do estado que se pode considerar jurídica não apenas a decisão

que envolve a aplicação de um direito existente, mas também, excepcionalmente, aquela decisão que deixa de aplicar tal direito, que se encontra fora dos limites do direito a ser aplicado no caso em questão. Merkl argumenta precisamente nesse sentido ao afirmar:

> Como órgão, costuma-se indicar de modo aproximado uma pessoa ou uma pluralidade de pessoas, a qual age *regularmente* de modo competente em nome do Estado, na medida em que se comporta com a reivindicação de agir em nome do Estado. Se também cada uma dessas ações do órgão é conforme ao direito e nessa medida pode ser imputada ao Estado, isso não depende de tal terminologia. Ao contrário, as múltiplas formas de equívoco do ato conforme ao direito do órgão serão toleradas, [isso] no sentido de que as ações desse modo viciadas, apesar de sua deficiência, serão qualificadas como atos do órgão e os agentes, como [agindo na condição de membros de] órgãos. O caso do assassinato judicial mostra que o ato do órgão pode falhar completamente em sua meta, sem que isso gere qualquer registro na qualificação da ação como ato do órgão. Pois também o assassinato judicial deve, conforme as palavras que determinam esse termo, ser um ato judicial, mas um [ato] radicalmente viciado. Todavia, em sentido contrário, é necessário pressupor que o [agente] *competente* atue nos locais que lhe competem. (2018b, p. 210)

Merkl destaca que a identificação da autoridade competente não consiste no produto de observações externas à perspectiva jurídica, as quais atentam para aspectos formais como vestimentas ou locais, mas sim às determinações de direito positivo que atribuem competência, poder (em sentido jurídico) a determinados indivíduos.[4]

Também cumpre destacar que quanto à positivação da previsão de falhas Merkl observa novamente que ela não necessariamente decorre da previsão do tornar-se imodificável de um ato, eis que a previsão da possibilidade de um recurso com respeito a determinado ato já torna o ato em questão algo com significado jurídico, um ato jurídico e não um ato que parece possuir tal natureza.

> A mais típica e mais disseminada previsão de falhas é o *recurso jurídico*. Aqui se deve somente pensar no recurso jurídico que está a serviço do controle jurídico – em oposição ao controle da finalidade –, o qual visa à correção de falhas jurídicas de uma ação que se estabelece sob o pretexto de agir em nome do Estado. Não é primeiramente com o uso [que a deficiência é sanada], pois já com a preparação de tal recurso jurídico sana-se naquilo que é essencial a deficiência que ele deveria corrigir. Pois ainda que seja possível que primeiramente com o uso do recurso jurídico se obtenha uma correção definitiva, ainda assim já existe uma correção provisória no mero possibilitar o recurso jurídico. O ato contra o qual a ordem jurídica disponibiliza um recurso jurídico será por isso dotado de relevância jurídica, será posto pela ordem jurídica como dotado de validade, mesmo que condicionada. [...] Exatamente na medida em que a ordem jurídica torna disponível, por meio do

[4] "O disfarce da toga e da boina, o disfarce do uniforme, induziu a erro não somente os leigos em relação à prática [judicial], mas também, e muito frequentemente, os juristas com formação teórica. Não é o uniforme de funcionário e não é o prédio oficial que fazem o encarregado de uma função, e também não é a satisfação das condições de competência o que faz com que o agente se apresente como órgão competente, pois o órgão competente se manifesta a nós, primeiramente, muito mais na ação jurídica e incondicionalmente imaculada do órgão [estatal]." (MERKL, 2018b, p. 211-212)

> recurso jurídico, uma possibilidade jurídica que permite eliminar um ato como [ato] contrário ao direito, ela cria a possibilidade de tratá-lo como ato jurídico com baixo grau de perfeição jurídica, podendo-se inclusive dizer: esse ato será conhecido como condicionalmente lícito até sua eventual suspenção em virtude do uso do recurso jurídico. No recurso jurídico se revela de maneira especialmente clara a função *homologatória* da previsão de falhas: a falha será, dessa maneira atenuada, na medida em que será prevista, pressuposta e, em certa medida, incluída no plano jurídico. (MERKL, 2018b, p. 214-215)

Por fim cabe referir que em uma de suas principais obras, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Merkl analisa novamente a questão de atos de aplicação do direito que ultrapassam os limites do direito a ser aplicado. Será no contexto da análise dessa temática que ele oferecerá outra formulação para a definição de uma previsão de falhas.

> Por vezes denominei uma tal ratificação ou [um tal] tolerar jurídico-positivo de certos desvios do direito positivo *previsão de falhas* [*Fehlerkalkül*]. Desse modo se minimiza à condição de ius dispositivum as determinações *violadas* quanto às *condições* de um determinado ato válido a meros desejos com respeito a um ato ideal, sob certas circunstâncias, a saber, quando o desvio quanto ao que foi indicado juridicamente ao órgão de nenhum modo pode possuir as consequências jurídicas disciplinares. A ratificação do ato eivado de falha por parte do direito cria uma situação jurídica, tal como se o órgão houvesse desde o início antevisto a liberdade de escolha entre o expressamente previsto e o ato desviante do direito positivo [que foi] estabelecido pelo órgão, ou até mesmo como se ele possuísse a sua discricionariedade um outro ato. (MERKL, 1999, p. 196)

4 A TEORIA DA ATRIBUIÇÃO ALTERNATIVA DE PODER DE KELSEN

Tal como apontado na primeira seção deste texto, Kelsen foi responsável pelo primeiro passo dado na direção da formulação de uma teoria normativo-positivista que possuísse a capacidade de explicar a natureza jurídica dos atos de aplicação do direito que ultrapassam os limites do direito a ser aplicado. Foi partindo da identificação do problema, realizada por Kelsen, que Merkl teve a possibilidade de inicialmente oferecer observações pontuais sobre o tema e, posteriormente, formular uma teoria explicativa do tema, a teoria da previsão de falhas. A presente seção irá apontar de que maneira Kelsen analisou o tema em questão, indicando ao mesmo tempo os reflexos na teoria da atribuição alternativa de poder de Kelsen da teoria formulada por Merkl, bem como em que medida Kelsen ofereceu avanços e formulações explicativas adicionais sobre o tema.

Na primeira edição da *Teoria pura do direito* Kelsen trata do tema da aplicação do direito para além dos limites do direito a ser aplicado em uma seção dedicada ao estudo do "conflito entre normas de diferentes degraus" (2008, p. 94) da construção escalonada do direito, entre normas que possuem formas distintas, por exemplo, entre normas

constitucionais e leis, ou, empregando uma expressão de Kelsen, trata-se do "problema da norma contrária à norma, [...] da lei contrária à constituição, do decreto contrário à lei, da sentença ou ato administrativo contrário à lei ou ao decreto" (2008, p. 94). Seguindo Merkl com respeito à ideia de que a previsão de meios impugnatórios seria um fundamento normativo-positivo para a existência de normas que contrariam o direito a ser aplicado, tal como apontado acima, Kelsen destaca que a existência de tal espécie de normas válidas é o resultado de várias medidas disponibilizadas pelo ordenamento jurídico para evitar ou restringir a criação de normas contrárias ao direito.

> [...] o direito positivo [...] prevê [a existência de um] direito contrário ao direito [*rechtswidrigem Recht*] e confirma sua existência precisamente na medida em que ele adota uma série de medidas a fim de evitá-lo ou limitá-lo. Porém, na medida em que ele faz isso, na medida em que por algum motivo ele também permite que uma norma indesejável seja válida, ele retira desta o caráter de contrariedade ao direito. (2008, p. 94)

Kelsen observa que a denominada "contrariedade ao direito" não implica uma contrariedade a todo o direito, ou seja, não implica na existência de uma situação na qual não existiria qualquer fundamento jurídico que justificasse a validade da norma que está em contradição com uma norma hierarquicamente mais elevada. Ao invés disso, tal "contrariedade ao direito" é restrita e se encontra combinada com uma conformidade ao direito, pois existem normas de direito positivo, por exemplo, normas sobre a possibilidade de recorrer da criação de uma norma da espécie analisada, as quais justificam a relativa conformidade da norma criada com o ordenamento jurídico, entendendo-se aqui por conformidade o fato de a norma criada poder ser objeto de um recurso, o fato de tal norma produzir efeitos jurídicos e possuir um significado para o direito. Nesse sentido Kelsen afirma:

> Quando, por exemplo, uma lei inconstitucional, i. e., uma lei válida é possível, a qual, seja através da espécie de seu vir a existir ou através de seu conteúdo, contraria a constituição válida, então esta situação não pode ser indicada de nenhuma outra maneira, do que de tal forma que a constituição não apenas quer a validade da lei constitucional, mas também – em algum sentido – da lei "inconstitucional". (2008, p. 95)

Após observar a possibilidade de que uma "norma de um degrau inferior [da construção escalonada do direito] permaneça válida apesar de seu conteúdo ir de encontro com aquele [conteúdo] da norma do degrau superior" (2008, p. 97), Kelsen emprega uma expressão para tratar deste tema, a qual pode ser vista como a forma intermediária entre a

expressão "previsão de falhas" de Merkl e a noção posteriormente utilizada por Kelsen, aquela de uma atribuição alternativa de poder (*alternative Ermächtigung*), tal como se pode observar na seguinte passagem: "Desse modo a determinação da norma inferior através da norma superior possui – também na relação entre lei geral e ato judicial ou administrativo individual – o caráter de uma prescrição-alternativa [*Alternativ-Vorschrift*]." (2008, p. 97-98)

Com respeito ao tratamento dado por Kelsen à temática da aplicação do direito fora dos limites do direito a ser aplicado também cumpre notar que já na primeira edição da *Teoria pura do direito* a imodificabilidade jurídica e a possibilidade de impugnação são apontadas como as duas vias de direito positivo para que se reconheça a natureza e o significado jurídico das normas criadas fora dos limites do direito a ser aplicado na situação em questão (2008, p. 97 e 2017, p. 474-475).

Kelsen irá retornar ao tema da atribuição alternativa de poder na *Teoria geral do direito e do estado* e na segunda edição da *Teoria pura do direito*, sendo oportuno referir neste contexto duas passagens de sua autoria nas quais são oferecidas observações sobre a situação em que uma norma individual criada se encontra em conflito[5] com uma norma geral já existente.

> A corte está autorizada pela ordem legal a decidir o caso de acordo com sua própria discrição, a condenar ou absolver o acusado, a decidir-se contra ou a favor do demandante, a ordenar ou a recusar-se a ordenar uma sanção contra o acusado ou defendido. A corte está autorizada a ordenar uma sanção contra o acusado ou defendido apesar da ausência de uma norma geral violada pelo último, contanto que a corte entenda ser a ausência de uma tal norma estipulando a obrigação do acusado ou defendido afirmada pelo promotor ou demandante insatisfatória, injusta ou não-equitativa. Isso significa que *a corte está autorizada a criar para o caso concreto a norma de direito substantivo* que ela considera satisfatória, justa ou equitativa. A corte funciona então como um legislador. (KELSEN, 1945, p. 145, grifos nosso)

> O fato de que a ordem jurídica não contém qualquer norma que estabeleça uma pena para o furto de eletricidade pode igualmente ser visto enquanto iníquo ou errado, [tal qual ocorre quando se observa] o fato de que uma ordem jurídica contenha uma norma jurídica, a qual deve ser igualmente aplicada para o latrocínio quanto para o caso no qual um filho mata seu pai, o qual padece de uma doença incurável e atendendo a seu desejo. (KELSEN, 2017, p. 439)

Os dois textos acima citados destacam que decisões judiciais podem ser válidas não apenas quando elas aplicam certas normas gerais, mas também quando elas contrariam estas normas. Em uma reflexão sobre os temas do estado de direito e da separação dos poderes Kelsen comenta que tais situações de fato podem ser observadas como casos nos quais a

[5] A afirmação de que as normas em questão estariam em conflito é aceita por Kelsen em algumas de suas obras, porém rejeitada em outras, o que é consequência de certa variabilidade quanto à posição adotada por ele a respeito da possibilidade de existirem conflitos entre normas. A esse respeito, cf. PAULSON, 1986, p. 229-247.

legitimidade democrática da aplicação do direito pode sofrer um impacto negativo. Nesse sentido Kelsen escreve:

> O fato de que a norma geral a ser aplicada pelos órgãos administrativos e judiciários pode ser interpretada de diferentes maneiras por estes órgãos é uma das razões para a estrutura hierárquica dos processos administrativo e judicial, dentro da qual os sujeitos têm a possibilidade de apelar de uma autoridade administrativa ou judiciária inferior para uma superior, se eles consideram a decisão da autoridade inferior como não estando em conformidade com a norma geral a ser aplicada. Mas uma vez que esse apelo precisa chegar a um fim, a decisão da autoridade suprema precisa ser dotada de força de lei, independentemente dela se conformar com a norma geral a ser aplicada pela autoridade. *Não existe praticamente nenhuma possibilidade de limitar o poder discricionário de um órgão supremo administrativo ou judiciário*, cujas decisões têm força de lei. Essa instituição, geralmente aceita por todos os sistemas legais, incluindo aqueles das democracias mais radicais, pode debilitar o princípio do estado de direito onde – tal qual em uma democracia – os órgãos supremos do [poder] administrativo e judiciário não são idênticos com o órgão supremo legislativo, i.e., onde o princípio da separação dos poderes prevalece. (2006, p. 363, grifos nosso)

Quanto ao tema objeto da análise no presente artigo é de se observar, por um lado, que tanto na primeira edição da *Teoria pura do direito* quanto na *Teoria geral do direito e do estado* Kelsen não dedicou muito espaço ao tratamento do problema da criação de normas que se encontram fora da moldura das normas a serem aplicadas, mas por outro é preciso reconhecer que na segunda edição da *Teoria pura do direito* o tema recebeu um tratamento detalhado que pode ser comparado àquele desenvolvido por Merkl, estendendo-se por mais de uma dezena de páginas (KELSEN, 2017, p. 472-487).

Na segunda edição de sua grande obra Kelsen irá novamente analisar o problema da criação de normas fora dos limites estabelecidos pelas normas a serem aplicadas na circunstância em questão. Em uma observação geral prévia sobre essa abordagem de Kelsen cumpre apontar que diferentemente do que ocorre na maior parte dos textos de Merkl e do próprio Kelsen a respeito do tema, na segunda edição da *Teoria pura do direito* são oferecidos vários exemplos detalhados quanto às maneiras como o fenômeno que dá lugar ao emprego da previsão de falhas/atribuição alternativa de poder pode se manifestar no mundo dos fenômenos jurídicos.

Deixando de lado esse elemento geral é de se notar que em sua abordagem Kelsen divide a análise em duas partes, uma dedicada à explicação da natureza jurídica das decisões judiciais contrárias ao direito (2017, p. 472-478) e a outra relativa às leis contrárias à constituição (2017, p. 478-487), sendo que quando se compara as observações de Kelsen com aquelas previamente oferecidas por Merkl, o resultado a que se chega é que não ocorreram acréscimos ou alterações com respeito às ideias centrais sobre o tema que já haviam sido

expostas por Merkl, visto que assim como Merkl (e conforme acima apontado) também Kelsen identifica a existência de previsões normativas sobre impugnação (sobre o emprego de meios recursais) e sobre a imodificabilidade jurídica como fontes normativo-positivas para a afirmação da natureza jurídica de uma norma que é criada fora dos limites estabelecidos pelas normas a serem aplicadas no caso em questão.

Um dos poucos acréscimos oferecidos por Kelsen em relação aos comentários elaborados por Merkl consiste em uma análise em certa medida mais detalhada das leis contrárias à constituição, relativamente às quais Kelsen observa de modo apropriado que o controle da constitucionalidade das normas possui em geral um limite, com a consequência que leis (em realidade) inconstitucionais podem ser consideradas de modo provisório ou permanente como constitucionais, sendo que são as previsões normativas sobre a possibilidade de serem realizadas declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade o que torna possível às leis inconstitucionais serem (ao menos temporariamente) observadas como normas válidas (KELSEN, 2017, p. 470-480). Sobre tais normas Kelsen também observa – retornando e retrabalhando uma ideia que já estava presente em *Sobre o ilícito do estado,* conforme já apontado – que uma das vias para se identificar a existência de uma atribuição alternativa de poder consiste na exclusão, em um ordenamento jurídico, da possibibilidade de que outras autoridades que não o legislador controlem a constitucionalidade das leis criadas. Em tais situações é preciso reconhecer que o "o órgão legislativo encontra-se então em uma situação análoga àquela de um tribunal de útima instância, cujas decisões possuem [a propriedade de serem] juridicamente imodificáveis" (KELSEN, 2017, p. 481).

É no contexto da discussão sobre a possibilidade de leis inconstitucionais que Kelsen expressa a ideia de uma atribuição de poder de natureza "alternativa" por meio da seguinte formulação:

> A constituição atribui poder para o legislador também por meio de um outro procedimento do que aquele que está determinado diretamente pelas normas da constituição, a fim de criar normas, e também para dar a estas outro conteúdo do que aquele determinado diretamente pelas normas da constituição. Portanto essas normas da constituição apresentam apenas uma de duas possibilidades criadas pela constituição. As determinações constitucionais reguladoras do legislar possuem o caráter de determinações alternativas [*Alternativbestimmungen*]. A constituição contém uma regulamentação direta e uma [regulamentação] indireta do legislar; e o órgão legislativo possui a escolha entre ambas. (2017, p. 482)

Tendo em conta as observações acima apontadas sobre a criação de normas fora dos limites das normas a serem aplicadas cabe apontar que a escolha terminológica de Kelsen se

mostra mais adequada do que aquela realizada por Merkl. É mais adequado falar em "determinações alternativas" com respeito à atribuição de poder, pois não necessariamente a aplicação do direito que ocorre fora dos limites do direito a ser aplicado é o resultado de uma falha, de um erro de interpretação dos fatos ou das normas jurídicas a serem aplicadas, pois tal aplicação também pode ser o produto de uma decisão consciente de não aplicar as normas que regulam o tema em questão de certa maneira – esta situação é reconhecida por Merkl, tal como apontado acima (2018b, p. 209). Uma vez que não se mostra gramaticalmente adequado falar em um erro intencional, em um erro que foi praticado de modo proposital, mas apenas em uma norma que estaria "errada" ("errada", pois em conflito em relação ao direito a ser aplicado), cumpre reconhecer o maior grau de precisão e clareza contido na noção proposta por Kelsen, na ideia de uma atribuição *alternativa* de poder, em relação à ideia de uma previsão de falhas, de uma previsão de erros, tal como proposto por Merkl.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apontado, o movimento inicial para a formulação da teoria da previsão de falhas/da atribuição alternativa de poder pode ser encontrado em um escrito de Kelsen onde ele procurou esclarecer a natureza jurídica dos atos praticados por agentes estatais que estariam em contrariedade com respeito ao direito a ser aplicado. A natureza jurídica e normativo-positiva de tais atos foi explicada por Kelsen por meio da identificação do fato de que em tal ordenamento jurídico determinados agentes estatais não possuiriam qualquer outra alternativa a sua disposição, outra que a alternativa que envolve a necessidade de tratar tais atos, tais normas, como normas válidas. O grande passo dado por Merkl consistiu em observar que tal impossibilidade de ignorar tais normas, de deixar de considerar tais normas válidas, era decorrente do fato de que o direito trata tais atos criadores de normas como dotados de significado jurídico precisamente na medida em que o direito estabelece meios jurídicos para por em questão a validade de tais atos e, junto a isto, também estabelece que tais atos podem eventualmente se tornar juridicamente imodificáveis. Além de ter oferecido análises mais detalhadas sobre o tema, principalmente na segunda edição da *Teoria pura do direito*, também é de se reconhecer que Kelsen apresentou uma formulação geral mais precisa sobre o fenômeno analisado. Conforme apontado, tais atos criadores de normas válidas são atos jurídicos, possuem significado para o direito, pois o direito atribuiu àqueles indivíduos e órgãos que os praticam um poder de criação de normas de natureza alternativa. O ordenamento jurídico atribuiu a tais sujeitos o poder para criar normas conforme certas

determinações gerais, porém o ordenamento jurídico também disponibilizou a tais sujeitos, dentro de certos limites – aqueles limites determinados pelas normas que disciplinam quais atos podem se tornar juridicamente imodificáveis ou ser postos em questão por meio de um recurso –, outra alternativa, outra via para a criação de normas válidas.

Por meio das análises e comentários acima oferecidos pode-se constatar que a teoria da atribuição alternativa de poder de Kelsen é o produto de um trabalho conjunto de Kelsen e Merkl, sendo que sua formulação final apenas foi possível graças aos constantes refinamentos e acréscimos desenvolvidos por ambos os autores.

REFERÊNCIAS

BUCHHEIM, Johannes. Fehlerkalkül als Ermächtigung? Kelsens Theorie des Rechts letztverbindlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund von H. L. A. Harts Rechtstheorie. **Rechtstheorie**, Berlin v. 45, p. 59-78, 2014.

CADORE, Rodrigo Garcia. Die Lehre von der Rechtskraft 90 Jahre danach: Andreas Fischer-Lescano trifft Adolf Merkl. **Rechtstheorie**, Berlin, v. 44, p. 541-565, 2013.

KELSEN, Hans. **Foundations of Democracy**. Originalmente publicado em 1955. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver (Hrsg.). **Verteidigung der Demokratie**. Abhandlungen zur Demokratietheorie. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. p. 248-385.

_____. **General theory of law and state**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

_____. **Reine Rechtslehre**. 1. Aufl. Originalmente publicado em 1934. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

_____. **Reine Rechtslehre**. 2. Aufl. Originalmente publicada em 1960. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

_____. **Über Staatsunrecht**. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt. Originalmente publicado em 1914. In: JESTAEDT, Matthias (Hrsg.). **Hans Kelsen Werke**. Veröffentlichte Schriften 1911-1917. Band. 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010. p. 439-531.

KLETZER, Christoph. **Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül*-Theory**. Ratio Juris, Oxford, v. 18, p. 46-63, 2005.

LIPPOLD, Rainer. Gilt im deutschen Recht ein Felherkalkül für Gesetze? Eine Untersuchung des Problems der verfassungswidrigen Gesetzes auf der Grundlage der Reinen Rechtslehre. **Der Staat**, [s.l.], v. 29, n. 2, p. 185-208, 1990.

_____. **Recht und Ordnung**. Statik und Dynamik der Rechtsordnung. Wien: Manz, 2000.

MERKL, Adolf Julius. A face dupla do direito. Um exame a partir da teoria epistemológica do direito. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl**. **Escritos de teoria do direito.** São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018ª. p. 148-170.

_____. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. Originalmente publicada em 1927. Wien: Verlag Österreichisch, 1999.

_____. Das kaiserliche Patent vom 26. Juni 1913, und das richterliche Überprüfungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre über den Unterschied von Justiz und Verwaltung. Originalmente publicado em 1915. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). **Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften**. 3. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 3-17.

_____. **Die Lehre von der Rechtskraft**. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1923.

_____. Die Verordnungsgewalt im Kriege. Originalmente publicado em partes, entre 1915 e 1919. In: MAYER-MALY, Dorothea; SCHAMBECK, Herbert; GRUSSMANN, Wolf-Dietrich (Hrsg.). **Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften**. 2. Band, 1. Teilband. Berlin: Duncker & Humblot, 1999. p. 3-69.

_____. Erro judicial e verdade jurídica. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl**. **Escritos de teoria do direito.** São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018b. p. 208-221.

_____. O direito à luz de sua aplicação. In: SILVA, Matheus Pelegrino da (Org. e trad.). **Adolf Julius Merkl**. **Escritos de teoria do direito.** São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2018c. p. 93-147.

PAULSON, Stanley L. On the status of the *lex posterior* derogating rule. In: TUR, Richard; TWINING, William (Eds.). **Essays on Kelsen.** Oxford: Oxford University Press, 1986. p. 229-247.

REIMER, Philipp. Die Unabhängigkeit von Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit. Ein Beitrag zur Lehre vom Fehlerkalkul. **Rechtstheorie**, Berlin, n. 45, p. 383-414, 2014.

SILVA, Matheus Pelegrino da. Contribuições de Merkl à teoria pura do direito. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2567-2595, 2019a.

_____. **Democracia e significação da liberdade no pensamento de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. Positive oder Vorausgesetzte alternative Ermächtigung? Kelsens Lehre der alternativen Ermächtigung und die Bedingungen der Zuschreibung der rechtlichen Bedeutung für einen Akt. **Rechtstheorie**, Berlin, v. 49, n. 3, p. 371-388, 2019b.

Submissão em 26/04/2019 / Aceito em 28/10/2020

Revista da Faculdade Mineira de Direito | V.23 N.46 |
Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea

IDENTIDADE RELIGIOSA COMO CRITÉRIO DE CIDADANIA À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL: uma análise da legislação da Índia

RELIGIOUS IDENTITY AS CRITERION OF CITIZENSHIP UNDER INTERNATIONAL LAW: an analysis of the legislation of India

Felipe Augusto Lopes Carvalho[1]
Universidade de Coimbra

Resumo:
O trabalho objetiva fornecer uma análise crítica, a partir dos diplomas internacionais de direitos humanos, ao conteúdo da Nova Legislação de Cidadania da Índia, que marca a primeira vez em que a religião é utilizada como critério de elegibilidade para a cidadania. Como os efeitos das normas domésticas de nacionalidade podem levar a conflitos interestaduais e violações de direitos humanos, essas regulações devem passar por um escrutínio quanto ao cumprimento das obrigações assumidas na seara internacional. Através de pesquisa documental, inicialmente apresentamos o conteúdo da lei e as alterações trazidas. Mediante análise bibliográfica, exploramos como o regime internacional dos direitos humanos tem contribuído para um novo paradigma jurídico-conceitual de cidadania. A seguir, analisamos a compatibilidade da lei indiana com as obrigações internacionais de direitos humanos. Três conjuntos de direitos mostram-se relevantes e demandam exame crítico, a liberdade de religião, a igualdade, e os direitos dos refugiados. Finalmente, num esforço interdisciplinar, com recurso à sociologia da religião e ciências políticas, pretende-se explorar em que medida o uso da religião como base para concessão de cidadania é uma expressão moderna de nacionalismo religioso. Conclui-se que a nova legislação da Índia está na contramão de uma tendência dogmática de estabelecimento de um paradigma de cidadania assente na pessoalidade, inclusividade, e participação direta do indivíduo nos processos de decisão política e desenvolvimento social.
Palavras-chave:
Cidadania. Liberdade Religiosa. Refugiados. Discriminação. Índia.

Abstract:
The article aims to provide a critical analysis, from the standing point of international human rights diplomas, to the content of the New Citizenship Amendment Act in India, which marks the first time that religion is used as a criteria to determine eligibility for citizenship. As the effects of domestic rules of nationality can lead to conflicts among states and human rights violations, these regulations must be scrutinized regarding the fulfillment of obligations assumed in the international field. Through documental analysis, we first present the content of the law and the changes brought. Then, through bibliographic research, we explore how international human rights regime has contributed to a new legal conception of citizenship. Subsequently, we analyze the compatibility of Indian legislation with international human rights obligations, through documental and doctrinal research. Three sets of rights are relevant and require a critical examination, religious freedom, equality, and refugee law. Finally, in an interdisciplinary effort, specially with sociology of religion and political sciences, it is intended to explore to what extent the use of religion as a basis for granting citizenship is a modern expression of religious nationalism. It is concluded that the new legislation of India goes against a conceptual and dogmatic tendency to establish a paradigm of citizenship based on personality, inclusiveness, and direct participation of the individual in the processes of political decision, and social development.
Keywords:
Citizenship. Religious Freedom. Refugees. Discrimination. India.

[1] Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Menção em Direito Internacional Público e Europeu). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Especialista em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa, pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em parceria com o Ius Gentium Conimbrigae e Regent's Park College da Universidade de Oxford. Diretor Executivo da ANAJURE.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fornecer uma análise crítica, a partir dos diplomas internacionais de direitos humanos, ao conteúdo da Nova Legislação de Cidadania da Índia (*Citizenship Amendment Act)*, que marca a primeira vez em que a religião é utilizada como critério para determinar a elegibilidade para a cidadania indiana.

Sem prejuízo de uma apresentação pormenorizada do seu conteúdo, no primeiro capítulo, importa registrar, desde logo, que o Projeto de Lei foi apresentado ao Parlamento em 2016, mas apenas em 2019 foi aprovado, após as eleições gerais em que o Partido do Povo Indiano (*Bharatiya Janata Party*) garantiu a maioria nas duas casas do Parlamento. Seguiu-se à aprovação uma onda de protestos, reprimidos fortemente pelas forças de segurança, situação reverberada nos diversos canais de comunicação social, e que gerou debates internacionais sobre o tema, suscitando reflexões sobre a conformidade de suas disposições com os tratados de direitos humanos e os seus efeitos às minorias religiosas e étnicas residentes no país.

Cumpre informar que as questões de cidadania ou nacionalidade são tratadas tendo sempre por horizonte um direito nacional, porém, embora o conteúdo da legislação suscite questões de natureza constitucional ou multinível, o enfoque do trabalho será numa perspectiva jus internacional. A escolha metodológica de realizar o estudo dentro do domínio do direito internacional assenta no pressuposto, resultado da importância adquirida pelo direito internacional dos direitos humanos nas últimas décadas, que as legislações que regulam aspectos da cidadania não são matérias exclusivamente de soberania nacional ou *domestic affair*; antes, precisamente porque os efeitos das normas domésticas de nacionalidade podem se estender além das fronteiras nacionais, levando potencialmente a conflitos e atritos interestaduais, essas regulações devem passar por um escrutínio quanto ao cumprimento de obrigações assumidas na seara internacional, traduzindo-se, portanto, numa questão de *international concern*.

Ademais, Índia é signatária de diversos tratados de direitos humanos, em especial, para efeitos deste trabalho, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, submetendo-se às disposições vinculativas desses diplomas, bem como aos seus mecanismos de controlo e responsabilização. Assim, reveste-se de particular relevância uma análise com o escopo de identificar a compatibilidade das medidas adotadas pelo Estado indiano com as obrigações assumidas na seara internacional.

Em termos de estrutura, temos, primeiramente, mediante pesquisa documental, uma apresentação do conteúdo da lei, as alterações trazidas ao regime de concessão da cidadania, bem como os argumentos e justificações apresentados pelo Parlamento e autoridades nacionais. Na segunda parte, através de análise bibliográfica, buscamos explorar como o regime internacional dos direitos humanos tem contribuído para uma nova concepção ou paradigma jurídico-conceitual de cidadania.

Em seguida, passamos a analisar a compatibilidade da lei indiana com as obrigações e standards internacionais de direitos humanos. Nesse ponto, três conjuntos de direitos mostram-se relevantes e demandam um exame crítico, a liberdade de religião ou crença; a igualdade e proibição de discriminação; e o Direito dos refugiados e *non-refoulement*.

Por fim, num esforço interdisciplinar, com recurso especialmente à sociologia da religião e ciências políticas, pretende-se explorar se, e em que medida, o uso da religião como base para concessão de cidadania ou restrição de direitos é uma expressão moderna de nacionalismo religioso.

Apesar de ter como foco a legislação indiana, espera-se que as observações e conclusões extraídas desse estudo de caso possam contribuir à análise de outras legislações ou práticas nacionais que utilizam aspectos de identidade religiosa como parâmetro para atribuição de cidadania.

2 NOVA LEI DE CIDADANIA DA ÍNDIA

O *Citizenship Amendment Act* (CAA*)* trouxe duas mudanças principais ao regime jurídico de concessão de cidadania na Índia. Originalmente, a Lei da Cidadania, de 1955, definia “migrantes ilegais” como os estrangeiros que entraram na Índia sem documentos de viagem válidos ou que entraram com documento de viagem válido, mas permaneceram além do período permitido. Dessa forma, os migrantes ilegais não podem obter a cidadania indiana.

As disposições do CAA alteraram essa legislação, de modo que não são mais considerados migrantes ilegais, permitindo-lhes, portanto, solicitar e obter a cidadania indiana, os migrantes de identidade religiosa hindu, sikh, budista, jainista, parsi ou cristã, do Afeganistão, Bangladesh ou Paquistão, que tenham chegado à Índia antes de 31 de dezembro de 2014 (Artigo 2).

Além disso, para os migrantes pertencentes a essas comunidades religiosas, originários do Afeganistão, Bangladesh e Paquistão, a CAA reduz o período necessário de residência na

Índia para se qualificar para a cidadania indiana, de "não menos de onze anos", para "não menos de cinco anos" (Artigo 6).

Verifica-se, portanto, que o CAA fornece um mecanismo facilitado para imigrantes de três países solicitarem e obterem a cidadania indiana. Essencialmente, concede a indivíduos pertencentes a algumas comunidades religiosas, oriundas de países de maioria muçulmana, o status de refugiados na Índia.

Os membros do Partido Bhartiya Janata, no poder desde 2014, têm fornecido várias justificativas para a promulgação da CAA, destacando a intenção *bona fide* da medida. O ministro Amit Shah, que apresentou o projeto no Parlamento, argumentou que a lei visa proteger aqueles que sofreram perseguição religiosa nos Estados vizinhos (SHAH, 2020). No mesmo sentido, durante uma manifestação na capital da Índia, o Primeiro Ministro Narendra Modi disse: "Aprovamos essa lei para ajudar os perseguidos". (SHANKAR, 2020).

Atrelada à nova legislação, uma política pública que suscita reflexões é a iniciativa do Registro Nacional de Cidadãos (RNC). Trata-se de um recenseamento, de casa em casa, previsto para iniciar em 2020, e que exigirá dos indivíduos que apresentem a documentação comprobatória da cidadania ou residência legal. Com base nisso, será possível identificar “cidadãos duvidosos”. Se não tiverem a documentação exigida, os indivíduos poderão ser levados para campos de detenção e sofrerão restrições, no mínimo, quanto aos direitos não disponíveis para não-cidadãos, como os direitos políticos, e em último grau, poderão sofrer deportação.

3 DIREITOS HUMANOS E O NOVO PARADIGMA DE CIDADANIA

No âmbito do Direito Internacional, o princípio vigente e proclamado pela doutrina é o da atribuição estatal da nacionalidade, segundo o qual cada Estado deve ter competência exclusiva para legislar sobre a sua nacionalidade (MAZZUOLI, 2015, p. 734)[2]. Tradicionalmente, poucas limitações existiam aos poderes do Estado nessa matéria. Os primeiros instrumentos internacionais vieram a confirmar essa prerrogativa soberana. Contudo, em virtude da consciência internacional sobre os potenciais efeitos lesivos de normas domésticas de nacionalidade, para além das fronteiras de um determinado território,

[2] O autor leciona que trata-se de uma questão de soberania do Estado, em triplo aspecto, pois: a) somente o Estado soberano pode atribuir ao indivíduo, pelo simples fato do nascimento, a sua nacionalidade; b) somente o Estado pode conceder a condição de nacional aos estrangeiros, por meio de naturalização; e c) também, só ele pode estabelecer os casos em relação aos quais o seu nacional (seja nato ou naturalizado) perde sua nacionalidade.

existe um consenso, na atualidade, de que o poder regulador estadual em questões de atribuição e revogação de nacionalidade é limitado pelo Direito Internacional.

Com efeito, o artigo 1 da Convenção de Haia de 1930 sobre determinadas questões relativas aos conflitos de leis sobre nacionalidade, ao mesmo tempo em que reconhece o princípio da autonomia do Estado, estabelece limites à sua prerrogativa de determinar quem são os seus nacionais[3], de modo que o "direito [doméstico] será reconhecido por outros Estados na medida em que seja consistente com as convenções internacionais, costumes internacionais, e os princípios do Direito geralmente reconhecidos no tocante à nacionalidade"[4].

Do ponto de vista conceitual, a nacionalidade tem sido majoritariamente definida pelos autores de Direito Internacional como "o vínculo jurídico-político que une uma pessoa física a um Estado, do qual decorre uma série de direitos e obrigações recíprocas". (PORTELA, 2014, p. 293). Em paralelo, no discurso constitucional, o conceito de cidadania solidificou-se, ao longo dos tempos – e, por isso, são muitas vezes considerados sinônimos - como um "vínculo de ligação de um indivíduo a um Estado, integrado por um conjunto de direitos, definido aos níveis constitucional e legal". (VEIGA, 2006, p. 396).

Assiste-se atualmente a uma tendência dogmática-conceitual de estabelecimento de um novo paradigma de cidadania, não no sentido da superação desse conceito clássico, mas de densificação de seu conteúdo e alteração do seu referente, provocado pelos insuperáveis fatores do multiculturalismo, globalização e migrações massivas. Nesse sentido, a cidadania deixa de ser caracterizada como um *status*, e passa a ser percebida como *prática*, através da introdução do elemento volitivo e da emergência de deveres do cidadão. Segundo Fábio Comparato (1993, s.p.), a "ideia-mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a ideia de participação"[5]. Como consequência de uma construção conceitual complexa e multidimensional, a integração numa determinada comunidade não é determinada apenas pelo ato do nascimento, e, desse modo, o Estado-nação não é mais o único referente da cidadania (VEIGA, 2006, p. 404).

---

[3] Os países europeus submetem-se, de maneira particular, à Convenção Europeia sobre Nacionalidade, de 1997, que estabeleceu alguns princípios que devem ser a base das normas dos Estados sobre a nacionalidade, como o direito de todos os indivíduos a uma nacionalidade, a prevenção da apatridia, e a proibição de perda arbitrária da nacionalidade (Artigo 4º).

[4] Assembleia da Liga das Nações, Convenção de Haia de 1930, Artigo 1º.

[5] Para o autor, a nova cidadania deve instaurar-se em cinco níveis: a) na distribuição dos bens, materiais e imateriais, indispensáveis a uma existência socialmente digna; b) na proteção dos interesses difusos ou transindividuais; c) no controle do poder político; d) na administração da coisa pública; e) na proteção dos interesses transnacionais.

Ganha especial relevância nesse contexto o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a estrutura jurídica mais recente do Direito Internacional, e expressão máxima do posicionamento do indivíduo enquanto sujeito de direitos na ordem internacional.

Apesar de os primeiros passos rumo à internacionalização dos direitos humanos terem sido dados após o fim da Primeira Guerra Mundial, através do Direito Humanitário, do surgimento da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, os fundamentos de uma nova ordem jurídica internacional baseada em determinados propósitos e princípios centrados na proteção do indivíduo face ao poder estatal foram estabelecidos em São Francisco, em 1945, com a adoção da Carta das Nações Unidas. O preâmbulo da Carta reafirma a "fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres", e estabelece a promoção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais como um dos quatro propósitos da Organização das Nações Unidas (Artigo 1, n. 3). Assim, a partir de 1945, fica claro que os direitos humanos não poderiam mais ser caracterizados como uma questão doméstica.

No entanto, conforme explica Jónatas Machado (2003, p. 273), essa visão dos direitos humanos não resultou na sua imediata elevação à qualidade de normas fundamentais da ordem jurídica internacional, tendo aberto um processo evolutivo de definição de *standards* universais de proteção. Nesse sentido, em 1946 a ONU criou uma Comissão de Direitos Humanos, encarregada da tarefa de apresentar propostas para uma *International Bill of Rights*. Do trabalho desta Comissão, veio a Declaração Universal dos Direitos do Homem, principal expressão do valor global dos direitos humanos.

Alicerçada no respeito à «dignidade inerente a todos os membros da família humana», a Declaração apresenta o alcance universal da proteção dos direitos humanos, ao reconhecer que todos os indivíduos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, assim, estabelece que a condição de pessoa é o único requisito para titularidade dos direitos nela elencados.

Após a Carta da ONU e a DUDH, verificou-se a necessidade de estabelecimento de um sistema de tratados multilaterais com força jurídica vinculante, através dos quais se estipulariam padrões categóricos de conduta para os Estados, com o objetivo de garantir de forma mais efetiva o exercício dos direitos e liberdades fundamentais constantes nesses documentos. Em 1966, são adotados o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Os mesmos incorporam, concretizam e até ampliam os direitos contidos na Declaração

Universal[6] e criam obrigações *erga omnes* no tocante ao respeito pelos direitos humanos, ou seja, sepultando peremptoriamente a ideia de que a proteção dos direitos humanos constitui um *domestic affair* (FERREIRA DE ALMEIDA, 2003, p. 340).

A emergência dessas normas internacionais juridicamente vinculantes sustenta a ideia do duplo controle das decisões domésticas do Estado (RODRIGUES DA RODA; CUNHA JÚNIOR, 2020, p. 26), ou seja, as leis e políticas passam pelo crive constitucional interno e pelo controle de adequação com os dispositivos internacionais de direitos humanos, através de uma rede de mecanismos institucionais criados para esse efeito, que envolvem, inclusive, a responsabilização internacional do Estado por violações de direitos humanos (CARVALHO RAMOS, 2015, p. 53).

Portanto, o regime dos direitos humanos estabelece limites à autonomia do Estado em questões de nacionalidade, embora convenha apontar, desde logo, certa relutância dos Estados em aprofundar tais limitações pelo viés de um direito humano à nacionalidade, pois significaria uma perda significativa de poder. Ainda assim, não se pode deixar de sublinhar que, em face do complexo desenvolvimento histórico dos direitos humanos e de suas repercussões políticas, sociais e econômicas, que se observam numa escala global, o conceito tradicional da cidadania ligada ao exercício de direitos políticos mostrou-se defasado (TOLFO, 2013, p. 38). Esse conceito reducionista que se limita à noção de pertencer a um corpo político cede espaço a uma nova construção conceitual que se ajusta às exigências do atual sentido e alcance dos direitos humanos.

Antes de passarmos à análise específica dos direitos que reclamam escrutínio frente ao CAA, convém destacar que a própria nacionalidade é, atualmente, galgada ao patamar de direito humano. Essa é a norma consagrada na DUDH, que determina que "Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade" (art. 15º, núm. 1), e no PIDCP, que dispõe que "toda criança tem direito de adquirir uma nacionalidade" (art. 24º, núm. 1).

O Artigo 15º da Declaração indica, ainda, que “ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade”. Segundo Paulo Portela, consagra-se a norma de que a pessoa pode perder sua nacionalidade, desde que a partir de regras previamente estabelecidas e compatíveis com as normas internacionais de direitos humanos e com o Estado de Direito. Repugna ao Direito Internacional a retirada da

[6] Em relação aos direitos que não constavam da Declaração Universal, temos por exemplo, o direito à autodeterminação (art. 1º), o direito de não ser preso por descumprimento de obrigação contratual (art. 11), e o direito das minorias à identidade cultural, religiosa e linguística (art. 27).

nacionalidade por motivos políticos, raciais ou religiosos ou a partir de considerações de caráter meramente discricionário (PORTELA, 2014, p. 295).

3 ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

3.1 Liberdade de religião ou crença

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê a liberdade de religião em seu artigo 18: "Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, em público ou em particular". O artigo reflete mais um interesse geral de comprometimento do que um entendimento comum do que estaria abrangido por este direito (EVANS, 1997, p. 183).

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, por outro lado, detalha e indica algumas implicações da proteção desse direito. Nesse sentido, o Artigo 18.º do Pacto, *in verbis:*

> 1. Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de ter ou de adoptar uma religião ou uma convicção da sua escolha, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individualmente ou conjuntamente com outros, tanto em público como em privado, pelo culto, cumprimento dos ritos, as práticas e o ensino.
> 2. Ninguém será objeto de pressões que atentem à sua liberdade de ter ou de adoptar uma religião ou uma convicção da sua escolha.
> 3. A liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções só pode ser objeto de restrições previstas na lei e que sejam necessárias à proteção de segurança, da ordem e da saúde públicas ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem.

Inicialmente, importa destacar que o direito de liberdade religiosa compreende um aspecto interno *(forum internum)* e um aspecto externo (*forum externum) (*EVANS, 2003, p. 74). Aquele diz respeito à liberdade que o indivíduo tem explorar, aderir, permanecer e mudar de religião pessoal, conforme lhe apraz, no âmbito da sua consciência individual (MURDOCH, 2012, p. 18). Tais processos de formação de convicções estão ligados ao *forum internum* do indivíduo, ou seja, sua esfera íntima de existência.

Esse primeiro âmbito de proteção proíbe que alguém seja forçado a adotar, mudar, ou permanecer em uma crença em particular, e garante que "ninguém pode ser obrigado a revelar os seus pensamentos ou a aderir a uma religião ou convicção"[7].

[7] Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas. Comentário Geral N.º 22: Artigo 18.º, item 3.

Igualmente importante, temos o aspecto externo deste direito, que diz respeito à manifestação da religião. As várias maneiras de manifestar uma religião ou crença foram listadas pelo artigo, de forma não exaustiva, sob a forma de "culto, cumprimento dos ritos, práticas e ensino".

Em virtude da essencialidade do fenômeno religioso à vida dos indivíduos, os aspectos internos – "ter, adotar ou mudar uma religião ou uma convicção" - são considerados direitos absolutos, inderrogáveis, porquanto apenas a liberdade de manifestar a religião ou as convicções pode ser limitada pelo direito interno, em circunstâncias particulares. O artigo 18.º, número 3 do Pacto até permite restrições à liberdade de manifestar a religião, sob a exigência de serem cumpridos os seguintes requisitos: as limitações devem estar previstas na lei e serem necessárias à proteção da segurança, ordem e saúde públicas ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem[8]. Mesmo em alturas de emergências públicas mais graves, os Estados que interfiram com a liberdade da pessoa de professar a sua própria religião ou de expressar as suas crenças têm de justificar as suas ações, com o fito de atender aos requisitos especificados acima.

Com efeito, o item 2 do artigo 18 proíbe qualquer coerção que prejudique o direito de ter ou mudar de crença religiosa, incluindo o uso de ameaças, força física ou sanções penais. Segundo Asma Jahangir, "políticas ou práticas com a mesma intenção ou efeito, como as que restringem o acesso à educação, assistência médica, emprego ou direitos garantidos pelo artigo 25 e outras disposições do PIDCP, são igualmente inconsistentes com este artigo"[9]. Em outras palavras, a adesão e manifestação da religião devem ser voluntárias. Ninguém, seja o Estado, líderes religiosos ou qualquer outra pessoa ou grupo tem o direito de forçar suas crenças sobre os outros, tampouco força-los a manter ou mudar sua religião.

Importa considerar que a coerção pode manifestar-se de diversas formas, desde ameaças, violência ou punições, como multas ou prisão, até maneiras mais sutis ou "simbólicas" (CARVALHO; SANTANA, 2015), como, por exemplo, oferecer empregos em

[8] Nesse domínio, não se devem confundir duas possibilidades jurídicas que os tratados internacionais oferecem aos Estados: por um lado, as limitações ou restrições de direitos, e, por outro, as derrogações de direitos. Os tratados permitem, expressamente, a restrição ou limitação de alguns direitos. Isso significa que os Estados podem restringir, em qualquer altura, mesmo em situações de normalidade, os direitos, por exemplo, ao respeito pela vida privada e familiar, às liberdades de pensamento, de consciência e religião, à liberdade de expressão e à liberdade de reunião e de associação, desde que respeitem certas condições – no caso da liberdade religiosa, as que mencionamos constantes do Artigo 18, núm. 3 do PIDCP. Em situações de crises mais graves, como guerra ou outro perigo público que ameace a vida da nação, os tratados contêm uma autorização geral de derrogação, expressa no artigo 4º do Pacto. (MARTINS, 2020, p. 154; GALVÃO, 2018, p. 35).

[9] United Nations, Economic and Social Council, Sixty-first session, Report submitted by Asma Jahangir, Special Rapporteur on freedom of religion or belief, E/CN.4/2005/61, para. 47.

troca de conversão ou interromper o acesso das pessoas à saúde ou educação se deixarem ou se recusarem a adotar uma religião.

Ao confrontarmos o quadro normativo internacional da liberdade de religião ou crença, em particular a proibição de coerção em matéria religiosa, com as disposições do CAA, evidencia-se que essa legislação possui um alto potencial de coerção, na medida em que pressiona os indivíduos a mudarem de religião para ter acesso aos benefícios assegurados pela lei. Ao condicionar o benefício do tempo reduzido de residência na Índia a seis confissões religiosas, a lei acaba por constranger os que não pertencem a tais comunidades religiosas a se converterem, adentrando numa questão que é de absoluto foro íntimo.

Os apoiadores da legislação enunciam que seu objetivo é proteger aqueles que sofreram perseguição por motivos de religião. Porém, a exclusão, por exemplo, de judeus perseguidos, ateus, agnósticos, xiitas e ahmadiyas não possui nexo racional com esse objetivo. O mesmo se pode dizer da exclusão de outros países próximos, como Nepal, Butão, Mianmar e Sri Lanka. O simples fato de o Islã não ser a religião oficial ou majoritária nesses países não significa que seus cidadãos necessariamente gozam plenamente do direito ao livre exercício da religião.

Num país multicultural e plural como a Índia, onde múltiplas religiões coexistem, o governo possui uma obrigação positiva de acomodar, o tanto quanto possível, as necessidades e interesses das comunidades religiosas presentes em seu território, e criar um espaço normativo e institucional favorável à convivência pacífica entre as crenças, um ambiente não promotor de ódio ou exclusão.

3.2 Igualdade e proibição de discriminação

Com a adoção da Carta da Organização das Nações Unidas, uma cláusula geral de não discriminação, regente de toda a proteção dos direitos humanos, tornou-se reconhecida do Direito Internacional. Dentre os objetivos da ONU, encontram-se “desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos” e “promover e estimular o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

Para alguns autores, a igualdade e a não discriminação são declarações positivas e negativas do mesmo princípio. Em outras palavras, a igualdade significa a ausência de discriminação, e a defesa do princípio da não discriminação entre os grupos produzirá igualdade (WEIWEI, 2004, p.7). Outra linha doutrinal considera que o princípio da não

discriminação é uma derivação do princípio da igualdade, de modo que não devem ser confundidos. Seja como for, para o escopo do presente trabalho, é suficiente considerar que a não discriminação possui um caráter instrumental para o alcance da igualdade (SANTOS JÚNIOR, 2013, p. 245).

A "não discriminação" consiste na proibição de um tratamento diferenciado ou abusivo entre os indivíduos, ou seja, sem um critério que justifique a diferenciação. Esse princípio materializa a ideia de que todo Estado democrático deve tratar os indivíduos igualmente, de modo que não pode considerar alguns mais importantes que outros, mais dignos de respeito, ou possuidores de maior dignidade (TRIGG, 2012, p. 3).

Dentre as classificações apresentadas pela doutrina e normativas internacionais visando ao enquadramento dos diversos tipos de discriminação, destacam-se a discriminação direta e indireta.

A Diretiva 2000/78 do Conselho da União Europeia é um instrumento de referência na elucidação dessa classificação. Considera-se que existe discriminação direta sempre que, em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável. Por outro lado, entende-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática, aparentemente neutra, seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, deficiência, classe etária ou orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que essa disposição, critério ou prática sejam objetivamente justificados por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários. A discriminação indireta pode ser justificada, por exemplo, por questões de segurança ou saúde.

O CAA faz uma série de diferenciações, com base em critérios geográficos, religiosos e temporais, de modo que deixa de fora do seu âmbito de proteção: (i) outras minorias religiosas do Paquistão, Bangladesh e Afeganistão; (ii) outros países vizinhos; (iii) perseguidos por outros motivos que não a religião; e (iv) perseguidos após 31 de dezembro de 2014. Ao nosso entender, não há justificação racional, tampouco um objetivo legítimo, para as barreiras diferenciadoras presentes na legislação.

Com efeito, embora se tenha omitido em relação aos critérios temporais, o Parlamento Europeu se manifestou sobre a nova lei indiana, nomeadamente quanto à diferenciação geográfica e delimitação de perseguição fundada apenas na religião. Nos termos da Resolução do Parlamento Europeu sobre a Lei indiana de cidadania (alterada), de 2019:

> [O Parlamento Europeu] Louva o Governo indiano pela sua intenção de adotar uma lei que tenha em conta a complicada situação das minorias perseguidas nos países vizinhos; apela, no entanto, a que as autoridades indianas alarguem o âmbito de aplicação desta lei, a fim de incluir outras pessoas que procurem refúgio na Índia devido à perseguição com base na sua religião, observando que os migrantes do Paquistão, do Afeganistão e do Bangladeche que não são originários de grupos religiosos perseguidos podem também solicitar a cidadania, se assim o desejarem;

A realização do censo que visa criar o Registro Nacional de Cidadãos levanta outras preocupações quanto à realização do princípio da igualdade. Isso porque pende para o indivíduo a obrigação de apresentar a documentação que prove o seu vínculo com o Estado. Caso não consiga provar esse vínculo, a CAA será o último recurso a ser mobilizado para evitar perda de direitos, mas apenas para as seis minorias religiosas escolhidas. Azeem Ibrahim (2020, p.8) enuncia os riscos associados à realização do censo, nos seguintes termos:

> Quaisquer erros na documentação (de uma sociedade que era amplamente analfabeta até recentemente) ou falta de documentação serão suficientes para que eles percam a cidadania (...). Se não forem muçulmanos, então têm a reparação da cidadania através da legislação de 2019. Para os muçulmanos essa opção é negada. Na prática, seu status dependerá dos caprichos burocráticos de um governo hostil.
>
> Nesse sentido, até mesmo cidadãos podem ser deixados de fora do RNC, se mostrarem-se incapazes de provar sua cidadania, mesmo que não sejam migrantes, e nesse grupo estarão muçulmanos e não muçulmanos. O CAA será o último instrumento a recorrer, que acabará por salvar os não-muçulmanos excluídos do Registro, ao passo nenhuma proteção se conferirá aos muçulmanos indianos que foram deixados de fora da lista. Por essas razões, Sanmay Moitra argumenta o CAA é uma tentativa, não de inclusão ativa, como alguns defendem, mas de exclusão passiva (SANMAY, 2020, p. 2).

3.3 Direito dos refugiados e non-refoulement

Um aspecto fundamental da proteção internacional dos refugiados é o princípio da não expulsão (*non-refoulement),* previsto no Artigo 33 da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, *in verbis*:

> 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

A proteção contra a repulsão, nesses termos, se aplica a qualquer pessoa que atenda aos requisitos da definição de refugiado contida no artigo 1A (2) da Convenção de 1951, ou seja, que, “em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões

políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele".

Permite-se a não aplicação do princípio de *non-refoulement* apenas em duas situações: se invocado por um refugiado que, por motivos sérios, seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

Importa considerar que, na concepção da Convenção de 1951, a determinação do status de refugiado é de natureza declaratória, de modo que o *non-refoulement* aplica-se não apenas aos refugiados reconhecidos, mas também àqueles que ainda não tiveram seu status formalmente declarado. Nesse sentido, o princípio é de particular relevância para os requerentes de asilo, de modo que não podem ser expulsos enquanto aguardam uma determinação final de seu status.

Um aspecto que se poderia alegar, para eximir-se das obrigações advindas desse princípio, seria o fato de a Índia não ser signatária da Convenção para Refugiados. Contudo, esse argumento não prospera. Isso porque, apesar da resistência contínua da Índia em aderir aos principais instrumentos internacionais para a proteção de refugiados, está vinculada a um conjunto de normas internacionais que se combinam, em torno do princípio da dignidade humana, para restringir significativamente sua discrição com relação ao tratamento de estrangeiros e, em particular, às suas obrigações em relação à não expulsão.

Assim, o princípio da não expulsão encontra-se protegido transversalmente em outros tratados, dos quais a Índia é signatária, dentre eles o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção sobre os Direitos da Criança (PAUA, 2007, p.56). Além disso, há um consenso na ciência jurídica hodierna de que esse princípio é uma norma de *jus cogens*, isto é, uma norma peremptória do direito internacional da qual não é permitida nenhuma derrogação (ALLAIN, 2001, p. 533).

Estabelecida a importância do princípio do *non-refoulement* para os direitos humanos, cumpre tecer algumas considerações acerca da perseguição religiosa, elemento central para a concessão do status de refugiado, e, alegadamente, um dos inimigos que o CAA busca enfrentar.

Em primeiro lugar, a incidência de perseguição é uma questão eminentemente fática. A determinação se alguém está a enfrentar perseguição depende de elementos subjetivos e

objetivos, e não pode ser baseada apenas no fato de pertencer a uma minoria. Com efeito, o manual do ACNUR sobre a determinação do status de refugiados é claro no sentido que o "mero pertencimento a uma comunidade religiosa específica normalmente não será suficiente para fundamentar uma reivindicação ao status de refugiado" (1992, para. 72).

O CAA, em sentido contrário, iguala a identidade religiosa de uma pessoa a um quadro de perseguição. Além disso, a estrutura da Lei não indica nenhum procedimento, tampouco exige algum labor dos órgãos estaduais para determinar se houve, *de facto,* perseguição religiosa. Concebida dessa forma, a legislação acaba por enfraquecer o instituto do refúgio – o oposto do que se esperava-, na medida que impede as autoridades de distinguirem entre refugiados genuínos que enfrentaram perseguição e aqueles que permanecem no território indiano mais tempo que o permitido simplesmente por causa de "regras condescendentes" (MUSTAFA, 2020).

Embora a averiguação e determinação da incidência de perseguição, para fins de obtenção do status de refugiado, seja, do ponto de vista do Direito Internacional, uma atividade complexa, o CAA cria uma estrutura legislativa que, por um lado, permite à Índia conferir cidadania aos refugiados hindus do Paquistão que enfrentam perseguição religiosa, enquanto os muçulmanos Rohingya de Mianmar que fugiram de seu país por causa de perseguições – e é considerada a minoria religiosa mais perseguida do mundo atualmente - continuarão sendo tratados como migrantes ilegais, sujeitos à deportação, conforme se tem noticiado (KINE, 2020), apesar do alto risco de perseguição e em violação ao princípio de *non-refoulement*.

O reconhecimento da cidadania de um indivíduo serve de base para o exercício de direitos num determinado território, tendo sido caracterizado comumente como o "direito a ter direitos". Negar o reconhecimento fundamental da cidadania não apenas priva as pessoas do exercício dos direitos políticos, civis e sociais que o acompanham, mas também lhes nega a possibilidade de usar dos caminhos legais para buscar reparação pela discriminação e perseguição que sofreram, que foram, não raras vezes, o próprio motivo do deslocamento para um país de acolhida. Esses indivíduos tornam-se apátridas *de facto,* vulneráveis à exploração, detenção prolongada e violência. A negação da cidadania maximiza os danos a comunidades já vulneráveis à perseguição.

Além disso, a linha temporal traçada na legislação contraria, ou, ao menos, interfere no objetivo para o qual o estatuto foi promulgado. O alegado propósito da CAA é fornecer refúgio a minorias religiosas não muçulmanas que sofreram perseguição religiosa em certos países próximos. Questiona Abhinav Chandrachud, nesse sentido, "por que deveria importar

se essa pessoa entrou na Índia antes ou depois de 31 de dezembro de 2014? A resposta pode ser que o governo central deseje limitar o afluxo de requerentes de asilo na Índia e não deseje manter as portas da Índia permanentemente abertas para aqueles que sofrem perseguição religiosa no exterior". (CHANDRACHUD, 2020, p. 20, tradução nossa). Assim, a disposição fere os próprios objetivos humanitários da legislação.

4 NACIONALISMO RELIGIOSO E PREVENÇÃO DE ATROCIDADES

Em virtude da globalização e fluxo massivo de pessoas e bens ao redor do mundo, torna-se cada vez mais difícil manter um senso de nacionalismo em matéria de ascendência comum, história, linguagem ou domínios semelhantes. Há partidos e grupos que, a fim de salvar esse nacionalismo, erguem a bandeira da religião como o elo histórico-político da nação. Nesse sentido, "um turco é muçulmano, um habitante do Sri Lanka é budista, um indiano é hindu" (SCHIRRMACHER, 2019).

O nacionalismo religioso está crescendo em todo o mundo, e a ideia de pertencer a um país é frequentemente associada à religião majoritária. Nesse processo, no entanto, há um grande risco para as minorias religiosas serem perseguidas ou se tornarem cidadãos de segunda classe.

Pesquisadores, especialmente da sociologia e ciências políticas (GONSALVES, 2019, p. 26; SCHIRRMACHER, 2013, p. 23), têm apontado um crescimento do nacionalismo hindu na Índia ao longo das últimas três décadas. Seu credo básico é chamado "Hindutva", cujas principais proposições são resumidas por Achin Vanaik nos seguintes termos: 1) Os fundamentos político-culturais do nacionalismo indiano devem repousar sobre o hinduísmo. 2) Democracia significa, não maiorias políticas flexíveis, mas o domínio da maioria fixa que é hindu e cujos interesses devem, portanto, ser priorizados. 3) Apenas uma unidade hindu sustentada garantirá que a Índia cumpra seu destino de se tornar e permanecer uma força admirada globalmente. 4) Historicamente, o país foi enfraquecido, sobretudo pelos invasores muçulmanos que vieram mil anos atrás e seus legados políticos, sobretudo a Liga Muçulmana. 5) Se o Paquistão islâmico é o perigo de fora, os muçulmanos da Índia (em menor grau, os cristãos, que também seguem crenças "não-indianas") são o perigo interno. 6) O projeto Hindutva exige a saturação desse "senso comum" na sociedade, bem como a criação de um Estado hindu em tudo, exceto no nome - e quem sabe, no devido tempo, mesmo explicitamente (VANAIK, 2020).

A questão da identidade religiosa na Índia tornou-se particularmente significativa no contexto da migração de milhares de bengaleses na década de 1970. A presença das famílias migrantes produziu tensões com as comunidades locais, que afirmavam a erosão de sua identidade cultural e política. O movimento nacionalista hindu polarizou a questão ao vê-la quase exclusivamente através das lentes da religião - como uma tensão entre o hindu "de dentro" e o muçulmano "de fora" (KAPUR, 2019, p. 11). A projeção do muçulmano como um estranho, uma ameaça, colocou a religião em primeiro plano como critério para determinar a pertença à comunidade política e cultural, o que, por sua vez, serviu de base para uma concepção estreita de cidadania.

Nesse sentido, não se pode desconsiderar o papel fundamental que as leis de cidadania ocupam num determinado país, possuindo um caráter representativo de todas as leis domésticas. Isso porque, para muito além de simplesmente definir as regras pelas quais uma pessoa pode obter a cidadania, a legislação reflete as aspirações políticas e a natureza da governança vigente. Em suma, as leis de cidadania estabelecem o tipo de cidadãos que uma nação deseja ter e, por assim dizer, definem a identidade nacional, política e constitucional do país (SANMAY, 2020, p.3).

Com efeito, o movimento nacionalista hindu prioriza a identidade religiosa em suas definições de cidadania, na esperança de estabelecer um Estado hindu, ao que as minorias religiosas, especialmente muçulmanos e cristãos, teriam que se conformar. Desde que o governo de Modi chegou ao poder em 2014, e depois reeleito em 2019, grande esforço político tem sido mobilizado para alterar a legislação de cidadania com vistas a cumprir essa ambição Hindutva.

Segundo Prabhash Ranjan (2020), o CAA não se refere tanto à proteção de refugiados hindus perseguidos em três países islâmicos. Trata-se de impulsionar a crença do projeto Hindutva de que a Índia é a terra sagrada e a *pitribhoomi* dos hindus, não dos muçulmanos. Na mesma linha, defende Moitra Sanmay (2020, p. 3, tradução nossa) que uma lei que prioriza explicitamente a concessão da cidadania com base na religião mina os princípios fundantes das leis indianas e representa "um governo com uma forte agenda religioso-nacionalista, que deseja estabelecer uma clara dominação inter-religiosa da maioria".

Além da possibilidade de ser a expressão de um crescente nacionalismo religioso, a negação ou revogação da cidadania pode ser um sinal de alerta para possíveis futuros crimes, incluindo genocídio. Segundo Naomi Kikoler, "a negação e a revogação [da cidadania] podem fazer parte de uma estratégia intencional para criar um "grupo interno" e um "grupo externo", onde o grupo externo não tem direito à mesma proteção nos termos da lei. Isso

também pode contribuir para sua maior marginalização na sociedade, através de sua difamação como o "outro" e remoção da sociedade cotidiana".[10]

Com efeito, embora não haja necessariamente um nexo causal direto, a remoção dos direitos de cidadania pode indicar que os líderes estaduais buscam destacar ou separar uma determinada parte da população para expulsão ou ataque físico. Assim ocorreu na Alemanha durante a primeira metade do século XX. A partir de 1933, os nazistas procuraram usar a lei para reduzir os direitos de judeus e outros grupos "inaceitáveis". Explica Naomi Kikoler (2020):

> Os esforços para criação de uma identidade 'alemã' titular de direito, em contraponto à identidade 'estrangeira' que não eram, foram entrincheirados em setembro de 1935 por duas leis conhecidas como Leis de Nuremberg: a Lei de Cidadania do Reich e a Lei de Proteção de sangue e honra alemães. As leis forneceram a estrutura legal para a perseguição sistemática de judeus na Alemanha e articularam as teorias raciais subjacentes à ideologia nazista. Durante a noite, mais de 500.000 judeus não eram mais alemães, mas eram 'súditos' do estado alemão".

Ao abordar essas questões, impossível não olhar ao retrovisor da história e lembrar do Holocausto nazista, um exemplo de como a negação ou revogação da cidadania com base na identidade étnica ou religiosa pode ajudar a pavimentar uma estrada cujo destino é o genocídio.

5 CONCLUSÕES

Diante do exposto, apresentam-se abaixo algumas proposições conclusivas, que podem ser mobilizadas não somente para o caso indiano, mas na reflexão e julgamento crítico de outros atos normativos e políticas públicas que venham a utilizar critérios ligados à religião dos indivíduos para regular a obtenção ou revogação da cidadania.

Em primeiro lugar, a nova legislação da Índia, como aprovada e publicada, está na contramão de uma tendência conceitual e dogmática de estabelecimento de um paradigma de cidadania assente na pessoalidade, inclusividade, e participação direta do indivíduo nos processos de decisão política, desenvolvimento e promoção social.

[10] A autora considera que o caso atual dos Rohingya é uma ilustração poderosa de como as comunidades enfrentam elevados riscos de genocídio e crimes contra a humanidade como resultado, em parte, da revogação da cidadania. Com efeito, uma lei de 1982 de Bangladesh retirou a cidadania da maioria dos Rohingya e os lançou como estrangeiros em seu próprio país. Essa revogação preparou o terreno para outras políticas discriminatórias que impactaram sua capacidade de trabalhar, viajar e contrair casamento.

Não restam dúvidas que o propósito de proteger os indivíduos e grupos perseguidos seja bem-vindo, em especial no atual contexto ainda marcado por conflitos armados. Contudo, tal objetivo deve ser realizado através de um eficiente sistema nacional de asilo, baseado no princípio da igualdade e não discriminação, e que se aplique a todas as pessoas que precisam de proteção contra perseguição e outras violações dos direitos humanos, sem distinção de raça, religião, origem nacional ou outros motivos.

Por fim, consideramos que a arquitetura normativa e institucional do direito internacional dos direitos humanos tem desafiado, mas ainda não chegou ao ponto de alterar de maneira substancial um paradigma de atribuição de nacionalidade e cidadania governado pela lógica da soberania do Estado. Os tribunais e órgãos internacionais podem ser chamados, num futuro próximo, a desempenhar um papel crucial no controle das medidas nacionais que extrapolem os limites estabelecidos nos tratados internacionais sobre essa matéria.

REFERÊNCIAS

ALLAIN, Jean. The Jus Cogens nature of Non-Refoulement. **International Journal of Refugee Law**, Oxford, v.13, n. 4, p. 533-558, out. 2001.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio; DA SILVEIRA, Vladmir Oliveira. Cidadania e direitos humanos. **Revista Interdisciplinar de Direito**, [S.l.], v. 8, n. 01, p. 87-104, dez. 2011.

CARVALHO RAMOS, André de. Responsabilidade internacional do Estado por violação de Direitos Humanos. **CEJ Brasília**, Brasília, n. 29, p. 53-63, 2005.

CARVALHO, Felipe Augusto Lopes; SANTANA, Uziel. Religious Freedom in Brazil and Latin America, *In*: SAUER, Christof *et al* (eds.). **Freedom of Religion and Christian Mission**, v. 29, Oxford: Regnum Books International, 2015, p. 395-412.

CHANDRACHUD, Abhinav. Secularism and the Citizenship Amendment Act. **SSRN**, 2020, Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3513828>.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova**, São Paulo, n. 28-29, p. 85-106, abr. 1993.

EVANS, Carolyn. **Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights**, Oxford: Oxford University Press, 2003.

EVANS, Malcom. **Religious Liberty and International Law in Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco. **Direito Internacional Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GALVÃO, Vivianny. O direito estatal à suspensão das obrigações do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. **Justiça do Direito**, [S.l.], v. 32, n. 1, p. 27-48, mai. 2018.

GONSALVES, F. Populism and Religious Nationalism in India, **Concilium**, [S.l.], n. 2, p. 26–36, 2019.

HAINES, M.; SARKAR, S. Sticks, Stones, and the Secular Bones of Indian Democracy. **Engaging Science, Technology, and Society**, [S.l.], n. 6, p. 133-141, 2020.

IBRAHIM, Azeem. **USCIRF Hearing on Citizenship Laws and Religious Freedom**, 2020, p.8, Disponível em:<https://www.uscirf.gov/sites/default/files/Azeem%20Ibrahim.pdf>, Acesso em 10 de maio de 2020.

KAPUR, Ratna. **Secularism's Others: The legal regulation of religion and hierarchy of citizenship**. Handbook on Constitutions and Religions, London: Edward Elgar Publishers, 2019.

KIKOLER, Naomi. **USCIRF Hearing on Citizenship Laws and Religious Freedom**, 2020. Disponível em: <https://www.uscirf.gov/sites/default/files/Naomi%20Kikoler.pdf>, Acesso em 10 de maio de 2020.

KINE, Phelim. India's ominous threat to Rohingya Muslim refugees, **Asia Times.** Disponível em: <https://asiatimes.com/2020/01/indias-ominous-threat-to-rohingya-muslim-refugees/>, Acesso em 10 de julho de 2020.

MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional: Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro**, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MARTINS, Ana Maria Guerra. O impacto da COVID 19 nos Direitos Humanos: A resposta da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. **e-Pública**, v. 7, n. 1, p. 153-169, 2020.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MURDOCH, Jim. **Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights**. Council of Europe human rights handbook, Strasbourg, 2012.

MUSTAFA, Faizan. Citizenship Act vis-a-vis Constitution and international law, **New Indian Express**, Disponível em: <https://www.newindianexpress.com/opinions/2020/jan/19/citizenship-act-vis-a-vis-constitution-and-international-law-2091349.html>, Acesso em 01 de abril de 2020.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 1992.

PAULA, Bruna Vieira de. O Princípio do Non-Refoulement, sua natureza Jus Cogens e a Proteção Internacional dos Refugiados. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n.7, p. 51-68, dez. 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**, 6 ed., Salvador: JusPodivm, 2014.

RANJAN, Prabhash. CAA violates international customary law, **Hindutsan Times**¸ 2019. Disponível em: https://www.hindustantimes.com/analysis/caa-violates-international-customary-law-review-it/story-hbo1pEgphben4PgzfrzlJK.html. Acesso em 28 de junho de 2020.

RODRIGUES DA RODA, Arménio Alberto; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Direito internacional público, migrações em massa e constitucionalismo internacional. **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 18-49, jan.-abr., 2020.

SANMAY, Moitra. The Citizenship Amendment Act's Incompatibility with the Indian Constitution, Politics, and International Law. **SSRN**, 2020, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3603842>.

SANTOS JÚNIOR, Aloísio Cristovam dos. **Liberdade Religiosa e Contrato de Trabalho.** Niterói: Impetus, 2013.

SCHIRRMACHER, Thomas. **Fundamentalism**, Bonn: World Evangelical Alliance, 2013.

SCHIRRMACHER, Thomas. Three negative Developments endangering Freedom of Religion and Belief, **Our World,** 2019. Disponível em: https://www.ourworld.co/three-negative-developments-endangering-freedom-of-religion-and-belief/. Acesso em 09 de março de 2019.

SHAH, Amit. Amit Shah On CAA: "Won't Result In Minorities Losing Their Citizenship". **NDTV**, Disponível em: <https://www.ndtv.com/india-news/amit-shah-on-caa-wont-result-in-minorities-losing-their-citizenship-2187277>. Acesso em 21 de maio de 2020.

SHANKAR, Soumya. India's citizenship law, in tandem with national registry, could make bjp's discriminatory targeting of muslims easier, **The Intercept**, 2020. Disponível em: https://theintercept.com/2020/01/30/india-citizenship-act-caa-nrc-assam/. Acesso em 21 de maio de 2020

SHARMA, Chetna. Citizenship Amendment Bill 2016: continuities and contestations with special reference to politics in Assam, India. **Asian Ethnicity**, [S.l.], v. 20, n. 4, p. 522-540, 2019.

TOLFO, Andreia Cadore. Direitos Humanos e a construção da cidadania. **Vivências**, [S.l.], v. 9, n. 17, p. 33-43, out. 2013.

TRIGG, Roger. **Equality, Freedom and Religion**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VEIGA, Paula. Cidadania: Cambiante de um conceito e suas incidências Politico-Constitucionais. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, Coimbra, v. 82, p. 391–414, 2006.

VEIGA, Paula. Direito de sufrágio activo de estrangeiros legalmente residentes: dicotomia schmittiana, universalismo kantiano ou inclusividade?. **Revista Populus - Revista Jurídica da Escola Judiciária Eleitoral da Bahia**, Salvador, n. 3, p. 15-37, nov. 2017.

VANAIK, Achin. A Dangerous Assault on India's Secular Democracy. **Berkley Center for Religion, Peace & World Affairs**, 2020. Disponível em: https://berkleycenter.georgetown.edu/responses/a-dangerous-assault-on-india-s-secular-democracy. Acesso em 11 de março de 2020.

WEIWEI, Lei. **Equality and Non-Discrimination under International Human Rights Law**. Norwegian Centre for Human Rights, Norway, 2004.

Submissão em 12/08/2020 / Aceito em 01/12/2020