

**VII ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

LEONEL SEVERO ROCHA

MARCELO TOFFANO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Leonel Severo Rocha; Marcelo Toffano – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-901-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI
FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS
ALBERTO WARAT

Apresentação

TEXTO DE APRESENTAÇÃO - GT FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 25 de junho de 2024, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores, Leonel Severo Rocha, José Alcebíades de Oliveira Júnior e Marcelo Toffano que envolveu vinte cinco artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, demonstraram a importância da visão hermenêutica nos mais variados temas da contemporaneidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela atual sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, é de autoria de David Goncalves Menezes e Adriana Ferreira Pereira, cuja temática é a seguinte: “A CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A ESCALADA DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL: UM DIÁLOGO ENTRE HEIDEGGER, GADAMER E ISAIAS BERLIN”. A pesquisa tem como objetivo investigar correspondências entre os pensamentos de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e a proposta de Isaiah Berlin como referenciais às construções de valores em sociedades que, simbolizam determinadas concepções, atribuindo sentidos aos seus modos de convivência, demonstrando-se, ao final, que a proposta de proteção do meio ambiente surge em decorrência de determinada situação histórica que as sociedades se encontram, não dispostas em sua plenitude às sociedades pretéritas, razão pela qual a genealogia de valores, essas construções sociolinguísticas, são situadas no tempo-espaço, não sendo diferente com o Direito Ambiental. Contudo, mesmo diante dessa valoração intrínseca da natureza, permanece o problema de sua degradação.

“A INTERAÇÃO ENTRE PATRIMÔNIO CULTURAL E A FILOSOFIA DE HEIDEGGER: UMA REFLEXÃO SOBRE IDENTIDADE, MEMÓRIA E

POSSIBILIDADES DE SER”, de autoria de Priscila Kutne Armelin e Jussara Schmitt Sandri, tem o propósito de apresentar, uma análise, da interação entre o conceito de patrimônio cultural, conforme definido no artigo 216 da Constituição Federal, e a filosofia de Martin Heidegger, especialmente sua obra "Ser e Tempo". O objetivo é investigar como o patrimônio cultural, ao abordar a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos sociais, estabelece uma conexão entre o passado e o futuro, atuando como um processo de ativação da memória coletiva no presente.

Fernando Rodrigues de Almeida e Helber ribeiro Araújo, apresentaram o artigo “A NATUREZA DINÂMICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: EM DEFESA DE UMA ANÁLISE GENEALÓGICA”. Este trabalho aborda um estudo acerca da complexidade dos direitos da personalidade com o objetivo de problematizar a natureza dinâmica desses direitos, focando na interação entre conceitos de direito e personalidade além das estruturas de poder e conhecimento que os influenciam. Realizou-se um estudo acerca do problema central que é a estrutura paradoxal de natureza dos direitos da personalidade e conseqüentemente uma necessidade de uma genealogia como forma de investigação desses direitos, de forma que sejam observados fora de um tempo mecânico, mas sim a partir de estruturas de poder-saber.

“A PERCEPÇÃO DE DIREITOS COMO ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR INOVADORA DO CONHECIMENTO JURÍDICO VOLTADO À DEMOCRACIA”, é de autoria de Julia Mattei e Gabriela Souza da Mota, que realizaram uma investigação sobre como a pesquisa de percepção de direitos pode contribuir para a construção do conhecimento jurídico alinhado aos ideais democráticos.

“A SENDA DO PARADOXO DAS MÃES DE HAIA E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE UM NOVO DIREITO INTERCULTURAL SOB O VIÉS DO DIREITO REFLEXIVO TEUBNERIANO”, cujas autores são Magda Helena Fernandes Medina Pereira e Leonel Severo Rocha, analisam os aspectos jurídicos transnacionais que envolvem a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade, e, de forma específica, as singularidades sociais e jurídicas que permeiam o paradoxo de mães de Haia brasileiras (vítimas de violência doméstica no exterior e sujeitas a serem criminalizadas como “sequestradoras” dos próprios filhos), bem como, sob o viés do Direito Reflexivo de Teubner, a (im)possibilidade de constituição de um novo Direito Intercultural.

Luciana dos Santos Lima e Dennys Damião Rodrigues Albino, desenvolveram um estudo sobre “A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE DWORKIN E O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO”. Seu objetivo, foi analisar a relação dos precedentes

com a teoria do Direito como integridade criada por Dworkin, passando por algumas considerações acerca da integridade que decorre da Constituição Federal de 1988. Pretendeu-se evidenciar a integridade existente no sistema jurídico brasileiro como consequência da ordem constitucional vigente, expor a teoria do Direito como integridade defendida por Dworkin e discutir a relação entre o sistema de precedentes brasileiro e a ideia de integridade do Direito a partir da teoria construída por Dworkin.

“A VERDADE E O RELATOR VENCEDOR: ASPECTOS DE UMA POSSÍVEL HERMENÊUTICA-RETÓRICA JURÍDICA VALORATIVA”, apresentado pelas autoras, Juan Pablo Ferreira Gomes, aborda uma investigação sobre a suposta crise experimentada na hermenêutica jurídica em face das mudanças paradigmáticas trazidas pela viragem ontológico-linguística proposta por Heidegger e Gadamer respectivamente

Leonel Severo Rocha e Bianca Neves de Oliveira apresentaram o trabalho “ACOPLAMENTO OPERACIONAL E CONFLITOS INTERSISTÊMICOS: ENTRE O TRANSDISCIPLINAR E O SISTÊMICO EM LUHMANN E TEUBNER”, que tem o intuito apresentar um estudo sobre A teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann. Desta maneira, enfrenta-se o problema da transdisciplinaridade, por meio de conceitos como o de acoplamento estrutural, examinando os eventos sociais conforme se apresentam em um contexto específico de análise. O objetivo desta comunicação, portanto, é relacionar estas noções com a ideia de conflitos intersistêmicos de Gunther Gunther Teubner.

“ACÓRDÃOS DO STF E OS CONFLITOS SOBRE A DISPENSA OU NÃO DO ADVOGADO: CONTRIBUIÇÃO PARA PERSPECTIVAS DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA”, foi o trabalho demonstrado por seus autores, Luciano Mamede De Freitas Junior, Jose Claudio Pavão Santana e Alan Rodrigo Ribeiro De Castro. A pesquisa teve como objetivo, analisar compreender no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) os conflitos sobre a dispensa ou não do advogado nos processos jurídicos e as perspectivas das instituições do sistema de justiça do Brasil.

“DOS BENS COMUNS AO ‘COMUM’: UM DIÁLOGO ENTRE UGO MATTEI E ANTONIO NEGRI” é o trabalho de Tricieli Radaelli Fernandes e Fernando Hoffmam, que desenvolveram um estudo em torno das categorias, bem comum e “comum” a partir das teorias de Ugo Mattei e Antonio Negri. A pesquisa propõe um diálogo entre os dois autores, em busca de uma categoria de bens que se coloca entre o público e o privado. A proposta é repensar a dicotomia público/privado, resultando-se de que há a necessidade de constituir um “regime comum dos bens”.

Henrique Ribeiro Cardoso , André Felipe Santos de Souza e Ellen Tayanne Santos Copeland De Sá, são os autores do trabalho, “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS ABERTAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO: A HERMENÊUTICA GARANTISTA COMO BALIZADORA DA DISCRICIONARIEDADE ESTATAL”, que possui o propósito de estudar o poder discricionário da administração pública, cujo campo é alargado pela profusão de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas no âmbito do direito administrativo, impondo-se assim, a necessidade de construção de uma hermenêutica de inspiração garantista que busque balizar a atuação discricionária dos agentes públicos.

Richiele Soares Abade, apresentou artigo tratando da temática “CONEXÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA: UMA ANÁLISE À LUZ DA FILOSOFIA DE RICOEUR”, onde se apresenta a contribuição de Paul Ricoeur para entender da justiça e sua relevância na concretização dos Direitos Humanos. O referido autor leciona que justiça está intrinsecamente ligada às normas morais e pode ser entendida através de uma estudo em conjunto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

“DA LIBERDADE DOS MODERNOS COMPARADA À LIBERDADE DOS CONTEMPORÂNEOS” de autoria de Guilherme Borges Cilião e Clodomiro José Bannwart Júnior, tem por pressuposto, realizar um estudo dialético-comparativo do texto 'Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos', de autoria de Benjamin Constant, que ampara o conceito de liberdade na obediência apenas às leis, com textos de teorias contemporâneas do direito.

Aline Trindade do Nascimento e João Martins Bertaso, apresentaram o trabalho com o tema “DEMOCRACIA E ECO-CIDADANIA EM LUIS ALBERTO WARAT”, em que analisam, dentre vários aspectos, a democracia e a eco-cidadania a partir da teoria de Luís Alberto Warat. Para o referido autor, Democracia é lugar de autonomia, demandando o desenvolvimento de impulsos de vida e das necessidades afetivas. Também é preciso ecologizar o conceito de cidadania, percebendo-a como cuidado frente aos poderes que fundamentam a exploração e a alienação, como a possibilidade de algo mais digno para a vida em sociedade. A eco-cidadania é um trabalho cartográfico sobre o desejo, relacionando-se com todas as formas de viver, com a vontade de criar, de amar e de inventar uma outra sociedade.

“DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA: PERSPECTIVAS SOBRE O PATRIARCADO, O CONTRATO SEXUAL E O MITO DE MEDUSA”, é o tema da pesquisa de Felipe Rosa Müller , Jacson Gross e Paula Pinhal de Carlos, cujo intuito de estudar como o patriarcado

influencia o acesso à justiça, explorando o contrato social, o Mito de Medusa e conceitos filosóficos antigos. A fundamentação teórica examina as estruturas patriarcais presentes no contrato social, as narrativas culturais que marginalizam as mulheres e as contribuições da filosofia antiga para reflexão das questões de gênero. Constatam a urgência de superar as desigualdades de gênero e criar um ambiente onde todos tenham acesso equitativo à justiça.

Luiz Carlos dos Santos Junior e Ana Maria Viola De Sousa, desenvolveram um trabalho acerca do “DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE: A EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DA CONDIÇÃO DE AGENTE EM AMARTYA SEN E AS PERSPECTIVAS DE JUSTIÇA”. A referida pesquisa infere-se no propósito de aprofundar a reflexão sobre a relevância da educação como um processo essencial para o avanço social, especialmente sob a ótica de Amartya Sen, destacando as capacidades individuais na busca pela realização das liberdades.

Vinicius de Negreiros Calado, apresentou o artigo, “DISCURSO JURÍDICO E PODER: APROXIMAÇÕES ENTRE WARAT E BOURDIEU”, que busca apresentar uma análise sobre o discurso jurídico como um espaço institucional, enfatizando sua capacidade de descontextualizar e negar a subjetividade do outro sob critérios universais. É discutida a relação entre habitus e campo jurídico (Bourdieu), onde o primeiro é um conhecimento adquirido e um capital, enquanto o segundo detém o monopólio de dizer o direito. O discurso jurídico, pretendendo neutralidade, é transformado em fala política (Warat), sendo reconhecido como legítimo em função da racionalização jurídica que o torna eficaz, embora ignore seu conteúdo arbitrário.

“ÉTICA E POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO DE DADOS: UMA ANÁLISE DO FUNDAMENTO ÉTICO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS”, da autora, Débora Alves Abrantes, tem como propósito analisar influência da ética na política pública de tratamento de dados, fundamental para garantir a proteção dos direitos individuais e a confiança na gestão de informações sensíveis. Verifica-se também que movimentos sociais e debates éticos podem levar à reforma ou criação de novas leis para refletir valores emergentes, como é o caso da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, elaborada em um contexto de avanço tecnológico e crescente coleta e processamento de informações.

Os autores, Cibele Faustino de Sousa, Emerson Vasconcelos Mendes e Renata Albuquerque Lima, apresentaram um artigo intitulado “HERMENÊUTICA, DEMOCRACIA E SEGURANÇA JURÍDICA”, cujo objetivo é analisar as decisões judiciais sob o novo Código

de Processo Civil, abordando-se a importância dessas decisões dos juízes através da análise de provas, destacando a construção do Direito brasileiro. A hermenêutica é fator fundamental para elaboração das decisões, destacando-se sobretudo a segurança jurídica.

“INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO COMO LITERATURA EM DWORKIN: A IMPORTÂNCIA DO ASSASSINO CORRETO”, foi o trabalho apresentado por Mario Cesar da Silva Andrade, que teve como propósito, analisar a concepção de Ronald Dworkin da aplicação do Direito a partir dos paralelos entre Direito e Literatura. A partir das semelhanças entre a hermenêutica jurídica e a interpretação literária, Dworkin se opõe a tese positivista do poder discricionário judicial diante de casos difíceis, defendendo a construção da decisão judicial como uma tarefa criativa ou construtiva, mas substancialmente conformada pelas razões de equidade que asseguram a coerência das boas práticas da história institucional da comunidade, as quais permitem, inclusive, a identificação de eventuais erros institucionais.

Renata Albuquerque Lima, Thammy Islamy Carlos Brito e Emerson Vasconcelos Mendes, apresentaram um artigo intitulado “LEGAL DESIGN E A ANÁLISE DA LEI 18.246/2022 – POLÍTICA ESTADUAL DE LINGUAGEM SIMPLES DO ESTADO DO CEARÁ: UM PROPÓSITO HERMENÊUTICO”, no qual observam a importância e o papel decisório das ferramentas de Legal Design na promoção do acesso jurisdicional brasileiro a fim de estabelecer uma linguagem mais simplificada e inteligível. Desprendido do rigor técnico, o modelo interpretativo de pré-cognição da prática decisória está alicerçado nas definições de Hermenêutica Contemporânea, que tem reconhecido novas formas de linguagens, como o Visual Law, para o fortalecimento da dignidade da pessoa humana, das garantias constitucionais e da celeridade processual como meio de efetividade da Justiça.

“O DIREITO NATURAL COMO ANTESSALA PARA O JUSPOSITIVISMO” foi o trabalho apresentado por Dayane Cavalcante Teixeira, Aline Marques Fidelis e Luciano de Almeida Pereira, que teve como enfoque uma revisão teórica sobre a temática envolvendo a relação entre o direito natural e o juspositivismo. Analisaram historicamente as duas correntes e seus maiores pensadores, procurando construir por meio da interpretação uma linguagem coerente, indicando resultado sistêmico. Pretendeu-se demonstrar que uma teoria, por mais coerente e estruturada que seja, não é capaz de explicar todos os fenômenos jurídicos pertencentes ao direito. Mais ainda, que uma é suporte da outra, quer assim seja dispensável.

As autoras, Liège Novaes Marques Nogueira e Carolina Silvestre, dissertaram sobre o tema “O LEGADO KANTIANO RECEPCIONADO POR HANS KELSEN À LUZ DOS

QUADRINHOS PUROS DO DIREITO DE LUÍS ALBERTO WARAT”, com o seguinte propósito de expor acerca da recepção por parte de Hans Kelsen do trabalho de Immanuel Kant, a respeito das teorias do conhecimento. O estudo vem ilustrado pelos quadrinhos puros do direito, obra de Luís Alberto Warat que demonstra de forma muito conveniente o contexto e a forma como a Teoria Pura do Direito foi sendo construída por Hans Kelsen e demonstra, de forma inteligente quais entraves foram enfrentados pelo filósofo.

“O PODER DISCIPLINAR NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR SOB A PERSPECTIVA FOUCAULTIANA DO PODER DISCIPLINAR E SEUS DISPOSITIVOS” foi o recorte do trabalho apresentado pelos autores, Ricardo Manoel de Oliveira Morais , Bruna Soares Novais, que teve a intenção de compreender o exercício do poder diretivo do empregador sob a perspectiva Foucaultiana de poder disciplinar e seus dispositivos. Foi feita uma análise acerca da relação da disciplina com o poder diretivo do empregador, através da análise de casos controvertidos na jurisprudência trabalhista.

Juan Pablo Ferreira Gomes, desenvolveu um trabalho intitulado “O ÚLTIMO HOMEM EM NIETZSCHE: VERDADE, DIREITO E MECANISMOS DE DISSUAÇÃO”, cujo objetivo foi investigar a relação entre verdade, valor, prova e poder a partir da perspectiva da teoria do direito, aproximando a arqueologia discursiva do inquérito, ou “política da verdade”, proposta por Michel Foucault, em articulação com os materiais teóricos-discursivos acerca da noção de verdade e poder na obra de Nietzsche e os atuais mecanismos de dissuasão do conflito-litígio, bem como suas estratégias de obtenção (im)possível da verdade.

E por fim, apresenta-se o artigo “RECONHECIMENTO DA NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITOS: UMA NOVA ABORDAGEM NORMATIVA SOB A ÉTICA AMBIENTAL”, de autoria de Glaucia Maria de Araújo Ribeiro e Viviane da Silva Ribeiro, que apresentaram uma análise da correspondência do ordenamento jurídico brasileiro ao paradigma do novo constitucionalismo presente na América do Sul, notadamente, no Equador e Bolívia, delimitando-se a abordagem à possibilidade de interpretação do normativo pátrio sob uma nova ética ambiental.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul e
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Dr. Marcelo Toffano – Faculdade de Direito de Franca (FDF)

A SENDA DO PARADOXO DAS MÃES DE HAIA E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE UM NOVO DIREITO INTERCULTURAL SOB O VIÉS DO DIREITO REFLEXIVO TEUBNERIANO

THE PATH OF THE PARADOX OF THE HAGUE MOTHERS AND THE (IM) POSSIBILITY OF PRODUCTION OF A NEW INTERCULTURAL LAW UNDER THE BIAS OF TEUBNERIAN REFLECTIVE LAW

Magda Helena Fernandes Medina Pereira ¹
Leonel Severo Rocha ²

Resumo

A sociedade contemporânea globalizada, em constante movimento migratório, está imersa em relações interculturais complexas, que repercutem em desdobramentos semânticos, contingentes e sistêmicos. Nesse contexto, surgiu perfil familiar transfronteiriço constituído por cônjuges de diferentes nacionalidades. Devido à apontada hipercomplexidade, não raro ocorrerem conflitos que ecoam na prole, a exemplo da subtração interparental internacional de crianças por parte de um dos genitores. Tal ato, ante à “Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças”, é considerado ilícito, e, devido a preceitos penais de vários de seus Estados-membros, é passível de criminalização. Assim sendo, objetiva-se analisar os aspectos jurídicos transnacionais que envolvem a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade, e, de forma específica, as singularidades sociais e jurídicas que permeiam o paradoxo de mães de Haia brasileiras (vítimas de violência doméstica no exterior e sujeitas a serem criminalizadas como “sequestradoras” dos próprios filhos), bem como, sob o viés do Direito Reflexivo de Teubner, a (im)possibilidade de constituição de um novo Direito Intercultural. Apresenta-se como questionamento norteador, os aspectos jurídicos pertinentes à subtração interparental internacional ilícita de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade, sob a ótica do Direito Reflexivo, (im)possibilitam a produção de um novo Direito Intercultural? Por fim, inicialmente, conclui-se que, sob o viés do Direito Reflexivo de Teubner, há a possibilidade de um novo Direito Intercultural que proporcione o equacionamento de lacunas jurídicas hipercomplexas, a exemplo do paradoxo das mães de Haia.

Palavras-chave: Convenção de haia de 1980, Mães de haia, Direito reflexivo de teubner, Direito intercultural

¹ Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Santo Ângelo, RS. Advogada. CV: <http://lattes.cnpq.br/4976722797820235>.

² Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela Universita degli Studi di Lecce (Itália), Doutor pela École des Hautes Études en Sciences Sociales de Paris (1989). Bolsista produtividade do CNPq. E-mail: leonel@unisinos.br

Abstract/Resumen/Résumé

The globalized contemporary society, in constant migratory movement, is immersed in complex intercultural relations, which have repercussions in semantic, contingent and systemic developments. In this context, a cross-border family profile consisting of spouses of different nationalities emerged. Due to the pointed hypercomplexity, conflicts often occur that echo in the offspring, such as the international interparental subtraction of children by one of the parents. This act, before the "Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction", is considered unlawful, and, due to criminal precepts of several of its member states, is liable to criminalization. Thus, the objective is to analyze the transnational legal aspects that involve the illicit international subtraction of children and adolescents up to 15 years of age, and, specifically, the social and legal singularities that permeate the paradox of Brazilian Hague mothers (victims of domestic violence abroad and subject to be criminalized as "kidnappers" of their own children), as well as, under the bias of Teubner's Reflective Law, the (im)possibility of constitution of a new Intercultural Law. It is presented as a guiding question, the legal aspects relevant to the illegal international interparental subtraction of children and adolescents up to 15 years of age, from the perspective of Reflective Law, (im)enable the production of a new Intercultural Law? Finally, initially, it is concluded that, under the bias of Teubner's Reflective Law, there is the possibility of a new Intercultural Law that provides the equation of hypercomplex legal gaps, such as the paradox of the Hague mothers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: 1980 hague convention, Mothers from the hague, Teubner's reflective law, Intercultural law

1. INTRODUÇÃO

A geografia espacial mundial desenhada por um constante movimento migratório, propiciado pelo fenômeno da globalização com seus reflexos econômicos e interpessoais (entre outros), proporciona à sociedade contemporânea intra e inter-relações multiculturais complexas, as quais repercutem em desdobramentos semânticos, contingentes e sistêmicos. Ampliam-se uniões entre pessoas de diferentes nacionalidades, que têm seus núcleos familiares localizados em diversos países. Eis que nesse contexto, originam-se as famílias transfronteiriças.

Tal perfil familiar *sui generis* tem como características ser constituído por cônjuges de diferentes nacionalidades (múltiplas culturas) e extrapolar limites territoriais, entre outras peculiaridades. Sob outro viés, ante a complexidade e a peculiaridade da coexistência intercultural, não raro no seio das famílias transfronteiriças ocorrerem tensões entre o casal que repercutem nos filhos. Nessas situações, caso ocorra algum tipo de ilicitude, faz-se necessário dispor do Direito Internacional e da cooperação entre Estados.

No inculpidado cenário, encontra-se a subtração interparental internacional de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade, que ocorre quando um dos cônjuges, inebriado por conflitos de diversas ordens, retorna com o(a) filho(a) geralmente para seu país de origem sem a autorização do outro genitor, permanecendo no local por tempo indeterminado. Tal conduta, ao privar a criança ou adolescente da convivência com o pai ou a mãe e de impedir que o(a) filho(a) retorne a sua residência habitual, configura “sequestro” internacional interparental.

À vista disso, a relevância do presente trabalho encontra-se no estudo do Direito com perspectiva pragmático-sistêmica (concepção de Leonel Severo Rocha), que abrange o pluralismo jurídico, a polissemia social e, por conseguinte, a interface entre Direito e Sociologia. Tal visão faz-se pertinente em razão das crescentes incertezas e complexidade das inter-relações da sociedade contemporânea do século XXI e a imprescindibilidade de o Direito observar e reagir a essas dinâmicas sociais da atualidade.

A presente pesquisa tem como tema os aspectos sociais e jurídicos transnacionais que envolvem a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade. Apresenta-se como recorte temático as singularidades sociais e jurídicas da subtração interparental internacional de crianças, no âmbito das mães de Haia brasileiras, e, sob o viés do Direito Reflexivo de Teubner, a (im)possibilidade de constituição de um novo Direito Intercultural.

Procura-se responder a seguinte indagação: os aspectos jurídicos pertinentes à subtração interparental internacional ilícita de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade, sob a ótica do Direito Reflexivo, (im)possibilitam a produção de um novo Direito Intercultural? Inicialmente, acredita-se que é possível perceber o Direito de forma reflexiva (sistêmica), que admite a policontextualidade jurídica, a complexidade e a polissemia dos discursos sociais, capaz de produzir um novo Direito Intercultural.

Tem-se como objetivo geral analisar os aspectos jurídicos transnacionais que envolvem a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade. Como objetivos específicos, apresentar os pressupostos das famílias transfronteiriças, os preceitos da “Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças” e o paradoxo social e jurídico das mães de Haia. Por fim, analisar e inter-relacionar os preceitos legais vinculados ao tema, sob o viés do Direito Reflexivo de Gunther Teubner para verificar a (im)possibilidade da produção de um novo Direito Intercultural.

Ante o exposto, no primeiro capítulo, apresenta-se os pressupostos das famílias transfronteiriças, os preceitos da “Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças”. Em segundo momento, expõe-se a senda da ambivalência das mães de Haia, vítimas de violência doméstica e subtratoras dos próprios filhos. Por fim, explana-se sobre os aspectos cíveis da subtração internacional ilícita de crianças sob o viés do Direito Reflexivo teubriano e a (im)possibilidade de ser produzido um novo Direito Intercultural.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 A FAMÍLIA TRANSFRONTEIRIÇA E O CERCEAMENTO DO DIREITO DE GUARDA OU DE VISITAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Delineada pelo ensejo de ampliar possibilidades profissionais, vivenciais e de relacionamentos, a sociedade contemporânea globalizada em seu constante movimento migratório, oportunizado pelo fenômeno da globalização e da expansão das redes sociais, desenha novos contornos geográficos mundiais. Nesse contexto de compartilhamento de espaços comuns entre pessoas de diversas nacionalidades, torna-se natural a existência de inter-relações multiculturais e, por conseguinte, o surgimento de uniões peculiares, as quais moldam novo perfil familiar.

Sob esse prisma, os “[...] aspectos intra, inter e transculturais [...]”, os quais apresentam “[...] desdobramentos semânticos [...]” como pressupostos, desenham um retrato da “[...]”

cartografia das comunidades. Ante os mencionados desdobramentos, faz-se pertinente visão polissêmica que indique “[...] a diversidade e a pluralidade das identidades culturais que tensionam os novos cenários sociais e que estão a demandar conviveres ontológicos novos.” (BERTASO; ROCHA, 2017, p. 206).

Nesse diapasão, sob a perspectiva de Ulrich Beck (2012), diversas formas familiares constituem uma ‘[...] realidade social do século XXI [...]’. Famílias oriundas de vínculos amorosos entre pessoas que residem em diferentes Estados e, não raro, em continentes diversos, as quais ‘[...] convivem além das fronteiras (nacionais, religiosas, culturais, étnicas [...])’. (BECK apud ROCHA; OLIVEIRA, 2015, p. 235). À vista disso, em tal cenário e perfil familiar *sui generis*.

As famílias transfronteiriças, imersas em contexto intercultural, enfrentam, não raro, tensões que repercutem em conflitos peculiares. A subtração ilícita internacional de crianças e adolescentes é uma dessas questões. Ela se configura quando um dos cônjuges, sem a anuência do outro, viaja com o(a) filho(a) para, geralmente, o seu país de origem, privando-o(a) da convivência com o pai ou a mãe e impedindo que o(a) filho(a) retorne a sua residência habitual. A apontada conduta pode ser considerada como “sequestro” internacional de criança.

Tal modo ilícito de agir pode ser motivado por sentimento de insegurança, em razão do temor da pessoa subtratora (pai ou mãe) em perder a guarda do(a) filho(a) ou de ser inviabilizado o retorno ao seu país de origem com a criança. Outrossim, em casos que ocorrem alienação parental, poder ser uma forma de atingir o cônjuge abandonado. Porém, a mencionada conduta pode acarretar grave ônus psicológico para a criança/adolescente. (ZAGANELLI; REIS; PARENTE, 2018, p. 203).

Em face do delineado cenário de transferência ilícita, resta impossibilitada a convivência com um dos genitores e, conseqüentemente, com o respectivo núcleo familiar, além de ser inviabilizada a possibilidade de efetivar a guarda compartilhada. À vista disso, o(a) genitor(a) prejudicado(a), socorre-se na colaboração jurídica internacional, sendo nesses casos acionada a “Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças” (Convenção de Haia de 1980).

O aludido tratado internacional, assinado em 25 de outubro de 1980, que conta com mais de 70 países signatários, restou internalizado no ordenamento jurídico pátrio, através da promulgação do Decreto n.º 3.413/2000. A Convenção de Haia de 1980 assegura o retorno imediato para as suas residências habituais, nos casos que envolvam crianças com idade de até 15 anos, as quais tenham sido ilegalmente subtraídas e/ou retidas em qualquer um dos Estados contratantes.

Insta salientar que, embora o legislador brasileiro tenha adotado a tradução de “Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction” como “Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças”, não há vinculação do termo “sequestro” com o tipo penal previsto no art. 148 do Código Penal brasileiro. A expressão vinculada ao mencionado tratado internacional abarca o deslocamento (subtração) e/ou retenção ilícita de crianças de suas residências habituais para outros Estados.

Outrossim, ressalta-se que na Convenção de Haia de 1980 é considerada como “criança” a faixa etária até 15 anos de idade, conforme preceitua o art. 4º do aludido Diploma Legal. Entretanto, no ordenamento pátrio, a Lei nº 8.069 de 1990, “Estatuto da Criança e do Adolescente”, em seus preceitos concebe criança como “[...] a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (BRASIL, 1990).

Sob um outro prisma, a Convenção de Haia de 1980 e a cooperação internacional, a fim de minimizar malefícios psicológicos causados pela abrupta ruptura familiar e uma possível alienação parental, além de buscar o melhor interesse da criança, empreendem esforços junto aos Estados-membros envolvidos na subtração ilícita internacional para ocorrer brevemente o retorno da criança ou adolescente para a sua residência habitual e serem garantidos os seus direitos fundamentais, tais como os elencados no art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Todavia, embora o mencionado acordo internacional ter sido concebido para tratar tais casos, desde 1980 até a atualidade, houve relevante mudança no perfil da conduta interpaparental que passou, em massiva maioria dos casos, de subtratores (pais) para subtratoras (mães), as quais apresentam como principal fator motivador da prática ilícita a violência doméstica no exterior causada pelos pais de seus filhos.

Tais circunstâncias, não previstas nos preceitos da Convenção de Haia de 1980, podem ocasionar a separação dessas mães subtratoras (por prática de ato ilícito) em relação aos filhos subtraídos. Além disso, em face da previsão legal do Direito Penal de diversos Estados signatários da Convenção de Haia, elas podem ser criminalizadas como “sequestradoras” internacionais dos próprios filhos. Isso posto, passa-se a abordagem sobre o paradoxo que envolve as mães de Haia.

2.2 NA SENDA DA AMBIVALÊNCIA DAS MÃES DE HAIA: A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO EXTERIOR VINCULADA À SUBTRAÇÃO INTERPARENTAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Em que pese parecer ser contraditório uma mãe ser criminalizada por “sequestrar” o próprio filho, ante a preceitos criminais de Estados-membros da Convenção de Haia, a exemplo

dos Estados Unidos da América e a França, há essa possibilidade. Tem-se na mídia, na atualidade, casos em que diversas genitoras, interpretadas como sequestradoras internacionais de seus filhos, são surpreendidas com processos no exterior. No esboçado cenário lúgubre, encontram-se várias brasileiras, que no afã de romperem com relações abusivas no exterior e encontrarem apoio de seus núcleos familiares, retornam ao Brasil.

Sob esse enfoque, é conhecida a “[...] inépcia do texto da Convenção da Haia para os casos que envolvem violência doméstica [...]”, sendo “[...] tema já debatido em reuniões [...] sobre a aplicação dessa convenção.” (MELO; JORGE, 2021, p. 236). Em razão da apontada lacuna, ainda que as genitoras tenham fugido com seus filhos para romper com relacionamentos abusivos e a violência doméstica no exterior, tal contexto não impede de serem criminalizadas por “sequestro” das próprias crianças.

No âmbito da realidade brasileira, em um lapso temporal de 19 meses, consoante “[...] decisões proferidas entre 01/01/2017 e 30/08/2018 [...]”, em “[...] 44 processos analisados, 88% deles possuem a mãe como a genitora abduutora”. Além disso, dos “[...] 44 processos analisados, em 19 deles observou-se que a violência doméstica familiar perpetuada contra a criança ou contra a mãe constitui causa de alegação do genitor abductor para não devolução da criança [...]”. (MELO; JORGE, 2021, p. 242).

Frisa-se, quanto aos dados supramencionados, que, em quase a totalidade dos casos brasileiros, a genitora é a subtratora da criança ou adolescente com até 15 anos de idade. Desse cômputo, em torno de 50% dos casos, a motivação alegada para a transferência ou retenção ilícitas foi a existência de “[...] violência doméstica familiar [...]”. (MELO; JORGE, 2021, p. 242). Dessa forma, resta evidenciado que, ante a inépcia textual da Convenção de Haia de 1980, o perfil dos casos não coaduna com o contexto que existia na época da elaboração do referido tratado.

Em tal cenário, em razão dos preceitos do art. 12 da Convenção de Haia de 1980, que estabelece o retorno imediato da criança subtraída a sua residência habitual, as mães são separadas de seus filhos

Artigo 12

Quando uma criança tiver sido ilicitamente transferida ou retida nos termos do Artigo 3 e tenha decorrido um período de menos de 1 ano entre a data da transferência ou da retenção indevidas e a data do início do processo perante a autoridade judicial ou administrativa do Estado Contratante onde a criança se encontrar, a autoridade respectiva deverá ordenar o retorno imediato da criança. [...] (Brasil, 2000).

Vislumbra-se que, ao ser acionada a cooperação internacional e, por conseguinte a Convenção de Haia, pelo genitor considerado como prejudicado, se torna imperativo ao Estado signatário providenciar para que a criança subtraída retorne de imediato ao país de sua residência habitual (ao seu *status quo*). Porém há previsão de exceção “[...] quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio”, conforme dispõe o art. 12 do aludido tratado internacional. (Brasil, 2000). Ressalta-se que, na aplicação da Convenção, há relativização de tal preceito.

Outrossim, pertinente às exceções, o art. 13 prevê que o Estado-membro requerido não está obrigado a determinar o retorno imediato da criança, quando comprovado

Artigo 13

[...]

a) que a pessoa, instituição ou organismo que tinha a seu cuidado a pessoa da criança não exercia efetivamente o direito de guarda na época da transferência ou da retenção, ou que havia consentido ou concordado posteriormente com esta transferência ou retenção; ou

b) que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável. [...] (Brasil, 2000).

Frisa-se, relativo às exceções previstas nos arts. 12 e 13, quanto à violência doméstica sofrida pelas genitoras, que inexistem qualquer dispositivo que obstaculize o retorno imediato da criança/adolescente subtraída(o) para o país de sua residência habitual. Portanto, as mães de Haia, além de serem vítimas de violência doméstica ocasionadas por seus cônjuges (genitores das crianças), sofrem o ônus de serem afastadas de sua prole, devido à lacuna do texto da mencionada Convenção nesse sentido.

Ressalta-se que, além do ônus do afastamento da prole, em razão de pressupostos legais do Direito Penal de vários Estados-membros da Convenção de Haia de 1980, tais genitoras estão sujeitas a serem consideradas “sequestradoras” internacionais dos próprios filhos e, por conseguinte, sofrerem punições no âmbito criminal.

Pertinente à conjuntura das mães de Haia brasileiras, ao serem analisadas decisões de 11 casos, que apresentam a genitora como subtratora e vítima de violência doméstica, foi verificado que somente em 1 caso a apontada violência impediu a devolução da criança. (MELO; JORGE, 2021, p. 243). Em sendo assim, resta demonstrado, quanto à aplicação da Convenção de Haia, que a violência doméstica, não é relevante para ser considerada como

exceção ao princípio do regresso imediato da criança, sequer para evitar que as mães sejam criminalizadas.

Depreende-se que, devido à aludida inépcia, embora a Convenção de Haia seja mecanismo jurídico relevante para garantir os direitos fundamentais das crianças subtraídas, devido a ter estagnado juridicamente no contexto de 1980, não está sendo eficaz no âmbito da violência de gênero. Pode-se dizer, dessa forma, que não foi abarcada a realidade sistêmica da sociedade contemporânea globalizada com sua vivência intercultural carregada de peculiares contingências e aspecto polissêmico. Dito isso, passa-se à análise do apontado paradoxo jurídico à luz do Direito Reflexivo.

2.3 ASPECTOS JURÍDICOS DO DESLOCAMENTO E/OU RETENÇÃO INTERNACIONAL ILÍCITA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, NA ÓTICA DO DIREITO REFLEXIVO DE TEUBNER: A (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE UM DIREITO INTERCULTURAL

Ante a alta complexidade e contingência das vivências sociais na atualidade, vislumbrar o Direito de forma legalista e dogmática, que se opõe ao pluralismo jurídico e à percepção sistêmica da sociedade, seria fragmentar a sua observação e ignorar a sua capacidade de autopoiese. Dessa forma, frente a desafios e riscos de inter-relações sociais globais, a exemplo do paradoxo das mães de Haia, faz-se pertinente examinar o Direito à luz de matriz pragmático-sistêmica.

O Direito na perspectiva de Gunther Teubner, com base na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, é um sistema social autopoietico, ou seja, “[...] como una red de operaciones elementales [...], que recursivamente reproduce operaciones elementales [...]”¹, que tem como elementos básicos as comunicações e não as normas jurídicas. Além disso, o Direito é composto por comunicações jurídicas, “[...] definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión.”² (TEUBNER, 2005, p. 42).

Sob esse viés, os subsistemas sociais, entendidos como unidades de comunicação autônomas, apresentam duplo aspecto, quais sejam: viver em clausura operacional e, quanto ao respectivo meio envolvente, viver em abertura informacional-cognitiva. Conforme Rocha, a construção de sentido em Teubner é configurada por uma evolução da comunicação social que, paulatinamente, é transformada em comunicação jurídica. (ROCHA, 2011, p. 213).

¹ “[...] como una rede de operações elementares [...], ou que reproduz recursivamente operações elementares [...]”. (tradução nossa). (TEUBNER, 2005, p. 42).

² “[...] definida como a síntese de três seleções de sentido: participação, informação e compreensão.” (tradução nossa). (TEUBNER, 2005, p. 42).

Em sua condição de processo comunicativo, o Direito não acessa processos psíquicos de seus operadores e/ou de leigos, considera-os como “perturbações”, que pressionam o processo comunicativo do Direito a construir a sua própria ordem autônoma e a construir seu próprio universo de sentido jurídico. As “pessoas” que se envolvem com o processo social do Direito são consideradas como “[...] constructos, artefactos semânticos producidos por el propio discurso jurídico.”³ (TEUBNER, 2005, p. 44).

Entretanto, enfatiza Teubner que a perspectiva autopoietica não tende a desumanizar as pessoas (atores), sequer a sociedade, ou ainda que “[...] no tiene espacio para los actores y las intenciones, que no tiene en cuenta al individuo como sujeto epistémico o que representa una ‘dehumanisation totale du droit’ [...]”.⁴ Na concepção teubneriana, o âmago da questão não se encontra na supressão do sujeito individual, mas na “[...] multiplicación de los centros de cognición”.⁵ (TEUBNER, 2005, p. 44-45).

A partir da perspectiva da policontextualidade, que pressupõe a descentralização do sujeito individual (monocontextual) para uma multiplicação de possibilidades cognitivas, os discursos sociais são os novos sujeitos epistêmicos. Nessa concepção, a oposição policontextualidade jurídica/Direito estatal torna-se viável, sob o enfoque de uma matriz pragmático-sistêmica, de um Direito Reflexivo, que abarca a visão polissêmica dos discursos sociais e evidencia a relação entre norma e sociedade.

Sob idêntico prisma, Teubner, conforme Febbrajo, Rocha e Schwartz (2023), menciona que “[...] o entrelaçamento entre o cognitivo e o normativo é descrito pelo conceito luhmanniano de policontextualidade [...]” e, ao ser aplicado no âmbito do direito de forma global, resulta em “[...] fragmentação funcional e cultural.” (FEBBRAJO; ROCHA; SCHWARTZ, 2023, p. 125).

Febbrajo (2023) afirma ser o Direito um produto da cultura que se condiciona a representações desenvolvidas nas diversas fases da vida do sistema jurídico, as quais passam pelo filtro de culturas jurídicas capazes de criar diferentes imagens de uma mesma realidade de acordo com os aspectos que as orientam. Assim, a observação da observação será o mecanismo da cultura a partir da sociologia do direito. (FEBBRAJO; ROCHA; SCHWARTZ, 2023, p. 12).

³ “[...] meros construtos, artefatos semânticos produzidos pelo próprio discurso jurídico.” (tradução nossa). (TEUBNER, 2005, p. 44).

⁴ “[...] não tem espaço para atores e intenções, não leve em conta o indivíduo como sujeito epistémico ou representa uma ‘total desumanização do direito’ [...]”. (tradução nossa). (TEUBNER, 2005, p. 44-45).

⁵ “[...] multiplicação dos centros de cognição.” (tradução nossa). (TEUBNER, 2005, p. 44-45).

Consoante Rocha, ante a situações de hipercomplexas que envolvam a sociedade globalizada, no contexto do século XXI, a Teoria de Sistemas Sociais é uma possibilidade de construção, que contribui “[...] com a produção de maneiras diferentes de observação conjunta [...]”, como no caso da observação da “[...] Política e do Direito”. À vista disso, ao vislumbrar essa lógica, depreende-se a possibilidade de observar uma oposição entre policontextualidade jurídica/Direito estatal. (ROCHA, 2009, p. 1).

Esclarece Rocha (2009) sobre a policontextualidade

[...] é uma metáfora re-utilizada (Luhmann, Teubner) como critério de investigação da fragmentação do sentido na pós-modernidade, sendo uma interessante perspectiva para a análise do Pluralismo Jurídico Transnacional. A Policontextualidade é engendrada pela Autopoiese. (ROCHA, 2009, p. 1).

Ajunta Rocha que a policontextualidade é “[...] um referente decisivo para a configuração de sentido”, devido à fragmentação do Direito “[...] em um pluralismo em que o Estado é apenas mais uma de suas organizações [...]”. (ROCHA, 2011, p. 210). Segundo Teubner, a policontextualidade do Direito proporciona o sentido, pois as “[...] comunicações jurídicas constroem a ‘realidade jurídica’ no chamado tipo ou hipótese legal de uma norma jurídica.” (TEUBNER, 1989, p. 157).

Teubner, no âmbito desse olhar reflexivo sobre o Direito, estabelece como objetivo reconstruir a observação sobre o constitucionalismo Estatal, ao rever “[...] a territorialidade imposta pela esfera simbólica das relações de poder que permitiu ao direito e política estatais/nacionais construírem pressupostos organizacionais para outros âmbitos parciais.” (FEBBRAJO; ROCHA; SCHWARTZ, 2023, p. 115).

No apontado contexto, é concebido por Teubner o Direito Reflexivo, vislumbrado como um novo Direito, um Direito “[...] visto de forma reflexiva, como fenômeno social, histórico e sua formação decorre da observação e reação às dinâmicas sociais (integrações entre uma pluralidade de discursos específicos globais)”, exige “[...] novas formas de observação/operacionalização dos sentidos na sociedade.” (ROCHA 2006, 2009; CARVALHO, 2006, p. 23).

Sob esse prisma do Direito Reflexivo, observa-se que na Convenção de Haia (1980), devido ao aspecto da cooperação internacional, há adesão a um sistema jurídico híbrido

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 adotou o sistema misto, no qual as Autoridades Centrais exercem o papel de organizar e implementar a cooperação entre os Estados Partes, e tal atuação deve ser exercida em harmonia com as atribuições de outras autoridades administrativas e

judiciais de acordo com a divisão estabelecida em lei interna de cada país. O art. 7º da Convenção de Haia consagrou cláusula geral de cooperação entre as Autoridades Centrais dos Estados Partes envolvidos para o fim de serem adotadas todas as medidas e providências necessárias, de modo a dar concretude aos objetivos da Convenção. (SIFUENTES; GAMA, 2021, p. 14). (grifo nosso).

Verifica-se, no art. 7º da Convenção de Haia de 1980, um “[...] processo dinâmico de auto-sensibilização e alteração das estruturas dogmáticas do Direito (e da Teoria do Direito) para responder às demandas sociais decorrentes da [...]” subtração internacional de crianças, o qual abarca um sistema misto de Direito, que atribui responsabilidades às Autoridades Centrais dos Estados Partes e consagra a cooperação internacional como principal mecanismo para efetivar os objetivos desse tratado internacional. (ROCHA; CARVALHO, 2006, p. 25).

Outrossim, no art. 16 da mencionada Convenção, é estabelecido que “[...] é vedado às autoridades do país requisitado decidirem sobre o mérito do direito de guarda, após terem sido informadas da transferência ou retenção ilícitas de uma criança, nos termos do art. 3º.” Nesse aspecto, por força do tratado internacional, o Estado contratante onde a criança estiver retida não aplica o seu Direito interno em prol da cooperação internacional. (BRASIL, 2000, p. 25).

Depreende-se, à vista disso, sob a perspectiva do Direito Reflexivo, uma fragmentação constitucional, haja vista haver uma sobreposição de dispositivos do tratado internacional sobre preceitos do Direito estatal, uma vez que a Convenção de Haia, nos casos de subtração ilícita internacional de crianças com idade até 15 anos, é o mecanismo utilizado de forma global pelos Estados signatários desse tratado, tal como acontece com o Brasil.

Concernente à fragmentação constitucional, esclarecem Rocha e Costa (2023)

Em ambiente globalizado de fragmentação, a autonomia dos regimes privados de constitucionalização dissolve a tradicional hierarquia construída no Sistema do Direito. Trata-se da substituição do modelo hierárquico tradicional do Direito por um modelo heterárquico, formado por redes de constitucionalidade. (ROCHA; COSTA, 2023, p. 64).

Nesse sentido, segundo Azevedo e Nunes (2021), a fragmentação constitucional (novo formato de constitucionalismo), na concepção de Teubner, surge “[...] a partir da ruptura modelo de constitucionalismo tradicional e o surgimento de constituições autônomas dos subsistemas sociais [...]”. Em razão de a constituição ser um acoplamento entre o sistema do Direito e o sistema Político, “[...] não encontra um correspondente em âmbito global, mas tão somente fragmentos de um common law.” Ante a tal cenário, a sansão, ao perder a sua força jurídica, deixa de ter um papel fundamental e, por conseguinte, sobrevém a ideia de inexistirem normas, mas tão somente fragmentos. (AZEVEDO; NUNES, 2021, p. 373).

Sob o enfoque do paradoxo jurídico das mães de Haia, ocasionado pela inépcia no texto do aludido tratado internacional quanto à violência de gênero, vislumbra-se que o equacionamento dessa questão enseja uma perspectiva que englobe a interface entre o sistema social e o sistema jurídico, devido à hipercomplexidade das circunstâncias que envolvem a pluralidade de discursos interculturais. Tal lacuna, que abarca uma policontextualidade jurídica transfronteiriça, transpõe os limites do Direito interno.

Nesse diapasão, voltado a um paradoxo de inclusão/exclusão no contexto normativo em relação às mães de Haia, é possível perceber que, ao não serem abarcadas as questões de violência de gênero nos preceitos da “Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças”, há uma invisibilidade normativa e, conseqüentemente, tais genitoras são silenciadas em termos sociais.

Ao mesmo tempo, as mães de Haia correm o risco de serem incluídas no âmbito penal de diversos Estados-membros da Convenção, quando da possibilidade de serem criminalizadas por “sequestro” dos próprios filhos. Nessa dupla realidade em que elas são submetidas, são “[...] sujeitos de direito, mas nem todos [...]” e, ao mesmo tempo, são “[...] mulheres que existem, mas invisibilizadas.” (MARTINI; OLIVEIRA, 2022, 37-39).

No esboçado cenário, as mães de Haia fazem parte de determinados segmentos da população que continuam à margem da inclusão, uma vez que, além de serem mulheres, quando no exterior, estão inseridas em contexto ainda mais complexo, por serem mulheres estrangeiras, as quais não estão protegidas pelos direitos do Estado onde residem, por fazerem parte de um grupo de vulneráveis. (MARTINI; OLIVEIRA, 2022, 53-54).

Depreende-se, ante o exposto, que o contexto das mães de Haia escancara uma realidade global que, por se tratar de um grupo vulnerável (mulheres estrangeiras), adquire invisibilidade política e jurídica. Em outras palavras, ao mesmo tempo que são sujeitas de direitos – especialmente em seus Estados de origem – não o são, uma vez que, diante de celeuma jurídica internacional, essa “proteção” é ineficaz. Por conseguinte, paradoxalmente são incluídas e excluídas em relação a tais direitos, entre outros.

Por derradeiro, à luz do Direito Reflexivo de Gunther Teubner, vislumbra-se a existência de um pluralismo jurídico transnacional, que exerce impacto no Direito interno (Direito Estatal), devido a demandas hipercomplexas originadas na sociedade contemporânea globalizada. Desse modo, em relação à vergastada temática, infere-se a possibilidade de um novo Direito Intercultural, a partir da oposição policontextualidade jurídica/Direito estatal, capaz de analisar e deslindar questões oriundas de convivências interculturais, contingentes e multifacetadas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea do século XXI, no contexto da globalização, esculpe um novo cenário geográfico, em razão de constante movimento migratório interno e transfronteiriço. Nessa nova configuração, espaços geográficos são coabitados por pessoas de diversas nacionalidades, propiciando uniões multiculturais. Ante a esse contexto, surgem as famílias transfronteiriças e, com elas, questões que podem envolver a ação direta do Direito internacional.

A subtração internacional de crianças de forma ilícita acontece quando um dos cônjuges, na companhia do(a) filha(a), viaja para o seu país de origem ou outro rumo diverso da residência habitual do infante sem a autorização do pai ou da mãe. Essa transferência e/ou retenção da criança ou adolescente com até 15 anos de idade, prejudica a convivência do outro genitor com o(a) filho(a). Em face a essa situação, o genitor prejudicado busca auxílio da cooperação jurídica internacional.

À vista disso, o presente trabalho objetivou responder se: os aspectos jurídicos pertinentes à subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes, sob a ótica do Direito Reflexivo, (im)possibilitam a produção de um novo Direito Intercultural? Em hipótese preliminar, acreditou-se haver, à luz do Direito Reflexivo, a possibilidade de ocorrer a produção de um novo Direito, oriundo de um pluralismo jurídico e da complexidade da sociedade. Proposição que restou confirmada ao longo da pesquisa.

Buscou-se analisar os aspectos jurídicos transnacionais ligados à subtração internacional ilícita de crianças/adolescentes com até 15 anos de idade. Quanto aos objetivos específicos, apresentar os pressupostos das famílias transfronteiriças, os preceitos da Convenção de Haia de 1980 e o paradoxo social e jurídico das mães de Haia. Por fim, analisar e inter-relacionar os preceitos legais vinculados ao tema, sob o viés do Direito Reflexivo de Gunther Teubner, a fim de verificar a (im)possibilidade da produção de um novo Direito Intercultural.

Ao longo da pesquisa, depreendeu-se, em virtude da polissêmica e contingente relação intercultural característica do contexto das famílias transfronteiriças, que os aspectos jurídicos pertinentes à subtração interparental internacional de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade requerem uma ótica sistêmica do Direito, que abarque a policontextualidade jurídica, a polissemia dos discursos sociais, a interface entre Sociologia e Direito. Percebeu-se que a perspectiva do Direito Reflexivo de Teubner abrange tal configuração.

Outrossim, ao serem analisados os aspectos jurídicos da Convenção de Haia de 1980, sob o viés do Direito Reflexivo, observou-se haver uma sobreposição de alguns preceitos desse tratado internacional em relação ao Direito interno, haja vista o Brasil ser signatário da Convenção, configurando uma oposição entre policontextualidade jurídica e Direito estatal.

No que tange ao paradoxo de mães de Haia subtratoras e vítimas de violência de gênero, ainda que seja comprovada a violência doméstica no exterior causada por seus “companheiros” e pai de seus filhos, elas estão sujeitas a serem consideradas “sequestradoras” internacionais da própria prole.

Em virtude dessa possibilidade, há em muitos casos, a efetivação da criminalização que causa uma série de ônus para estas genitoras (mães de Haia), que são vítimas e, ao mesmo tempo, criminosas, além de serem separadas dos filhos, em razão da prioridade de as crianças subtraídas serem restituídas as suas residências habituais, ao seu *status quo*.

À vista disso, observou-se haver um paradoxo de inclusão/exclusão normativa em relação às mães de Haia, uma vez que, ante a Convenção de Haia de 1980, a conduta de subtração internacional de criança é considerada como ato ilícito, ou seja, estas genitoras são incluídas nas normas dessa Convenção.

Entretanto, em contrapartida, são excluídas dessas normas do aludido tratado internacional ao não haver previsão legal para exceções pertinentes à possibilidade de criminalização por Estados-membros dessa Convenção e à devolução imediata da criança subtraída, em casos de genitoras vítimas de violência de gênero (doméstica) no exterior quando os agressores são os seus cônjuges e pais dos filhos subtraídos.

Por derradeiro, em face do exposto, restou evidenciada a fumaça de um novo Direito Intercultural, pautado em matriz pragmático-sistêmica, que tem em sua gênese um pluralismo jurídico transfronteiriço, o qual busca responder evolutivamente a demandas de uma sociedade hipercomplexa permeada por relações interculturais contingentes. Nessa perspectiva, o Direito Intercultural possibilita o equacionamento de lacunas do Direito, a exemplo do paradoxo de inclusão e exclusão jurídica das mães de Haia.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Cândida S.; NUNES, Péricles Stehmann. Colisão e conexão das constituições transacionais: Diagnóstico da Fragmentação e Referências Empíricas. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **O futuro da Constituição**: Constitucionalismo social em Luhmann e Teubner [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021, p. 370-401.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Resolução n.º 449, de 30 de março de 2022**. Brasília, DF: 30 mar. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original131217202204016246fa3199959.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 3.413, de 14 de abril de 2000**. Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Brasília, DF: 14 abr. 2000. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3413.htm. Acesso em: 5 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 24 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BERTASO, João Martins; ROCHA, Leonel Severo. Olhar sistêmico sobre cidadania e diversidade cultural. **Direito Público**, [S. l.], v. 13, n. 75, 2017. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2840>. Acesso em: 19 mai. 2023.

FEBBRAJO, Adalberto; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **A cultura jurídica e o constitucionalismo digital**. 1.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. 168 p.

MARTINI, Sandra Regina; OLIVEIRA, Alex Maciel de. Mulheres presas estrangeiras no período pandêmico e Direitos Humanos: olhares a partir do Direito Fraternal e do paradoxo da inclusão-exclusão luhmanniano. *Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica*, v. 8, n. 2, p. 37-58, jul/dez. 2022. A-ISSN: 2526-0251.

MELO, Ana Cristina Corrêa de; JORGE, Mariana Sebalhos. A violência doméstica e familiar na aplicação da convenção da Haia de 1980. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, vol. 15, n. 3, p. 234-261, set./dez. 2021. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/300/359>. Acesso em: 21. Mar. 2023.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e Direito Ambiental Reflexivo. **Revista Sequência** (Florianópolis), v. 27, n. 53, p. 9-28, 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15090/13745>. Acesso em: 13 ago. 2022.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo intersistêmico: sistemas sociais e Constituição em rede**. Blumenau, SC: Dom Modesto, 2023. 161 p.

ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Júlia Francieli Neves de. Novas formas de família na era global: uma análise sobre o “amor” de Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 19, n.º. 39, p. 223 - 245, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/5197>. Acesso em: 16 jul. 2023.

ROCHA, Leonel Severo. Policontextualidade e Estado. **Revista Direitos Culturais**, v. 4, p. 11-24, 2009. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/322640506.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2022.

ROCHA, Leonel Severo. **Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese**. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, [S. l.], v. 32, n. 62, p. 193–222, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p193>. Acesso em: 23 abr. 2023.

SIFUENTES, Mônica; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). **Manual de aplicação da convenção da Haia de 1980**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Centro de Cooperação Jurídica Internacional, 2021. 53 p. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoriada-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outraspublicacoes/manual-haia>. Acesso em: 25 fev. 2023.

TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Gunther-Teubner/publication/28768011_El_Derecho_como_Sistema_Autopoiético_da_la_Sociedad_Global/links/5b2e14990f7e9b0df5be9fc2/El-Derecho-como-Sistema-Autopoiético-da-la-Sociedad-Global.pdf. Acesso em: 26 jul. 2022.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TJPR. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Convenção sobre os aspectos civis do Sequestro Internacional de Crianças (HAIA, 1980)**. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cooperacao-juridica-internacional?p_p_id=101_INSTANCE_bm9CY1K7KsZF&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&a_page_anchor=6269696. Acesso em: 5 nov. 2022.