



Revista Interdisciplinar de Direito
Curso de Direito do Centro Universitário de Valença
(UNIFAA)
v.18,n.2,2020

André C. R. Fontes
Antônio Augusto Cançado Trindade
Arno Wehling
Cláudia Ribeiro Pereira Nunes
Cleyson de Moraes Mello
Guilherme Sandoval Góes
Heloísa Helena Barboza
Heron Abdon Souza
José Eugenio Soriano García
José Rogério Moura de Almeida Neto
Maria Eugênia Bunchaft
Maria José Wehling
Regina Pentagna Petrillo
Reis Friede

Valença, RJ
2020

Presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Dr. Antonio Carlos Dahbar Arbex

Reitor do Centro Universitário de Valença (UNIFAA)

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Vice-Reitor do Centro Universitário de Valença (UNIFAA)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (Membro Externo–UFRRJ–Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Augustus Zimmermann (Membro Externo–Murdoch University–Murdoch–Austrália)

Prof. Dr. Carlos Frederico Mares de Souza Filho (Membro Externo – PUC-PA – Curitiba/PR)

Profa. Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Membro Externo Instituto de Ensino Superior de Rondônia)

Prof. Dr. Jorge O. Bercholz (Membro Externo–UBA–Argentina)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto (UNIFAA–Valença/RJ)

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (Membro Externo– UERJ– Rio de Janeiro/RJ)

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (Membro Externo–UFG–Goiânia/GO)

Profa. Dra. Maria Goretti dal Bosco (Membro Externo–UFF–Niterói/RJ)

Profa. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado (Membro Externo–UEL–Londrina/PR)

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo–USP–São Paulo/SP)

Profa. Dra. Núria Belloso Martín (Membro Externo–Univ. Burgos–Espanha)

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho (Membro Externo– UNESA– Riode Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Sebastião Marcelice Gomes (Membro Externo– UFAM – Manaus/AM)

Prof. Dr. Silvano Peloso (Membro Externo–Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza”–Roma–Itália)

Prof. Dr. Sonia Netto Salomão (Membro Externo–Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza”–Roma–Itália)

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo–Univ. Burgos–Buenos Aires–Argentina)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (Membro Externo–UFPB–Campus I– João Pessoa/PB)

Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta (Membro Externo–UERJ–Rio de Janeiro/RJ)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Revista Interdisciplinar de Direito / Centro Universitário de Valença- UNIFAA, Curso de Direito. – ano 1, n. 1. (maio 1998) -. – Valença-RJ: Editora UNIFAA- Centro Universitário de Valença, 1998-.

Semestral

Endereço eletrônico: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV>

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença

ISSN: 1518-8167

e-ISSN: 2447-4290

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Centro Universitário de Valença. Curso de Direito.

CDU: 34(81)(05)

Os editores e coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

Título	Revista Interdisciplinar de Direito
Título anterior	Revista da Faculdade de Direito de Valença
ISSN versão impressa	1518-8167
ISSN versão eletrônica	2447-4290
Linha editorial	A Revista é generalista. Publica artigos sobre a dogmática das diversas áreas do direito, contribuindo para o engrandecimento da cultura jurídica nacional e internacional.
Tipos de trabalhos publicados	Artigos científicos, ensaios e jurisprudência Nacional e internacional
Periodicidade	Semestral
Instituição	Centro Universitário de Valença (UNIFAA)
Endereço	Rua Sargento Vitor Hugo, 161 – Bairro Fátima
Cidade	Valença
Estado	Rio de Janeiro
Website	revistas.faa.edu.br/index.php/FDV
Ano de criação	1998 (impressa) 2009 (<i>online</i>)
Classificação	Qualis B5 Direito; B4 Ciência Política e B4 Artigos interdisciplinares
Bases de dados nacionais	Diadorim, Sumários, LiVre/Revista de livre acesso, .periodicos.CAPES
Base de dados internacionais:	Latindex, Latin REV, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Sherpa/Romeo, Directory of Research Journals Indexing (DRJI), OCLC World Cat, Academic Resource Index ResearchBib, MIAR – Universitat de Barcelona, BASE, Cite Factor – Academic Scientific Journals, JURN, Google Scholar.
Editor chefe	Rogério Tabet de Almeida
E-mail principal	revista.direito@faa.edu.br
E-mail alternativo	direito@faa.edu.br
Telefone	24-2453-0700

Autores

André C. R. Fontes

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), Professor na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Antônio Augusto Cançado Trindade

Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília (UnB); Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Presidente Honorário do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Presidente da Sociedade Latinoamericana de Direito Internacional; Membro Titular do *Institut de Droit International* e do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia. E-mail: aacancadotrindade@yahoo.com.br .

Arno Wehling

Professor Titular (UFRJ) e Emérito (UNIRIO). Do Programa de PósGraduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Da Academia Brasileira de Letras e Presidente de Honra do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

Claudia Ribeiro Pereira Nunes

PhD. Professora Colaboradora do Mestrado. Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Visiting Fellow at Yale University. E-mail: claudia.ribeiro@yale.edu.

Cleyson de Moraes Mello

Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Pós-Doutorado em Teoria do Direito. Professor do PPGD da UERJ / UVA; Coordenador do curso de direito do UniFAA. E-mail: profcleysonmello@hotmail.com .

Guilherme Sandoval Góes

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Diplomado pelo “Naval War College” dos Estados Unidos da América (Newport-Rhode Island). Membro do Fórum Permanente de Direitos Humanos e Professor de Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor de Geopolítica e de Direito da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-doutor em Geopolítica, Cultura e Direito pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br .

Heloísa Helena Barboza

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Especialista em Bioética e Ética Aplicada pelo Instituto Fernandes Figueira-IFF/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada). Advogada.

Heron Abdon Souza

Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

José Eugênio Soriano García

PhD. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid (UCM). E-mail: jesorian@der.ucm.es .

José Rogério Moura de Almeida Neto

Vice-reitor do Centro Universitário de Valença (UNIFAA) – Valença (RJ).

Maria Eugenia Bunchaft

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Pós-Doutora em Filosofia pela UFSC. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Pesquisadora da FUNADESP.

Maria José Wehling

Professora Emérita da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Regina Pentagna Petrillo

Pró-reitora de Graduação Presencial (PGP) do UniFAA – Valença (RJ).

Reis Friede

Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). É autor do Livro *Teoria do Direito*. E-mail: reisfriede@hotmail.com .

Sumário

Apresentação	10
Transferência de biotecnologia	12
André C. R. Fontes	
<i>L'humanisation du droit international: la personne humaine en tant que sujet du droit des gens</i>	48
Antônio Augusto Cançado Trindade	
Poder e justiça no Maranhão colonial da Magistratura monocrática ao tribunal da relação	98
Arno Wehling e Maria José Wehling	
As Aporias do Mundo VUCA e a Educação	139
Cleyson de Moraes Mello, José Rogério Moura de Almeida Neto e Regina Pentagna Petrillo	
A governança global em tempos de estatalidade pós-coronavírus	159
Guilherme Sandoval Góes e Cleyson de Moraes Mello	
O poder familiar e a morte digna dos filhos: breves reflexões sobre o caso Charles Gard	176
Heloísa Helena Barboza	
A repartição constitucional de competências federativas em matéria de saúde em tempos de covid-19: cada um por si e todos contra o vírus	201
Heron Abdon Souza	
Juegos de azar y casinos: la experiencia española y una sugerencia de	

debate doutrinal para Brasil 240

José Eugenio Soriano García e Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Habermas e Honneth: leitores de Mead 271

Maria Eugenia Bunchaft

As Lacunas e seus Respectivos Mecanismos Supletivos 308

Reis Friede

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira a nova edição da Revista Interdisciplinar de Direito. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes do corpo docente.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 02 de dezembro de 2020.

Antônio Carlos Dahbar Arbex

Presidente da Fundação Educacional Dom André Arcoverde

Transferência de biotecnologia¹

André C. R. Fontes²

Resumo

O artigo trata da transferência de Biotecnologia em um confronto com a transferência geral de tecnologia e do reconhecimento do regime das obrigações de meio e resultado nos contratos que tenham como objeto tecnologia a ser cedida.

Palavras-chave: Contrato; Tecnologia; Obrigação; Meio; Resultado.

Abstract

This article deals with Biotechnology transfer in comparison to general technology transfer as well as it discusses the acknowledgement of the rule of obligations in kind and in result for contracts which purpose is cession of technology.

Keywords: Contract; Technology; Obligation; Kind; Result.

¹Texto extraído de pesquisa realizada pelo autor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a supervisão do Professor Doutor Newton Silveira, a quem, igualmente, este artigo é dedicado.

² Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), Professor na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

PARTE 1 - O CONHECIMENTO BIOTECNOLÓGICO

1.1 A Biotecnologia

1.1.1 Noção

Toda aplicação tecnológica dirigida à Biologia é uma *tecnologia biológica* e dessa locução se origina o termo Biotecnologia. E todos os especialistas que cuidam da Biotecnologia registram e desenvolvem, ora mais ora menos, detidamente, o seu objeto material. Fazem-no com o esclarecimento de que não se dá ênfase ao tema da categorização científica e se limitam a construir o seu conteúdo ou o campo no qual será aplicada.

Nas formas embrionárias da Filosofia da Ciência, mas sem resultados conclusivos, muito se tem debatido, ainda que em literatura especializada, a propósito da caracterização científica da Biotecnologia. Pelos efeitos que proporciona e pelo fato de ostentar algo diferente, em comparação com as demais formas de conhecimento, reinam certas dúvidas entre os especialistas. A singularidade cresce pelo impulso científico que causa e pelo impacto na vida moderna. Não é a Biotecnologia, entretanto, um ramo novo da Ciência. E o fato de os autores não se harmonizarem na sua configuração, levando a explicações teóricas que avizinham-se até mesmo das contradições, outra coisa não fazem senão estenderem o campo da imaginação. Mais recentemente encontra-se uma orientação que, mesmo sem o apoio uniforme dos escritores, merece maior destaque: a de que não é a Biotecnologia outra coisa que um conjunto de tecnologias amalgamadas. Não deve ser negada, entretanto, a importância prática dessa discussão, especialmente se se considerar a finalidade geral e integral da ciência consistente em ampliar de modo sucessivo a atividade racional do ser humano e em liberá-lo das forças espontâneas mediante a passagem dos processos quase irracionais da natureza em processos racionais.

Em um sentido amplo, e atendendo à sua linha de evolução conclusiva, pode-se definir a Biotecnologia como o uso de organismos vivos ou partes deles (estruturas subcelulares ou moléculas) para a produção de bens e serviços. Embora alicerçada em dupla perspectiva reducionista (organismos vivos ou partes deles e produção de bens e serviços) engloba essa definição um conjunto de atividades que o homem desenvolve há milhares de anos, como seria exemplo a produção de alimentos fermentados. E é nessa linha de raciocínio que se considera a Biotecnologia moderna como aquela que, contemplando a definição em dupla perspectiva, faz uso da informação genética, incorporando técnicas de ADN (ácido desoxirribonucleico, mais conhecido como DNA) recombinante.

Se com o passar do tempo e com o desenvolvimento das tecnologias biológicas tornou-se a Biotecnologia, em sua pureza, uma disciplina de intensivo avanço científico, com uma interdisciplinaridade sem paralelo com outras disciplinas, e associada a fortes vínculos de complementariedade com outras tecnologias já existentes, não seria absurdo informar que a civilização do nosso tempo encontraria verdadeira estagnação na subsistência de toda gente se a complexidade de seus arquétipos encontrasse alguma alteração. Conquanto seja ressaltada essa especificidade, uma função econômica foi determinada entre as empresas que com ela se vinculam: é a constante necessidade de inovação, lançamento de novos produtos e desenvolvimento de tecnologia. Englobadas essas características às de necessidade do mundo atual, retomam elas as premissas de que, sem a Biotecnologia, a vida individual regrediria ao limitar a atividade do homem aos seus momentos primários. Paralelamente à função econômica, aponta-se uma outra civilizadora em si, e, porque não dizer, de cunho educativo. Aproxima ela os homens e abate as diferenças. Enquanto o indivíduo admite a possibilidade de obter o necessário pelas transformações do mundo, pôde apurar o seu senso de escassez, que somente veio a ganhar maior amplitude quando os geógrafos e estatísticos convenceram a todos a observar os limites dos insumos naturais no esforço constante do progresso e na consecução de uma era marcada pela harmonia alimentar, de saúde e meio ambiente.

Constitui, portanto, a Biotecnologia, em si mesma, um motivo de esforço que deve orientar as atividades de pesquisa e desenvolvimento para descobrir novas aplicações e gerar sinergias com outras áreas, não obstante os desafios dos novos problemas e os custos das tecnologias. É preciso acautelar-se, entretanto, contra as incertezas e riscos das primeiras fases de desenvolvimento de uma tecnologia biológica, pelo eventual insucesso ou mesmo malogro de uma pesquisa. Todo vigor de uma área em que se almeja uma enorme variedade de resultados pode restar em vão se esses resultados tardam a vir ou não alcancem os efeitos esperados.

1.1.2 A tecnologia biotecnológica

Sem repetirmos aqui o que já foi exposto nos lugares indicados, deve-se referir, ainda que bem sucintamente, ao uso dos termos e de algumas definições basilares. E assim se faz pelos recentes avanços das invenções biotecnológicas. Mesmo que guardem correspondência com os termos tradicionalmente usados, o melhor a fazer é repisar o assunto com uma série de esclarecimentos e a definir termos e conceitos.

Em sua etimologia de origem grega (de *bios*, vida), a Biotecnologia se refere, *grossomodo*, às tecnologias que utilizam organismos vivos. Se a premissa anterior é um ponto pacífico, talvez pela sua generalidade, uma definição mais precisa não encontraria tamanha uniformidade.

A Comissão de especialistas em invenções biotecnológicas e propriedade industrial da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em sua sessão de fevereiro de 1986, em Genebra, assim se manifestou sobre o significado da Biotecnologia: “biotecnologia engloba todas as técnicas que utilizam organismos vivos, em particular, animais, plantas e micro-organismos, ou qualquer tipo de material biológico que pode ser assimilado aos micro-organismos ou partes dos mesmos, para provocar neles mudanças orgânicas”.

Considerando a situação desta pesquisa, na qual a palavra *técnica* é determinante, deve ser lembrado que se faz referência basicamente à genética, à microbiologia, à biologia e à bioquímica, e seus campos de aplicação se encontram diretamente relacionados com a agricultura, a química, a indústria farmacêutica, a saúde, a produção de alimentos e a conservação do meio ambiente.

Outra definição clara e detalhada é a proposta pelo Escritório de avaliação de tecnologia do Congresso dos Estados Unidos da América, em seu segundo informe de 1984, segundo a qual “a biotecnologia compreende todas as técnicas que utilizam os organismos vivos (ou parte desses organismos) para fabricar ou modificar produtos, para melhorar as plantas ou os animais, ou desenvolver micro-organismos para usos particulares”.

Os organismos vivos utilizados na Biotecnologia são:

- a) Os organismos em seu estado natural;
- b) Os organismos obtidos por meios convencionais de seleção, cruzamento ou mutação;
- c) Os organismos modificados por novas técnicas.

São exemplo dos organismos em seu estado natural, os micro-organismos usados em processos de fermentação. Exemplo de organismos obtidos por meios convencionais de seleção são os procedimentos essencialmente biológicos. E finalmente são exemplos de organismo modificados por novas técnicas aqueles como a engenharia genética ou técnica de fusão celular.

Pode-se classificar, então, a Biotecnologia em quatro grupos:

- 1) Os organismos vivos;
- 2) Os procedimentos para obtenção de organismos vivos;
- 3) Os procedimentos que utilizam micro-organismos novos e conhecidos;

4) Os produtos obtidos com esses procedimentos.

Por organismos vivos se entendem os animais, as plantas e os micro-organismos, definindo-se como micro-organismos todos os seres microscópicos vivos, que sejam de natural ocorrência ou obtidos mediante métodos convencionais ou novas técnicas. E dentro dos micro-organismos se encontram incluídos, dentre outros, o vírus, as bactérias, os fungos e as algas.

Os procedimentos para a obtenção de organismos vivos podem ser divididos em duas classes:

- 1) Os métodos convencionais;
- 2) Os métodos não-convencionais ou novos.

São convencionais os métodos de seleção, cruzamento e mutação. São não-convencionais ou novos a engenharia genética ou a técnica de fusão celular. A diferença essencial entre os denominados métodos convencionais ou tradicionais e os métodos não-convencionais ou novos reside na possibilidade desses últimos, mediante manipulação de material hereditário, ultrapassarem as barreiras biológicas preexistentes, como seria, por exemplo, as incompatibilidades entre as espécies. Deve ser ressaltado que esses métodos não são fins em si mesmos, mas destinados à obtenção de produtos úteis, mediante esses organismos vivos ou cultivos de células.

Demais disso, não é demasiado lembrar que a técnica de seleção foi a primeira que se usou para melhorar as plantas e animais. É dessa forma que, ao longo do tempo, foram introduzidas técnicas mais elaboradas, como seriam o cruzamento de diferentes genótipos, o cruzamento de pedigrees e as mutações, que consistem em usar meios físicos ou químicos para provocar mudanças em um genótipo. E é possível modificar os genes das plantas, dos animais e dos micro-organismos mediante a introdução de material hereditário modificado artificialmente. A técnica de mutação também é utilizada para obter novos micro-organismos. E isso ocorre com

a aplicação de métodos novos ou não convencionais para obter organismos vivos, e é dentro desses métodos que se destacam a engenharia genética e a técnica da fusão celular.

Entende-se por engenharia genética a técnica do ADN recombinado, e consiste em isolar um gene de seu contexto natural e usá-lo de maneira tal que, em nível biológico, se possa obter uma quantidade dele (ou de substâncias químicas) praticamente de forma ilimitada. E isso se logra mediante os passos de isolar ou separar um fragmento do ADN, inserir esse fragmento em um vetor recombinante, introduzir o vetor recombinante em um micro-organismo ou uma célula “anfitriã” para obter uma célula recombinada, selecionar as células recombinadas e provocar sua atividade em condições favoráveis à expressão do gene, e assim obter o produto desejado. E desse se obtém, por exemplo, a insulina e o interferon.

A técnica de fusão celular consiste em fundir dois tipos de células que têm uma característica particular e em selecionar as células que têm características dos dois tipos e células usadas. Essa técnica é a utilizada para melhorar plantas e para produzir hibridomas, produtores de anticorpos monoclonais.

1.1.3 Aplicações

Essa nova tecnologia proporciona uma melhoria no bem-estar geral e o aumento de vantagens competitivas, especialmente nos setores farmacêuticos e químicos, de modo a gerar consequências, por exemplo, na agricultura e alimentação, além de proporcionar efeitos junto ao meio ambiente. Pode-se afirmar também que a integração da Biotecnologia com essa ampla gama de setores não foi uniforme, mas se pode dizer, sem margem de erro, que o setor farmacêutico é a parte considerável na qual a tecnologia biológica continua a predominar.

Em uma grande diversidade de planos e orientações, convém se dizer que a Biotecnologia moderna desenvolveu e enriqueceu os distintos papéis do processo dos fatores de produção. E em nossa época, - e porque não dizer também de forma promissora que no futuro -, poderá ser ela a tecnologia central, capaz de poder cumprir uma função-chave ou ser uma tecnologia de suporte, ao afiançar novas formas de vida.

Sem dúvida, uma proximidade ontológica do desenvolvimento e da aplicação de uma nova tecnologia é a existência de transformações sociais, econômicas e até ambientais. E essas importantes e peculiares consequências, entretanto, avançam, e passam a oferecer muito mais condições para o surgimento de novos tipos de relações entre os agentes econômicos e formas de alteração e aperfeiçoamento das forças produtivas e, não se poderia deixar de lembrar, uma situação inegável de vantagem, que é a melhoria do desempenho na capacidade competitiva no mercado relevante. É igualmente necessário fazer constar que essas consequências exercem no plano social, especialmente nas condições de vida e saúde humanas, verdadeiras mutações, pois tendem a melhorar as conquistas e o desenvolvimento da população, em uma harmonia uniforme, e em amplo dinamismo, com resultados econômicos e sociais gerais.

Ao analisarmos o modo de vida do povo em tempos atuais, um conjunto determinado de métodos, tipos e formas de atividade contribuem para um concreto bem estar geral, tal como a descoberta de novas vacinas para enfermidades humanas e a engenharia genética para reduzir a transmissão de enfermidades animais. E com a mesma síntese que tratamos as questões anteriores, deve ser lembrado que as essências dessas novas ideias oferecem, em termos ambientais, os instrumentos destinados ao desenvolvimento das atividades amplamente consideradas de uma forma sustentável, como a proteção dos recursos naturais e da biodiversidade. Por meio das denominadas estratégias de bioprevenção ou biorremediação, a sustentabilidade encontrará vastos círculos de uma

influência que ultrapassa a todas as outras formas de permanência e preservação.

O postulado central é que a Biotecnologia proporciona uma alteração no estado das coisas e mudanças substanciais nos efeitos incrementais, e ao seu próprio tempo e em adequadas condições o que seriam verdadeiras atitudes disruptivas, ou mesmo inclusões radicais, não obstante se ter a sabença de que esses últimos são raros e infrequentes, embora imprevisíveis. E nesse sentido, cabe assinalar que cada um desses efeitos implica um desafio capaz de fundamentar uma variedade de políticas públicas a médio e longo prazo.

1.2 Panorama mundial e regional

1.2.1 Histórico

A Biotecnologia moderna, ou seja, o pensamento da tecnologia biológica do período mais recente da ciência, é originária dos Estados Unidos da América. Esse país (EUA) foi o pioneiro no desenvolvimento da Biotecnologia e é, ainda hoje, o líder incontestado nesse campo. E são igualmente suas as primeiras empresas a se formarem nesse setor, no período compreendido entre os fins dos anos 70 e princípios dos anos 80. Fora do espaço norte-americano, pode-se mencionar as empresas europeias, constituídas na década de 90, com a característica de serem pequenas ou medianas, se comparadas com as homólogas dos Estados Unidos.

Não será difícil exagerar a influência da pesquisa norte-americana em nível mundial, pois os Estados Unidos da América ainda dominam esse conhecimento em todos os seus segmentos mais conhecidos: genética vegetal e animal, alimentos e medicamentos. Essas três áreas se concentram em um complexo interinstitucional estabelecido em um tripé: laboratórios públicos, universidades e empresas de biotecnologia. A Europa reproduz esse modelo e, com menos ênfases nos laboratórios

públicos, o Japão e a China. Os Estados Unidos da América, a Europa e o Japão fizeram gastos públicos especialmente dirigidos ao setor de saúde (gasto público em biotecnologia em pesquisa e desenvolvimento no ano de 2005: nos EUA 23 bilhões de dólares; países europeus membros da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) 4 bilhões de dólares e outros países membros da OCDE um bilhão e meio de dólares.

E já é previsto que para o ano de 2030 as aplicações do setor analisado poderiam representar cerca de 3% do Produto Interno Bruto (PIB) dos países da OCDE. Em valores absolutos esse percentual será maior que os PIBs dos países em desenvolvimento. E esses dados não incluem o impacto futuro do uso de biocombustíveis nas economias desenvolvidas.

Tão profunda é a transformação da Biotecnologia do mundo moderno que nem mesmo as crises econômicas têm gerado grandes diminuições na sua pesquisa e desenvolvimento. Essas mudanças de situação econômica têm estimulado a racionalização dos custos e a concentrar cada vez mais a atividade. É sumamente difícil traçar um quadro completo, mas, deve ser destacado que, para as pequenas e médias empresas, o resultado prático foi um aumento da capacidade de pesquisa e desenvolvimento e de um incremento na sua produtividade.

As economias periféricas e regionais, que tardiamente despertaram para o impacto da tecnologia biológica, encontraram e estabeleceram seu espaço mediante uma aceleração em importantes aspectos da indústria biotecnológica, tais como a indústria farmacêutica, química, alimentar e do setor agrícola. Essas atividades se desenvolveram por transferência de tecnologia, mas, hoje, algumas delas já mantêm o desenvolvimento de atividade de ponta em alguns setores, como seriam exemplo, em uma ou outra área, a Índia e o Brasil, se não considerarmos mais o Extremo Oriente e Israel como economias periféricas. As instituições e empresas brasileiras de biotecnologia são direta ou indiretamente beneficiadas pelo esforço superavitário do Brasil no agronegócio. Parece forçoso dizer que, a despeito do volume de negócios agrícolas do Brasil, as empresas da área

biotecnológica são ainda pequenas, se comparadas com as estrangeiras, mas já possuem certa excelência técnica e estão estreitamente vinculadas aos sistemas de ciência e tecnologia. A pesquisa no Brasil relacionada com a área da saúde teve um notável impulso pela iniciativa das universidades públicas, institutos de pesquisa e empresas governamentais, das quais se poderia destacar a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - Embrapa.

A biologia molecular e sua aplicação à produção de meios de diagnósticos, vacinas e agentes terapêuticos mereceram muita atenção, especialmente para as doenças tropicais, mas, inegavelmente, a agropecuária foi a mais vitoriosa em resultados comparativos. É de se reconhecer que o governo brasileiro enveredou esforços para a promoção biotecnológica, não somente para atender aos reclamos da saúde pública, mas, também, com o objetivo final de estimular o desenvolvimento industrial. Não é possível indicar as características do setor privado brasileiro, diante do seu dinamismo e concentração empresarial, mas um distintivo especial haveria de ser ressaltado: a criação de polos, parques como centros biotecnológicos em todas as cinco regiões geográficas do País.

1.2.2 A tecnologia biológica e sua importância no mundo atual

Se prescindirmos do natural aperfeiçoamento, evolução e progresso da humanidade, em suas conquistas sociais e econômicas, os conhecimentos científicos e tecnológicos constituem elementos essenciais do reflexo da evolução real do mundo. Demais disso, servem para lograr uma posição de vantagem em todo o conteúdo concreto dos aspectos da trajetória histórica do desenvolvimento humano. É completamente compreensível pensar em uma área na qual não esteja presente alguma forma manifesta de tecnologia, e isso ocorre desde operações simples e quotidianas como o pagamento de um serviço de transporte público, até a geração de energia nuclear ou a exploração espacial. É de se entender que, todo esse conjunto

de conhecimentos tecnológicos representa um altíssimo valor, não somente estratégico e político, senão também econômico, portanto, suscetível de ser objeto de negócios mercantis, que graças às suas potenciais repercussões na sociedade, será, em maior ou menor medida, a forma de transição dos limites da ciência de bem do mais puro ponto de vista abstrato para o ponto de vista concreto.

É evidente que a realidade não se limita somente a esse tipo de contradição (abstrato e concreto), especialmente em um assunto tão amplo como a Biotecnologia. Mas é necessário lembrar que contradições internas presidem o objeto de uma pesquisa e o processo de seu conhecimento.

Se a pesquisa houvesse de se aprofundar por uma das vias das ciências em geral, haveríamos de bifurcar outros aspectos contraditórios e úteis para o estudo do fornecimento de tecnologia, além dos pontos de vista abstrato e teórico acima mencionados, tais como aqueles que seriam simples e complexos, o geral e o particular, ou o estático e o dinâmico, se considerássemos apenas alguns aspectos da conexão das ciências.

1.2.3 Da Biotecnologia no mundo

A Biotecnologia pode ser entendida como uma engenharia genética e, particularmente, como uma manipulação do ADN recombinado. Mesmo em diferentes áreas, seja nas tradicionais como a tecnologia farmacêutica, que mantém organismos vivos involucrados e que normalmente podem se reproduzir, o que mais causa certa perturbação muito cedo na evolução das leis e do fato de que muitos dos produtos e processos que são patenteáveis sejam derivados de produtos e processos naturais.

Assinalamos mais uma vez que a Biotecnologia se refere às tecnologias que utilizam organismos vivos. E a palavrátécnica faz referência basicamente à genética, à microbiologia, à biologia e à bioquímica e seus campos de aplicação, que se encontram relacionados com a agricultura, a

química, a indústria farmacêutica, a saúde, a produção de alimentos e a conservação do meio ambiente.

Os organismos vivos utilizados na Biotecnologia são os organismos vivos em seu estado natural (como os organismos usados em processos de fermentação), os organismos obtidos por meios convencionais (o procedimento essencialmente biológico) de seleção, cruzamento ou mutação, e os organismos modificados por novas técnicas, como a engenharia genérica ou a técnica da fusão celular.

1.2.4 A concentração do conhecimento biotecnológico

Os cientistas e pesquisadores parecem enxergar com lucidez o caráter peculiar da Biotecnologia, e sua diferença fundamental no quadro do conhecimento geral. Essa percepção científica, intensamente sentida e expressa com vigor, permitiu, especialmente a um grupo de países, enfrentar com êxito o desafio do bem-estar dos povos e das necessidades dominantes de nossa civilização. É nesse ponto que se faz um questionamento sobre as carências materiais do indivíduo e de sua capacidade de proporcionar resultados práticos e úteis para supri-las. Sem entrar em minúcias, a concentração da produção e do conhecimento biotecnológico representam uma das características mais discrepantes ou contraditórias do progresso e das melhorias de condições da vida moderna. E é embasado nessa premissa de êxito contraditório, que se extraem dos fatos objetivos o quanto são polarizados os esforços e os gastos com a pesquisa e desenvolvimento e, por sua vez, o quanto é considerável a falta de homogeneidade entre os países produtores e consumidores de tecnologia. A experiência nos ensina que tudo muda, e que nada há de estável no domínio do conhecimento científico e tecnológico. Entretanto, seja por diferenças de desenvolvimento prévio ao próprio conhecimento em curso, seja pela falta de capacidade de financiamento da pesquisa ou de manter um elenco de pesquisadores, essa divisão multicolorida do uso da tecnologia é reduzida a poucos matizes quanto se trata de conhecer quem produz o conhecimento. Do ponto de

vista dos benefícios, a tecnologia atinge a todos, mas não é estruturada e paritária quanto ao reduzido grupo de países que venceram os desafios dos resultados práticos de dominar os instrumentos tecnológicos. Sob a influência dessa premissa de contradição, registramos que 15% apenas da produção mundial proveem a maior parte das inovações tecnológicas no mundo, ao passo que menos da metade da população mundial é capaz de adaptar essas tecnologias na produção e consumo. E mesmo se pode dizer, de verdade, que todo o restante da população, ou seja, um terço da população mundial, se encontra tecnologicamente isolada, sem condições técnicas sequer de adaptar tecnologias estrangeiras ou mesmo de iniciar pesquisa e desenvolvimento próprios.

Em um breve resumo, que bem poderia ostentar a qualidade de uma panorâmica da produção da tecnologia biológica, a formação das ideias fundamentais da Biotecnologia não serviu para o progresso científico somente, mas, também, para forjar uma situação única e privilegiada. E se tornou um verdadeiro paradoxo na aparição dos princípios e ideais fundamentais da explicação científica, incompatível com a tradição de acelerar o progresso mediante a promoção e divulgação dos avanços tecnológicos. A finalidade da criação científica se modifica para se tornar um interesse de conceito econômico em seu movimento de aceleração do progresso científico, e a gerar um conhecimento mais concentrado. Sintetizado esse efeito econômico, o rumo das transformações dos instrumentos das ciências e dos experimentos realizados incluiria não somente a elevação do bemestar geral, mas a concentração econômica da tecnologia. A par dos traços fundamentais comuns da concentração de produção e de desenvolvimento tecnológico, a produção do conhecimento biotecnológico ocupa uma posição peculiar porque conta com menos representantes que o rol dos países produtores de tecnologia em geral.

Enfim, se na produção tecnológica geral é uma pequena parte do mundo que produz conhecimento, o conhecimento da Biotecnologia é limitado a uns poucos países. Há razões para se pensar em uma solução para esses problemas, mas há igualmente motivos para se reconhecer a

atitude desinteressada das instituições na pesquisa biotecnológica. O que significaria sublinhar a falta de quadros ou de recursos para investimentos em pesquisa e desenvolvimento, mas, pode-se igualmente atribuir também essa situação ao descaso ou ao desdém com que os propósitos do desenvolvimento nacional sejam estabelecidos por cada sociedade. A aceitação dessas afirmações implica ter de se enfrentar problemas aparentemente insolúveis. Por outro lado, como chegar a outros resultados se a UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development [Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento]) em estudo conhecimento constatou que, só nove países da OCDE concentram 90% dos gastos mundiais de novas tecnologias, enquanto que o percentual de gasto dos países em vias de desenvolvimento em matéria de pesquisa e desenvolvimento representa somente 6% dos gastos mundiais?

1.2.5 O elevado custo da produção biotecnológica

A produção tecnológica está associada a processos de inovação, pesquisa e desenvolvimento, os quais implicam um alto custo econômico que, em sua maioria de casos, só pode ser assumido por aqueles que dispõem de recursos suficientes para fazer frente a essas exigências. Lamentavelmente, a propriedade industrial - disciplina encarregada da proteção de novos desenvolvimentos-, não só não tem dado solução a essa problemática, senão de alguma forma que a provocar uma verdadeira piora ou prejuízo. O exemplo paradigmático dessa situação se encontra no sistema de patentes de invenção, que dentro dessa disciplina, representa a forma mais usual de proteger os conhecimentos tecnológicos. Devido ao princípio da territorialidade que rege a proteção da propriedade industrial, o titular de uma nova tecnologia suscetível de ser protegida, por meio do sistema de patentes, deverá dirigir-se a quantos territórios queira explorar de forma exclusiva sua invenção e em cada um deles deverá dirigir-se a quantos territórios queira explorar de forma exclusiva sua invenção e em cada um deles levar a cabo o procedimento administrativo para lograr a concessão da patente. Para tal fim, será necessário o pagamento de taxas

oficiais que cada país estabeleça, mais os honorários profissionais de um agente local, que o represente no processo de registro.

Essas peculiaridades que se examinam em conjunto, somadas aos altos custos da pesquisa e desenvolvimento, associados à proteção dos resultados dessas atividades conduzem a que, na maioria dos casos, os titulares de direitos de propriedade intelectual sobre os conhecimentos biotecnológicos sejam empresas com um importante poder econômico, bem seja porque desenvolveram sua própria tecnologia ou porque adquiriram os direitos contratualmente.

Adicionalmente ao já exposto, outro efeito que gera o elevado estado de custo da produção e proteção dos conhecimentos tecnológicos radica em que a contribuição desses ao esquema produtivo do país receptor é mínima, devido, em muitas ocasiões, ao que os processos de adaptação das condições locais supõem um esforço econômico adicional da aquisição dos conhecimentos tecnológicos. Essa informação foi coletada em um documento da UNCTAD, apresentado no desenvolvimento das negociações sobre o Código Internacional de Conduta sobre Transferência de tecnologia no que se expõe:

“A dependência dos países em vias de desenvolvimento é consideravelmente maior e a contribuição da tecnologia adquirida é mais baixa que para outros países importadores finais de tecnologia porque os países em vias de desenvolvimento não têm, na maior parte dos casos, a capacidade de organização, investigação e de engenharia para poder ajustar, adaptar e assimilar a tecnologia importada aos seus próprios necessários.”

PARTE 2 - A TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

2.1 Noção

Por *transferência de tecnologia* se entende um complexo deslocamento de situações, na qual o objeto material é o conhecimento tecnológico. Os juristas parecem tomar a ideia de transferência como abrangida na temática contratual. Dessa forma, costumam empregar a figura da transferência de tecnologia como associada, ou mesmo uma classe de contrato, ao *contrato de transferência de tecnologia*. Alguns autores vão além da função técnica do contrato e usam o contrato de licença em sentido amplo, para se referirem à concessão feita por um titular de patente, modelo de utilidade, assistência técnica ou mesmo segredo industrial. Há ainda quem prefira um significado mais restrito e usam a figura como *contrato delícença*. A falta de harmonização não impede que se reconheça que esses contratos são todos mistos ou coligados (pois o coligado não forma uma nova espécie contratual, como ocorre com o misto), com variações em número não conhecido.

Nesses contratos, se outorga a um cessionário os conhecimentos necessários para compor a tecnologia a ser utilizada. Normalmente vão acompanhados de uma série de disposições sobre se revelam as condições exigidas pelo cedente, dentre as quais a qualidade e uso de marca. E igualmente ordinária é a remuneração mais conhecida na sua versão anglo-saxônica “royalties”. Royalties corresponderia, segundo a literatura especializada, ao termo *realdades*, em português, que é usado neste texto.

2.2 Cláusulas mais comuns nos contratos de transferência de tecnologia

A natureza mista ou coligada dos contratos de transferência de tecnologia não impede a formação de um núcleo comum de disposições, que resultam da sua própria finalidade, a despeito das partes se convencerem de que outras cláusulas poderão ser apostas ao negócio.

Dentre as cláusulas conhecidas é de se citar as seguintes:

- (1) Determinação dos deveres do cedente;

- (2) Os deveres do cessionário;
- (3) Caráter temporal da tecnologia: definitiva ou temporária;
- (4) Forma de pagamento;
- (5) Unidade monetária;
- (6) Bases do cálculo das realdades (royalties);
- (7) Efeitos dos tributos na transferência;
- (8) Duração do contrato;
- (9) Indicação da produção mínima (ou máxima) dos produtos gerados pela tecnologia;
- (10) Limitações e condições para o uso da tecnologia;
- (11) Mercado dentro do qual poderá atuar do cessionário;
- (12) Assistência técnica que prestará ao cedente;
- (13) Dever de preservar o segredo sobre a tecnologia;
- (14) Exigências quanto ao modo de empregar a tecnologia;
- (15) Qualidade dos materiais a serem usados;
- (16) Qualidade dos bens produzidos;
- (17) Garantias e sanções por descumprimento contratual;
- (18) Causas de extinção do contrato;
- (19) Retrocessão de toda tecnologia desenvolvida;
- (20) Designação do foro competente para dirimir o conflito;
- (21) Previsão de arbitragem.

2.3 As obrigações de meio e resultado

O curso do desenvolvimento das Ciências Jurídicas, como de toda ciência em geral, se revela em distintas maneiras, em igualmente distintas etapas históricas. E uma tendência está dirigida à transferência de

tecnologia, na forma de se utilizar as obrigações contratuais: as obrigações de meio e de resultado.

Para elaborar um sistema de comunicações entre credores e devedores, baseia-se o Direito em formas relativas e marcadas por um conteúdo econômico. Assim se explica de modo direto e objetivo a obrigação. Surge, então, imediatamente, esta pergunta: qual a relação da obrigação com os contratos de transferência de tecnologia?

Muitas seriam as formas de se responder. Haveria de se perguntar, então, se um contrato não seria fonte de direitos e deveres para as partes cocontratantes? E a afirmação da resposta se explica, segundo muitas opiniões, de que esses direitos e deveres relacionados às partes são justamente as obrigações.

Coube ao jurista francês Demogue a construção teórica da ideia de obrigação mais peculiar ao contrato de transferência de tecnologia: a obrigação de meio e de resultado. Sua forma autoenunciativa de classificação destaca que na obrigação de resultado, a execução é atingida quando o devedor cumpre o objetivo final; ao passo que na de meio, o desvio de certa conduta ou omissão em certas precauções a que se comprometeu o devedor para não atingir o resultado esperado.

Por conseguinte, em uma transferência de tecnologia, o contrato traz consigo correspondente propósito de ceder com êxito o produto da negociação: a tecnologia. E em favor desse esquema há o pensamento comum de que se a tecnologia não foi transferida, o contrato terá se frustrado na sua finalidade. Muitos trabalhos relacionados aos contratos de transferência de tecnologia assentam-se nessa verdadeira condição em movimento para alcançar o resultado final do negócio.

Em concordância com as condições acima expostas, a transferência de biotecnologia deveria ser, igualmente, uma utilização de correspondência biunívoca das consequências obrigacionais dessa construção teórica tal como usada no mundo comercial, como é o contrato de transferência de tecnologia.

Como se vê, há uma certa semelhança entre os efeitos do contrato de transferência de tecnologia e o contrato de transferência de biotecnologia, uma vez que tanto um quanto o outro procuram a mesma coisa, ou seja, um resultado. E uma união de ideias de um contrato e outro conduziria a uma formação comum e ao aproveitamento direto de toda experiência já conhecida e usada nos contratos de transferência de tecnologia em geral.

A diferença consiste só em que a cadeia biológica, na qual se assenta a Biotecnologia, pode não se realizar. A formação combinada dos elementos decisivos para o resultado pode não ocorrer. E isso se faz evidente pelas diferentes condições de clima e temperatura, dentre outros, na geração de resultados concretos, esperados pela aplicação de um contrato com obrigações, marcadamente de resultado, como ocorre no comum dos casos com a transferência de tecnologia.

Se é conhecido o pluralismo da vida, e sabemos que o meio ambiente é tão complexo quanto as demais complexidades conhecidas, parece ser um erro resolver o problema da transferência de biotecnologia sem ignorar a antítese *mecânico* e *orgânico* e de algo que está vivo e algo que não tem vida.

Uma vida se vê frente a si mesma e mais nada além da morte. Se não há vida, há impotência e inanidade. É nessa cômoda antítese do orgânico e do mecânico, que todo desdobramento deve transcorrer. O ponto de vista mecânico da transferência de tecnologia não leva a uma adesão ao uso da obrigação de resultado nas condições qualitativas gerais para as condições quantitativas de probabilidades de uma transferência de biotecnologia. Seria exemplo a arrumação da estrutura de certo tipo de micro-organismo para ser utilizado em condições climáticas distintas de sua formação original. E esse resultado estará a depender mais das condições exigidas para uma apreciação de obrigações de meio do que de resultado. É que, sem o esforço esperado, o resultado pode não ocorrer, diferentemente de ser o resultado mesmo o esforço para alcançá-lo ter sido o mais corriqueiro e mediano, dentro das condições do contrato. É dessa forma que uma

fábrica pode ser montada já com elementos pré-fabricados e alcançar o resultado com o funcionamento das máquinas a contento.

PARTE 3 A TRANSMISSÃO DO CONHECIMENTO BIOTECNOLÓGICO

3.1 A importância da transferência de tecnologia para a difusão do conhecimento

A promoção tecnológica e o seu conseqüente desenvolvimento são as reais prioridades em uma cessão de tecnologia. E a forma mais abreviada de não se retornar aos primórdios para alcançar os resultados no estado da arte é a via do fornecimento de tecnologia já produzida. Do contrário, toda a pesquisa e desenvolvimento teria que repetir os movimentos mais elementares em sucessão para alcançar conhecimentos exigidos em mercados competitivos, como o consumidor em tempos atuais. Essa política de uma construção original do conhecimento exigiria grandes e contínuos investimentos, que muito bem podem ser resolvidos com uma equivalência de conhecimento tecnológico, alcançável por meio de uma transferência.

Demais disso, as companhias que competem em um dado mercado relevante esperam beneficiar-se do menor custo, se comparado com os gastos com pesquisa e desenvolvimento para novos produtos. Os riscos dos negócios não são normalmente acompanhados por iniciativas de produção original do conhecimento, mas, sim, da busca incessante de lucros em seus empreendimentos. Esse resultado que ajuste os custos com os benefícios são, regularmente, resolvidos com a aquisição de tecnologia de outrem, mediante uma transferência negociada.

3.2 A função social dos processos de transferência de biotecnologia

A transferência de tecnologia implementada por meio do contrato de transferência de licença pode ter um significado mais além do que o meramente econômico, alcançando a possibilidade de cumprir uma função social. Essa visão foi contemplada em diferentes textos normativos e iniciativas de harmonização. Um claro exemplo dessa visão social se pode encontrar nos artigos 7º e 66.a do Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (ADPIC), mais conhecido pelo acrônimo em inglês TRIPS.

O mesmo está coletado em um informe do grupo de trabalho sobre comércio e transferência de tecnologia ao Conselho Geral da Organização Mundial de Comércio (OMC), onde se põe em manifesto a projeção social dos processos de transferência de tecnologia, ao sustentar que esses constituem um dos mecanismos por excelência para procurar o melhoramento das condições de vida dos países em desenvolvimento.

Os argumentos assinalados anteriormente servem para ilustrar a função social que têm os processos de transferência de tecnológica que, tal como sustentam pronunciamentos de diferentes instituições internacionais, se convertem em uma poderosa ferramenta para alcançar o objetivo de melhorar as condições econômicas e sociais dos países com um grau menor de desenvolvimento econômico e tecnológico.

3.3 O contrato como meio de difusão da transferência de tecnologia

A base histórico-cognoscitiva dos contratos modernos remonta ao período da civilização romana, que não somente estruturou a figura do contrato, como o definiu com a principal característica a ser utilizada neste

texto: a de ser um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto. E a importância de se lembrar dessa máxima valoração da vontade está em que, uma vez celebrado o contrato, com a observância das formalidades de estilo, estará o contrato apto a gerar obrigações – fator da mais lúdica essencialidade, sem o qual não haveria direitos e deveres das partes.

Não obstante o rigorismo formal para as formas contratuais, com o passar do tempo e o desenvolvimento das atividades em geral, a função do contrato se alterou, e, sem perder a sua pureza e estrutura, serviu para conformar os interesses na complexidade da vida em nossos tempos, sem que sua força vinculante fosse alterada.

Sem o contrato, o *homo economicus* estancaria suas atividades, porque é o contrato que proporciona a subsistência da toda a gente, sem o qual a vida individual regrediria, e a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários do percurso humano.

Outra virtude se há de considerar. Ao lado da função econômica, serve o contrato como forma civilizadora e desenvolvimentista. É o contrato que promove a circulação de riqueza, aproxima os homens e reduz as diferenças, ao munir todos de instrumentos jurídicos para alcançar os fins determinados pelos interesses econômicos, e porque não dizer, também os interesses da sociedade como um todo. Só resta lembrar que é por dele que a tecnologia se desenvolve e se propaga.

É através das formas e obrigações contratuais que se difundem os avanços da tecnologia. E tudo isso se reflete na ideia de que, um acordo de vontades pode obrigar uma pessoa a ceder a outra, para que os aproveitem, os conhecimentos que têm de processo especial de fabricação, informações ou práticas originais ou só por essa pessoa conhecidos.

Para a análise, esclarecimento e solução da transmissão do conhecimento, deve ser assinalado que ele se dá mediante simples entrega de planos, desenhos ou outros papéis, por meio do fornecimento do material, que incorpore os conhecimentos ou, finalmente, pelo ensino prático de sua aplicação, seja por meio de técnicos enviados para esse fim,

seja pela admissão, na sua própria fábrica, de pessoas designadas para aprender, praticando o processo de fabricação.

3.4 Dificuldades encontradas na propriedade intelectual para os processos de transferência de tecnologia

O desdobramento de todo o campo do conhecimento e da atividade do homem encontrou também seus reflexos na elaboração dos princípios jurídicos que norteiam a construção de um sistema de tutela dos direitos, que resultariam do desenvolvimento e do aperfeiçoamento dos bens decorrentes de todo o esforço e trabalho.

A disciplina da propriedade intelectual adota uma pluralidade de técnicas e instrumentos de proteção dos interesses dos seus titulares. Não há dúvida alguma que não existe apenas uma, mas muitas formas de tutela da propriedade intelectual. E em todas elas se fala de uma tipicidade e um *numerus clausus* de direitos exclusivos.

Por conseguinte, surge a eleição de um dos principais elementos norteadores da propriedade intelectual, ao estabelecer a relação entre as formas da propriedade intelectual e a sua tutela jurídica correspondente - proposição firmada por Tullio Ascarelli que constitui a chave da classificação da Biotecnologia.

Se se admite a premissa de que há uma tutela jurídica para cada forma de manifestação da propriedade intelectual, os distintos aspectos da Biotecnologia seriam capazes de merecer uma única e exclusiva proteção? Essa indagação vai conduzir as linhas mestras desta pesquisa.

Conquanto seja a disciplina da propriedade intelectual o meio mais idôneo para a proteção da tecnologia, uma vez que ela é identificada com os direitos dos produtores do conhecimento tecnológico, seus defensores são tomados em consideração somente porque concordam com as teses dominantes dos países produtores, de quem sofrem influência quase

decisiva. E como é fortemente centralizado, não tolera senão uma orientação de acirramento dessa concentração, ficando a reclamar a consolidação e sistematização mais eficazes por parte de todos os produtores e remetendo apenas ao plano da absorção ou comportamento passivo um verdadeiro estigma para os países remanescentes.

O principal efeito dessa proteção, e que exerceu e continua exercendo a influência mais profunda e duradoura, é o limite especial dos direitos de propriedade industrial da maneira tal como é estabelecido, qual seja, mediante outorga do Estado. Uma experiência original e sem paralelo é o acesso geral da população aos benefícios associados ao desenvolvimento farmacêutico que atribuiu aos seus criadores um poder lastreado em um instinto de dominação que beira aos limites da soberania dos Estados, quando muito não a arrefece ou fragiliza.

Uma sucessão de acontecimentos conduz ao problema da concentração do conhecimento e ocupa o centro das questões do sistema da transferência de tecnologia. E é também o principal obstáculo a ser superado. Ele exerce uma função demolidora na multiplicação do conhecimento a ser difundido, o caráter territorial dos direitos do exclusivo constitui a segunda maior dificuldade. A territorialidade e o princípio que a acompanha - o princípio da territorialidade -, afetam a maioria dos direitos de propriedade intelectual, e de forma mais exclusiva, a transferência de tecnologia. Para bem compreender essa ideia de limite territorial, é necessário lembrar que, a possibilidade de ser explorado simultaneamente em distintas partes do mundo, significa que os altos custos assinalados lhe servem de base. E é nessa realidade, nem ideal nem essencial, que os recursos econômicos adequados para fazer frente a esses custos poderiam gozar da proteção outorgada pelo Estado.

Nesse assunto, pode-se apreciar claramente a dificuldade para encontrar um equilíbrio entre os interesses farmacêuticos, que argumentam sobre a necessidade de obter os direitos exclusivos do que é desenvolvido, com o fim de seguir adiante com seus processos de pesquisa, e os interesses da sociedade no geral, que necessitam ter a seu alcance os tratamentos médicos para enfrentar enfermidades como o

câncer e a SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, mais conhecida como AIDS) a preços razoáveis.

3.5 Desequilíbrio no poder de negociação das partes em um contrato de transferência de tecnologia

A forma mesma que por séculos tem valorado e protegido os produtos do intelecto, e serviu para todos aqueles que criaram ou desenvolveram conhecimentos úteis em seus diversos tipos de proteção em todo o mundo, criou entraves que, de maneira combinada com as leis de comércio internacional, geram verdadeiras escalas em linha vertical até o desenvolvimento econômico.

E o estado do comércio e da economia mundial circunscreve os produtos intelectuais nas suas categorias básicas: direitos autorais, patentes, marcas, segredos de negócios, além das novas categorias, que muito bem podem ser representadas pelo *circuitointegrado*, mais conhecido pela sua versão anglófona *chip*, em referência à pastilha sólida que se constitui e aparenta.

Esse esquema geral tem logrado êxito para os fins a que se destina, mas não é capaz de adaptar as novas formas conhecidas de criatividade e inovação para os demais países, não produtores de tecnologia. É suficientemente engenhoso na sua capacidade de proteção e tutela, mas, proporcionalmente, se move em escala mundial, para transformar os demais países não-produtores de tecnologia em meros consumidores e protetores de direitos que, em realidade, não conhecem em sua essência ou concepção.

A tecnologia não flui em seu conhecimento, mas em seu uso. E os efeitos que desenvolve, embora tenha um papel facilitador do uso da tecnologia nova e útil, não estimula o crescimento comercial bilateral, nem aproveita o ritmo do desenvolvimento econômico em ampla medida.

Ao adotar esse sistema de importação de tecnologia, todo um país se submete a uma custosa dependência econômica pretensamente perpétua, e impõe uma verdadeira desvantagem, de modo a formar um desequilíbrio das partes em negócios que venham a ter algum papel positivo nos negócios de transferência de biotecnologia, e da tecnologia em geral.

3.6 As vias para se levar a cabo uma transferência biotecnológica

Para resolver essa situação, devem ser incentivadas as políticas científicas governamentais e universitárias destinadas a projetos biotecnológicos em pesquisa e desenvolvimento. E essa última redundará em um aumento substancial da quantidade de publicações científicas e aumento equivalente no número de patentes. Paralelamente à transferência de tecnologia, devemos considerar, nesta pesquisa, que a reestruturação das políticas governamentais para a Biotecnologia deve seguir os seguintes passos: (1) publicações científicas de acesso aberto, (2) de livros científicos, (3) de patentes; (4) de produtos relacionados aos existentes no mercado.

A escolha da atividade inventiva tem que ser suscetível de aplicação industrial, cumprindo com os três requisitos legais básicos para o patenteamento. O melhor exemplo para ilustrar a pesquisa é o caso mais relacionado como tema central de investigação, que é o caso Chakrabarty.

Sem que se trate de uma tese alentada e grandiosa para descrever e classificar a transferência biotecnológica, toda compreensão do uso do método conceitual tem, além de um amplo espaço de argumentação, a possibilidade de ser demonstrado. Tratando-se de pôr como base em todo raciocínio jurídico sobre a forma como o jurista descreveria uma transferência de biotecnologia, os primeiros conceitos extraídos foram exatamente os abstratos. Faz-se necessária a lembrança desenvolvida precisamente na concepção teórica, no primeiro digno de repercussão acerca do conhecimento biotecnológico: o caso Chakrabarty.

Não é possível que sejam indicadas, naturalmente, as características gerais que acompanharam o debate e o desenvolvimento do caso Chakrabarty. Interpretando os fenômenos desenvolvidos, pode-se qualificar alguns dos aspectos particulares do ocorrido. No dia 17 de março de 1980, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América votou, por maioria, a possibilidade de concessão do direito de registro de patente para uma linhagem de bactéria. A espécie era do gênero *Pseudomonas*, transportadora de segmentos de ADN (ácido desoxirribonucleico) estranhos, denominados plasmídios, capazes de conferir características genéticas distintas do que era encontrado, naturalmente, na bactéria.

Esse pesquisador, Ananda Chakrabarty, afirmava que teria “inventado” um micro-organismo que não ocorria na natureza e que exibia importantes propriedades para emprego geral, especialmente pelo derramamento indevido de petróleo, já que teria a capacidade de consumir óleo derramado.

Essa controvérsia foi o marco inicial dos estudos jurídicos sobre a importância do sistema de patentes de seres vivos e de sua contribuição para a tecnologia biológica, ou mais especificamente, para a Biotecnologia. Sua contribuição, entretanto, vai muito além da própria sistemática das patentes, porque ocupará o lugar central nos problemas futuros de transferência de Biotecnologia.

CONCLUSÕES

Da experiência de uma análise pretensamente segura manifesta-se a tendência principal, proclamada e divulgada pelas universidades mais modernas, sejam nacionais sejam estrangeiras, de primar pelo desenvolvimento sócio-político dos povos, pelo engrandecimento e dignidade da pessoa humana, nas suas mais variadas acepções, como, por

exemplo, na pesquisa realizada, resultante dos problemas mais enraizados e verdadeiramente fundamentais entre tecnologia e desenvolvimento biológico. O processo nacional de evolução tecnológica, tratado nesta pesquisa em particular, atravessou determinadas etapas que, a despeito de serem rápidas ou mais lentas, conforme as condições de dificuldade, em tempo algum ignorou o nível de atividade de alta relevância dos temas relacionados à promoção tecnológica, à capacidade das instituições nacionais e, como não poderia deixar de ser, o esforço contrário ao desenvolvimento do País.

A contraposição entre as forças antidesenvolvimentistas – representadas pela reação à pesquisa e ao deliberado não-investimento, somado ao déficit de quadros - e aquelas que primam pelo desenvolvimento do Brasil - não foram ignoradas, mas, ao contrário, tratadas como algo que deve ser impreterivelmente considerado e avaliado como uma das manifestações da tensão entre duas verdadeiras linhas de atuação na política econômica mundial. Os mais resistentes meios de elevação ao progresso e ao desenvolvimento do País, ou mesmo de outros países, foram considerados na pesquisa, especialmente pela orientação agressiva de grandes grupos econômicos, na tentativa de impedir o processo de liberação tecnológica em escala mundial. Os países em desenvolvimento – algo que não se deve olvidar-, são os maiores destinatários das ações desses grupos etnocêntricos organizados em forma de companhias multinacionais, que, quando muito, reforçam a riqueza concentrada nos seus países de origem e, onde, normalmente, têm a sua sede.

Do que vem a ser ressaltado, se evidencia que o estágio foi norteado pelo sentido de se obter um equilíbrio entre o interesse social e o interesse privado, entre o direito dos titulares da propriedade intelectual e a promoção tecnológica. Procedendo nesse raciocínio, a pesquisa recusou o que se poderia denominar de caráter anacrônico do modelo clássico de propriedade, seja como paradigma, seja como fonte dos direitos que envolvem tecnologia, assim como o vetusto e superado argumento liberal ou de uma suposta liberdade absoluta na condução ou do destino do

conhecimento e da tecnologia na economia moderna, não obstante tal afirmação, por sinal, exorbite o objeto da pesquisa realizada. A essas premissas liberais e sem propósitos sociais é necessário assinalar que a Constituição da República afastou as dúvidas existentes para a sociedade brasileira relativamente aos resultados das pesquisas tecnológicas e sua correspondente tutela pelo regime da propriedade intelectual: deve ser observado o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (art. 5º, XXIX).

O significado da propriedade intelectual nos estudos da transferência de tecnologia em geral, além disso, deve ser ressaltado e exaltado pelos estudiosos da transferência de biotecnologia. A despeito da presença de enfoques cognoscitivos distintos, foram os profissionais (propriedade intelectual) que tornaram possível a construção de uma grande estrutura teórica (da transferência de tecnologia), sem paralelo em seu dinamismo. E em sua classificação, elevaram os estudiosos da propriedade intelectual a figura o contrato para o campo mais fértil de aplicação da transferência de tecnologia.

Duas premissas se fazem necessárias para os campos dispersos da transferência de tecnologia biológica. A primeira é que o significado dos trabalhos, apreciados por resultados práticos, para a transferência que gera tecnologia, não se aplica em correspondência absoluta à transferência de biotecnologia. É que o enfoque dinâmico da natureza e da vida estarão a exigir um verdadeiro sistema próprio para uma e para outra.

Sob um ponto de vista dinâmico, a formação dos elementos vivos, tais como os micro-organismos, que podem chegar às raias das teorias evolucionistas, não se coadunam com os elementos estáticos e sem vida que os mecanismos normais da transferência de tecnologia apresentam ou ordinariamente utilizam. Aqui, neste estudo, a vetusta distinção do que é estático e do que é dinâmico, parece ter uma aplicação direta e específica.

Esse enfoque estático-dinâmico é o ponto de partida para distinguir as reações biológicas da tecnologia aqui estudada daquelas outras que se

ajustam com procedimentos que se complementam uns aos outros, tais como máquinas, matéria prima e eletricidade.

A transferência de biotecnologia ainda – ou talvez sempre! – exigirá riscos não conhecidos pela capacidade dos seres vivos de alterarem sua própria forma de ser e de sofrerem os influxos externos de temperatura e pressão. É por isso que a tentativa de abranger a biotecnologia pela tecnologia geral e a transferência biotecnológica pela tecnológica encontra limites. Assim, a influência da vitoriosa teoria das obrigações de resultado para os contratos de transferência de tecnologia não abriga os contatos de transferência de biotecnologia que continuarão a ser guardados pelo regime das obrigações de meio.

A elaboração de uma nova forma de conhecimento científico baseada em uma visão interdisciplinar do conhecimento biológico para o tecnológico poderia gerar um especial interesse de desmistificar a premissa fundamental elaborada por Tullio Ascarelli, de que haverá uma tutela para cada forma de manifestação da propriedade intelectual. Dessa forma, a Biotecnologia estaria a determinar um desvio em todo conhecimento construído em nosso País, baseado nos trabalhos de Tullio Ascarelli.

É a esse respeito que surge uma questão de importância excepcional sobre a relação entre formas de propriedade intelectual e a sua proteção ou tutela jurídica. A sucessão combinada de elementos químicos e biológicos não nos parece criar um novo regime de classificação científica da propriedade intelectual. A proposição de Tullio Ascarelli, se agrega mais uma vez sobre a propriedade industrial, por meio de uma compreensão própria: eles são isomórficos!

O isomorfismo será a fórmula de aplicação em correspondência biunívoca à Biotecnologia e à Química e à Farmacêutica, porque são estruturas complexas em suas entidades e que se aplicam umas às outras, indistintamente, como partes com um papel similar, nas respectivas estruturas. Não obstante a complexidade dos elementos biológicos, a

afirmação de Tullio Ascarelli não se vê desconstituída pelos descobrimentos da Biotecnologia, mas se levanta com seus próprios pés.

Dito de outra maneira: o segredo do êxito das teorias desenvolvidas por Tullio Ascarelli está no fato de que ele captou corretamente a tutela de proteção da propriedade intelectual, sem prejuízo das complicações dos fenômenos estudados pelas distintas áreas do conhecimento e que sejam capazes de merecer uma proteção pela propriedade intelectual.

Assim se levam à conclusão as premissas da não aplicação da obrigação de resultado em correspondência da tecnologia geral transferida para a biotecnologia e a não-separação entre a obra de Ascarelli e Biotecnologia protegida e transferida.

BIBLIOGRAFIA

ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*. Istituzioni di Diritto Industriale. Milão: Giuffrè, 1960.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BIZEC, René-François. *Les transferts de technologie*. Paris: PUF, 1981.

BOFF, Salete Oro; Pimentel, Luiz Otávio. *Propriedade intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento*. Passo Fundo: Imed, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARRASCO SOURÉ, Hugo. *La propiedad intelectual y la investigación farmacêutica*. México: Porrúa, 2012.

CASTIGLIONE, Pietro. *La tecnologia del Brasile*. Pádua: Cedam, 1969.

COMTE, Auguste. *La méthode positive en seize leçons*. Paris: Vigot Freres, 1917

CORREA, Carlos M. *Derechos de propiedad intelectual competência y*

protección del interés público. Buenos Aires: Euros Editores, 2009.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Propriedade intelectual A tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: RT, 1998.

DIAZ, Álvaro. *América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio*. Santiago: Cepal, 2008.

DELL'ANNO, Davide. *La conoscenza dall'università all'impresa. Processi di trasferimento tecnologico e sviluppo locale*. Roma: Carocci, 2010.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. *Privilégios de invenção, engenharia genética e biotecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

FLORES, César. *Contratos internacionais de transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência*. São Paulo: RT, 2004.

GASSEN, Hans Günter. *Biotecnologia em discussão*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 20^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONZÁLEZ, Maria Estrella L.; XAVIER FILHO, Lauro; CÓRDOBA, Carlos Vicente. *Metabolitos vegetales y microbianos para la indústria un enfoque biotecnológico*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2008.

GRÜN, Ernesto. *Una vision sistematica y cibernética del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

GUERRERO GAITÁN, Manuel. *Los contratos de transferencia internacional de tecnologia*. Bogotá: Universidad Externato de Colômbia, 2014.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. António Correia, Coimbra: Armênio Amado, 1980.

HOUGH, J.S. *Biotecnología de la cerveza y de la malta*. Zaragoza: Acribia, 1990.

HOSELITZ, Bert F. *Aspectos sociológicos do crescimento*. Rio de

Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

HULL, L. W. H. *Historia y Filosofia de la ciencia*. Trad. Manuel Sacristán, Barcelona: Ariel, 1977,

IACOMINI, Vanessa. *Propriedade intelectual e biotecnologia*. Curitiba, Juruá, 2007.

JAGNOW, G.; DAWID, W. *Biotecnología Introducción con experimentos modelo*. Zaragoza: Acribia, 1991.

LARPENT, J. P. *Biotechnologie des levures*. Paris: Masson, 1991.

LE MOIGNE, Jean-Louis. *A teoria do sistema geral*. Trad. Jorge Pinheiro. Lisboa: Piaget, 1990.

LEONARDOS, Gabriel Francisco. *Tributação da transferência de tecnologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Petrópolis: Vozes, 2002.

MARTINE, George; Castro, Cláudio de M. *Biotecnologia e sociedade: o caso brasileiro*. São Paulo: Almed, 1985.

MARTÍNEZ, Gerson Elí; CASTRO BONILLA, Alejandro. *Propiedad intelectual y acceso a medicamentos esenciales de calidad em Centroamérica*. San Salvador: Funde, 2008.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 13º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MATHIEU, Vittorio. *Crisi della tecnica*. Roma: Dino Editore, 1999.

MATURANA, Humberto. *A ontologia da realidade*. Trad. Cristina Magro. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

OLSCAMP, Paul. J. *Introdução à Filosofia*. Trad. Carlos Sebastião Mesquitella. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1980.

PALAZZOLO, Vincenzo. *Scienza e epistemologia giuridica*. Pádua: Cedam, 1957.

PALMA, G. A.; BREM, G. *Transferencia de embriones y biotecnologia*

de la reproducción en la especie bovina. Buenos Aires: Hemisferio Sur, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. V. III. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PANIKER, Raimundo. *Ontonomia de la ciencia*. Madri: Gredos, 1961.

PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. *Contrato internacional de transferência de tecnologia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*. São Paulo: Makron, 1999.

ROBLES, Gregorio. *Epistemologia y derecho*. Madri: Piramide, 1982.

SERAFINI, Luciana Atti; BARROS, Neiva Monteiro de; AZEVEDO, João Lúcio de. *Biotecnologia: avanços na agricultura e na agroindústria*. Caxias do Sul: EDUCS – Editora Universidade de Caxias do Sul, 2002.

SHERWOOD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Edusp, 1992.

SILVA, Miguel Moura e. *Inovação, transferência de tecnologia e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*. 4ª ed. São Paulo: Manole, 2011.

SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira de. *Patente de invenção em biotecnologia transgênica: exercício abusivo na agricultura*. São Paulo: Verbatim, 2017.

STANZICK, Karl-Heinz; GODOY, Horacio H. *Inversiones extranjeras y transferencia de tecnologia en América Latina*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1972.

STRENGER, Irineu. *Marcas e patentes*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

TABAK, Fanny. *Dependência tecnológica e desenvolvimento nacional*. Rio de Janeiro: Pallas, 1975.

TAVARES, Luiz Eduardo dos Santos. *Prospecção, proteção & transferência de tecnologia: um manual de propriedade intelectual*. Fortaleza: EdUECE, 2012.

TREVAN, M. D. et alii. *Biotechnologia: princípios biológicos*. Zaragoza: Acribia, 1990.

VITOLLO, Michele. *Biotechnologia farmacêutica*. São Paulo: Blucher, 2015.

VICENTE, Dario Moura et alii. *Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2016.

WIONCZEK, Miguel S.; BUENO, Geraldo M.; NAVARRETE, Jorge Eduardo. *La transferencia internacional de tecnologia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

YANCHINSKI, Stephanie. *La revolucion biotecnologica*. Madri: Debate, 1985.

ZANINI, Luciana Olivares; DELLAGOSTIN, Odir Antonio. *Patentes: Um tutorial de propriedade intelectual para a biotecnologia*. Lisboa: Chiado, 2015.

L’humanisation du droit international: la personne humaine en tant que sujet du droit des gens¹

Antônio Augusto Cançado Trindade²

Résumé

L’individu est sujet *jure suo* de droit international, comme soutenu au fil des siècles par la doctrine juridique plus lucide, dès les écrits des célèbres “pères fondateurs” de notre discipline. L’importance considérable attribuée à la personne humaine dans le cadre du *droit des gens* par les célèbres “pères fondateurs” de la discipline ne devrait pas être oubliée à notre époque. La soumission postérieure de l’individu à la “volonté” de l’État n’a jamais paru convaincante, et a vite été ouvertement remise en question par la doctrine juridique plus lucide. À notre époque, l’individu est reconnu - et de manière très claire dans la doctrine jusinternationaliste grecque - comme sujet à la fois de droit interne et de droit international. La subjectivité internationale de l’être humain est apparue avec vigueur dans la science juridique du XX^e siècle, comme réaction de la conscience juridique universelle contre les atrocités successives commises contre le genre

¹ Discurso proferido pelo Autor na sessão solene de outorga do título de Doutor *Honoris Causa* da Universidade Panteion de Atenas, realizada no salão-nobre da referida Universidade, em Atenas, Grécia, em 01 de julho de 2014.

² Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília (UnB); Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Presidente Honorário do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Presidente da Sociedade Latinoamericana de Direito Internacional; Membro Titular do *Institut de Droit International* e do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia.

humain. L'*accès direct* de l'individu à la juridiction internationale est donc entièrement justifié pour défendre ses droits, même contre son propre État. La consolidation de la personnalité juridique internationale des individus renforce *pari passu* la responsabilité en droit international pour des abus perpétrés contre les êtres humains. En ce début de XXI^e siècle, cette conquête très importante peut être appréciée dans le cadre du processus historique en cours de l'*humanisation* du droit international.

Abstract

The individual is subject *jure suo* of international law, as sustained along the centuries by the most lucid legal doctrine, as from the writings of the renowned “founding fathers” of our discipline. The considerable importance attributed to the human person in the framework of the *law of nations* by the famous “founding fathers” of the discipline should not be forgotten in our epoch. The subsequent submission of the individual to the “will” of the State has never appeared convincing, and was promptly challenged by the most lucid legal doctrine. In our epoch, the individual is recognized - and quite clearly in Greek jusinternationalist doctrine - as subject of domestic as well as international law. The international subjectivity of the human being has emerged with vigour in the legal science of the XXth century, as a reaction of the universal juridical conscience against the successive atrocities committed against the human kind. The *direct access* of the individual to the international jurisdiction is thus entirely justified so as to defend his rights, even against his own State. The consolidation of the international legal personality of individuals enhances *pari passu* responsibility in international law for the abuses perpetrated against human beings. At this beginning of the XXIth century, this very important advance can be appreciated in the framework of the historical process in course of the *humanization* of international law.

Resúmen

El individuo es sujeto *jure suo* de derecho internacional, como sustentado a lo largo de los siglos por la doctrina jurídica más lúcida, desde los escritos de los célebres “padres fundadores” de nuestra disciplina. La importancia considerable atribuida a la persona humana en el marco del *derecho de gentes* por los famosos “padres fundadores” de la disciplina no debería ser olvidada en nuestra época. La sujeción posterior del individuo a la “voluntad” del Estado jamás pareció convincente, y fue prontamente cuestionada por la doctrina jurídica más lúcida. En nuestra época, el individuo es reconocido - y de modo marcante en la doctrina jusinternacionalista griega - como sujeto del derecho tanto interno como internacional. La subjectividad internacional del ser humano emergió con vigor en la ciencia jurídica del siglo XX, como reacción de la consciencia jurídica universal contra las atrocidades sucesivas cometidas contra el género humano. El *acceso directo* del individuo a la jurisdicción internacional es, pues, enteramente justificado para defender sus derechos, aún contra su propio Estado. La consolidación de la personalidad jurídica internacional de los individuos refuerza *pari passu* la responsabilidad en derecho internacional por los abusos perpetrados contra los seres humanos. En este inicio del siglo XXI, este avance muy importante puede ser apreciado en el marco del proceso histórico en curso de la *humanización* del derecho internacional.

Resumo

O indivíduo é sujeito *jure suo* do direito internacional, como sustentado ao longo dos séculos pela doutrina jurídica mais lúcida, desde os escritos dos célebres “pais fundadores” de nossa disciplina. A importância considerável atribuída à pessoa humana no âmbito do *direito das gentes* pelos famosos “pais fundadores” da disciplina não deveria ser esquecida em nossa época. A submissão posterior do indivíduo à “vontade” do Estado jamais pareceu convincente, e foi prontamente questionada pela doutrina jurídica mais

lúcida. Em nossa época, o indivíduo é reconhecido - e de modo marcante na doutrina jusinternacionalista grega - como sujeito do direito tanto interno como internacional. La subjetividade internacional do ser humano emergiu com vigor na ciência jurídica do século XX, como reação da consciencia jurídica universal contra as atrocidades sucessivas cometidas contra o gênero humano. O *acesso direto* do indivíduo à jurisdição internacional é, pois, inteiramente justificado para defender seus derechos, mesmo contra seu próprio Estado. A consolidação da personalidade jurídica internacional dos indivíduos reforça *pari passu* a responsabilidade no direito internacional pelos abusos perpetrados contra os seres humanos. Neste início do século XXI, este avanço muito importante pode ser apreciado no âmbito do processo histórico em curso da *humanização* do direito internacional.

- I -

La Présence et la Participation de la Personne Humaine dans l'Ordre Juridique International en tant que Sujet du Droit des Gens

J'aimerais commencer par exprimer ma gratitude aux autorités de l'Université Panteion d'Athènes, pour avoir pris l'initiative de cette démarche académique de ce soir, le 1^{er} juillet 2014. C'est un grand honneur pour moi d'être nommé Docteur *Honoris Causa*, et cela me donne l'occasion d'échanger personnellement, ici à l'Université Panteion d'Athènes, avec mes chers collègues et amis de l'École grecque contemporaine de droit international, avec lesquels j'ai partagé au cours des dernières années des moments mémorables dans le milieu académique, à la fois en Europe et en Amérique Latine. Je remercie, en particulier, M. Le Recteur, le Professeur Grigoris Tsaltas, de l'attention de son adresse d'ouverture, et M. Le Vice-Recteur, le Professeur Stelios Perrakis, de la gentillesse de sa *Laudatio*, très significative pour moi.

J'aimerais ajouter qu'il y a déjà longtemps, j'ai appris à apprécier le précieux héritage de l'époque hellénistique, qui a été marquée par une rare prospérité de l'apprentissage et des arts, qui a eu des répercussions dans différentes latitudes sur les siècles qui l'ont suivie.

La Grèce ancienne a été témoin de l'apparition de la grammaire et de la critique de textes (en tant que nouvelle discipline), de la littérature elle-même (poésie, tragédies et comédies); elle a cultivé la philosophie et la sculpture; elle a vu les théâtres se multiplier ; elle a influencé la naissance ultérieure du droit (à l'époque romaine), avec un sens profond de la justice. De façon significative, la profonde influence du stoïcisme dans la pensée hellénistique a ouvert la voie à l'humanisme. Nous avons des raisons d'être reconnaissants, en Europe et en Amérique Latine, pour l'héritage grec que représente la pensée humaniste.

C'est dans le cadre de cette pensée humaniste que je propose de traiter mon sujet aujourd'hui, lors de la cérémonie organisée dans cette Université Panteion d'Athènes. Il s'agit du sujet suivant: "*L'humanisation du Droit international: La personne humaine en tant que sujet du droit des gens / The Humanization of International Law: The Human Person as Subject of the Law of Nations*". Pour apprécier les développements dans le droit des gens contemporain, il est nécessaire de commencer par se tourner, même brièvement, vers les origines de notre discipline, et donc vers les origines du *ius gentium* tel qu'il est venu à être compris, englobant des Etats, des peuples et des individus.

1. La personne humaine dans la pensée jusnaturaliste du droit des gens

L'importance considérable attribuée à la personne humaine dans le cadre du *droit des gens* par les célèbres "pères fondateurs" de la discipline ne devrait pas être oubliée à notre époque. Au cours du XVI^e

siècle, la conception de Francisco de Vitoria (auteur des célèbres *Relecciones Teológicas*, 1538-1539) s’est développée, et selon elle, le droit des gens régit une communauté internationale (*totus orbis*) constituée d’êtres humains organisés socialement en États et conformant l’humanité; la réparation des violations des droits (de l’homme) reflète une nécessité internationale satisfaite par le droit des gens, avec les mêmes principes de *justice* s’appliquant à la fois aux États et aux individus et peuples qui les forment³. Au XVII^e siècle, dans la vision avancée par Francisco Suárez (auteur du traité *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), le droit des nations révèle l’unité et l’universalité de l’humanité et régit les États dans leurs relations en tant que membres de la société universelle.

Peu de temps après, au XVII^e siècle, la conception élaborée par Hugo Grotius (*De Jure Belli ac Pacis*, 1625), supporte l’idée que la *societas gentium* comprend l’ensemble de l’humanité et la communauté internationale ne peut pas prétendre se baser sur la *voluntas* de chaque État individuel; les êtres humains - occupant une position centrale dans les relations internationales - ont des droits *vis-à-vis* de l’État souverain qui ne peuvent pas forcer l’obéissance de leur citoyens de manière absolue (l’impératif du bien commun), car la fameuse “raison d’État” a ses limites et ne peut pas se détourner du Droit. Dans cette ligne de pensée, encore au XVII^e siècle, Samuel Pufendorf (*De Jure Naturae et Gentium*, 1672) soutient aussi l’idée de l’assujettissement du législateur à la raison alors que, au XVIII^e siècle, Christian Wolff (*Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749) pense que comme les individus devraient - dans leur association à l’État - promouvoir le bien commun, l’État, à son tour, a le devoir corrélatif de rechercher sa perfection.⁴

³. À son tour, Alberico Gentili (auteur de *De Jure Belli*, 1598) soutenait, à la fin du XVI^e siècle, que le Droit gouverne les relations entre les membres de la *societas gentium* universelle.

⁴A.A. Cançado Trindade, “A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* - Madrid (2003) pp. 240-247; A.A. 54

La personnification ultérieure de l'État tout puissant, inspirée surtout de la philosophie du droit de Hegel, a eu une influence néfaste sur l'évolution du droit international à la fin du XIX^e siècle et dans les premières décennies du XX^e siècle. Cette tendance doctrinale a résisté du mieux qu'elle pouvait à l'idéal de l'émancipation de l'être humain du contrôle absolu de l'Etat et à la reconnaissance de l'individu comme sujet de Droit International. Mais la soumission de l'individu à la "volonté" de l'État n'a jamais paru convaincante, et a vite été ouvertement remise en question par la doctrine plus lucide. L'idée d'une souveraineté absolue de l'Etat, - qui a conduit à l'irresponsabilité et à la présumée omnipotence de l'Etat, - n'empêchant pas les atrocités successives commises par lui (ou en son nom) contre les êtres humains, - est apparue avec le passage du temps comme entièrement non fondée.

Dans son étude sur *La morale internationale* (1944), publié pendant la II^e. guerre mondiale, N. Politis attirait l'attention, avec des références à des leçons des tragédies d'Eschyle et d'Euripide⁵, sur le nécessaire équilibre - toujours avec tension - entre la légalité et la justice. La pensée humaine, aux XVIII^e et XIX^e siècles, se montrait déjà consciente de cet équilibre nécessaire; cette conviction a graduellement commencé à pénétrer dans la conscience humaine⁶. N. Politis a averti, avec perspicacité, qu'"[à] la différence des profits de l'injustice et de l'illégalité, qui, s'ils peuvent être rapides, ne sont pas assurés de durer, ceux de la justice et de la légalité, sans doute plus lents, sont certainement plus durables"⁷. Au cours de tout le XX^e siècle, la pensée humaniste a

Cançado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", in *14 Revue québécoise de Droit international* (2001) n. 2, pp. 207-239.

⁵. N. Politis, *La morale internationale*, New York, Brentano's, 1944, pp. 100, 102 et 157.

⁶. *Ibid.*, p. 158, et cf. p. 164.

⁷. *Ibid.*, pp. 161-162.

resisté aux tyrannies, et a reconnu la nécessité impérieuse des *valeurs*, beaucoup plus importantes que la volonté⁸.

L'État - il est reconnu de nos jours - est responsable de tous ses actes (à la fois *jure gestionis* et *jure imperii*), ainsi que de toutes ses omissions⁹. En cas de violation des droits de l'homme, l'accès direct de l'individu à la juridiction internationale est donc totalement justifié pour défendre ces droits, même contre son propre État¹⁰. À partir des travaux ayant résulté en une résolution prise par l'Institut de Droit International en 1929, S. Sefériadès a donné un cours à l'Académie de Droit International de La Haye en 1935, dans lequel il a soutenu l'accès direct des individus à des juridictions internationales, pour améliorer "la justice de ce monde". Il s'agissait d'une vraie nécessité; à son avis,

"[L]a protection diplomatique s'efface ainsi complètement lorsque la justice apparaît. Devant elle, ce n'est plus l'État protecteur qui se présente, mais, directement, le particulier intéressé lui-même: c'est celui-ci qui parle"¹¹.

À notre époque, l'individu est reconnu comme sujet à la fois de droit interne et de droit international. En fait, il est toujours resté en contact,

⁸. Cf. R.P. Sertillanges, *Le problème du mal - l'Histoire*, Paris, Aubier, 1948, pp. 395-397.

⁹. *Ibid.*, pp. 247-259.

¹⁰S. Glaser, "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif", in *Mélanges offerts à H. Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 117-118, et cf. pp. 105-106 et 114-116.

¹¹. S. Sefériadès, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) p. 31, et cf. pp. 48, 51, 94, 106 et 112. Le thème de la condition de l'individu dans l'ordre juridique international est demeuré présent dans les divers écrits de S. Sefériadès, dans le contexte des problèmes de son époque, cf. S. Sefériadès, "L'échange des populations", 24 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1928) pp. 311-433; S. Sefériadès, "Principes généraux du droit international de la paix", 34 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1930) pp. 310-313, 315, 317, 320 et 322-323.

directement ou indirectement, avec l'ordre juridique international¹². Pendant la période de l'entre-deux-guerres, les expériences des *minorités* et des *systèmes des mandats* de la Société des Nations, par exemple, en témoignent. Ils ont été suivis, à cet égard, du *système de tutelle* de l'ère de l'Organisation des Nations Unies, en parallèle au développement par cette dernière de multiples mécanismes - conventionnels et extra-conventionnels - de protection internationale des droits de l'homme. Ces premières expériences au XX^e siècle étaient importantes pour les développements ultérieurs en matière de sauvegarde internationale des droits de la personne humaine.

L'évolution considérable dans les dernières dizaines d'années non seulement du Droit International des Droits de l'Homme mais similairement du Droit International Humanitaire, a contribué de manière décisive à la réaffirmation du contact constant de l'individu avec l'ordre juridique international. Le Droit International Humanitaire considère également les personnes protégées non seulement comme des simples objets de la réglementation qu'elles établissent mais comme vrais sujets de Droit International¹³. C'est ce qui découle clairement du fait que les quatre Conventions de Genève interdisent clairement aux Etats parties de déroger - par accords spéciaux - aux règles que ces Conventions énoncent, et en particulier de restreindre les droits des personnes protégées qu'elles prévoient¹⁴. En effet, l'impact des normes du Droit International des Droits

¹². Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", 1 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (2012) pp. 8-59.

¹³. C'est ce qui résulte, e.g., de la position des quatre Conventions de Genève sur le Droit International Humanitaire de 1949, érigée à partir des droits des personnes protégées (e.g., Convention III, articles 14 et 78; Convention IV, article 27).

¹⁴. Conventions de Genève I, II et III, Article 6; et Convention de Genève IV, Article 7. En fait, dès le passage du XIX^e au XX^e siècle, les premières Conventions sur le Droit International Humanitaire exprimaient des inquiétudes quant au sort des êtres humains dans les conflits armés, reconnaissant ainsi l'individu comme bénéficiaire direct des obligations conventionnelles internationales.

de l'Homme a eu depuis longtemps des répercussions sur le *corpus juris* et la mise en œuvre du Droit International Humanitaire. Par conséquent, le Droit International Humanitaire s'est progressivement libéré d'une vision obsolète purement interétatique, mettant de plus en plus l'accent - au regard des principes d'humanité - sur les personnes protégées et sur la responsabilité de la violation de leurs droits, de conformité avec la ligne de pensée jusnaturaliste du *jus gentium* et de la *civitas maxima gentium*¹⁵.

Les tentatives du passé de refuser aux individus la condition de sujets de Droit International du fait que l'on ne leur reconnaissait pas certaines compétences que les Etats avaient (comme par exemple celle de l'élaboration de traités) sont définitivement dépourvues de sens¹⁶. Cette tendance doctrinale, tentant d'insister sur une définition tellement rigide de la subjectivité internationale, conditionnant cette dernière à la formation des normes internationales et à leur respect, ne se tient tout simplement pas, pas même au niveau du droit interne dans lequel il n'est pas requis que chaque individu - il n'a d'ailleurs jamais été requis - participe à la création et la mise en œuvre de normes juridiques pour être sujet (titulaire) de droits et être lié par les devoirs émanant de ces normes.

En plus d'être non viable, cette conception semble contaminée par un dogmatisme idéologique inquiétant qui a eu comme conséquence principale d'aliéner l'individu de l'ordre juridique international. Il est surprenant,- sinon étonnant, - en plus d'être regrettable, de voir cette conception répétée mécaniquement et *ad nauseam* par une tendance doctrinale qui essaie apparemment de faire croire que la fonction intermédiaire de l'Etat entre les individus et l'ordre juridique international serait quelque chose d'inévitable et de permanent. Rien ne pourrait être plus

¹⁵. Cf. M. Huber, *La pensée et l'action de la Croix-Rouge*, Genève, CICR, 1954, pp. 26, 247, 270, 286, 291-293 et 304.

¹⁶. Au niveau interne, les individus ne participent pas non plus en totalité, directement ou indirectement, au processus législatif, et ils ne cessent pas pour autant d'être sujets de droit.

faux. Dans la période historique brève dans laquelle cette conception étatique prévalait, au regard du positivisme juridique, des atrocités successives ont été commises contre l'être humain à une échelle sans précédent.

Il en résulte assez clairement aujourd'hui qu'il n'y a rien d'intrinsèque au Droit International qui empêche les acteurs non étatiques, ou qui leur rend impossible, de bénéficier d'une personnalité juridique internationale. Personne n'ose en bonne conscience nier que les individus sont effectivement titulaires des droits et porteurs des obligations qui émanent directement du Droit International avec lequel il se trouvent ainsi en contact direct. Et il est parfaitement possible de conceptualiser - même avec plus de précision - comme sujet de droit international toute personne ou entité titulaire de droits et d'obligations qui émanent directement des normes de Droit International. C'est le cas des individus, qui ont ainsi renforcé ce contact direct - sans intermédiaires - avec l'ordre juridique international. Le mouvement international en faveur des droits de l'homme, lancé par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, a fini par ne plus autoriser les fausses analogies susmentionnées et par surmonter les distinctions traditionnelles (par exemple, sur la base de la nationalité) : les sujets de droit sont tous des êtres humains en tant que membres de la *societas gentium* universelle¹⁷.

De plus, de nos jours, les individus et les organisations non gouvernementales (ONGs) jouent un rôle de plus en plus important dans la formation même de l'*opinio juris communis*¹⁸. Au cours de ces derniers

¹⁷. R. Cassin, "L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle", dans *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de G. Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.

¹⁸. Les ONGs ont gagné une visibilité considérable au cours du récent cycle de Conférences Mondiales de l'O.N.U. (1992-2001) par leur présence dans les Conférences mêmes ou par leur articulation dans leurs propres *fora* en parallèle avec ces Conférences. Dans ces dernières années, elles ont eu le droit de présenter régulièrement leurs *amici curiae*

décennies, les individus et les ONGs ont efficacement participé aux travaux préparatoires de certains traités internationaux, et les ont influencés¹⁹, et ont ensuite participé à la surveillance de leur mise-en-œuvre. La performance croissante, au niveau international, des ONGs et des autres entités de la société civile a eu un impact inévitable sur la théorie des sujets de Droit International, contribuant à rendre les individus non seulement bénéficiaires directs (sans intermédiaires) des normes internationales, mais sujets réels de droit international, et contribuant aussi à mettre un terme à la dimension anachronique purement interétatique de celui-ci; de plus, leurs activités ont contribué à la prévalence des valeurs communes supérieures dans le cadre du droit international. Les individus, les ONGs et les autres entités de la société civile finissent ainsi par agir dans le processus de formation et de mise-en-application des normes internationales.

1. La consécration de la personne humaine comme sujet du droit des gens

En somme, le processus même de formation et de mise-en-œuvre des normes de droit international a cessé d'être un monopole des Etats. De plus, au-delà de la présence et de la participation de l'individu dans l'ordre juridique international, à la reconnaissance de ses droits en tant que sujet de droit international doit correspondre la capacité procédurale de les défendre au niveau international. Depuis déjà plusieurs années, je soutiens la

devant les tribunaux internationaux tels que les Cours Interaméricaines et Européenne des Droits de l'Homme, et les Tribunaux Pénaux Internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda.

¹⁹. E.g., la Convention de l'O.N.U. de 1984 contre la Torture et son Protocole Facultatif de 2002, la Convention de l'O.N.U. de 1989 des Droits de l'Enfant, le Protocole de Madrid de 1991 (au Traité sur l'Antarctique de 1959) sur la Protection de l'Environnement en Antarctique, la Convention d'Ottawa de 1997 sur l'Interdiction des Mines Antipersonnel et sur leur Elimination, Le Statut de Rome de 1998 relatif à la Cour Pénale Internationale, et la Convention de l'UNESCO de 2005 sur la Protection et la Promotion de la Diversité des Expressions Culturelles.

nécessité du *legitimatío ad causam* pleine des individus en droit international²⁰. C'est au moyen de la consolidation de la capacité procédurale internationale des individus que la protection internationale des droits de l'homme devient réelle et effective²¹. Même si, au travers des circonstances de la vie, certains individus (par exemple les enfants, les malades mentaux, les personnes âgées, parmi d'autres) ne peuvent pas exercer entièrement leur capacité (par exemple en droit civil), cela ne veut pas dire qu'ils cessent d'être titulaires de droits opposables même aux États. Quelles que soient les circonstances, l'individu est sujet *jure suo* de droit international, comme soutenu au fil des siècles par la doctrine plus lucide, dès les écrits des célèbres "pères fondateurs" de notre discipline. Les droits de l'homme sont conçus comme inhérents à chaque être humain, indépendamment des circonstances.

Bien que le scénario international contemporain soit entièrement distinct de celui de l'époque des célèbres "pères fondateurs" du droit international (personne ne peut le nier) qui ont avancé une *civitas maxima* régie par le droit des gens, il y a une aspiration humaine récurrente, transmise de génération en génération au cours des siècles, menant à la construction d'un ordre juridique international applicable à la fois aux États (et organisations internationales) et aux individus, conformément à certains standards universels de justice. Cela explique l'importance, dans ce nouveau *corpus juris* de protection, que la personnalité juridique internationale de

²⁰. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", dans *K. Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544.

²¹. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales...*, *op. cit. supra* n. (18), pp. 17-96; A.A. Cançado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", 14 *Revue québécoise de Droit international* (2001) pp. 207-239.

l'individu a assumé, étant à la fois sujet de droit interne et de droit international.

L'individu, étant sujet de Droit International de plein droit, pouvait certainement être distingué de son propre État, et toute faute commise à son encontre était une violation du *jus gentium* classique, un droit minimal universel. L'ensemble du nouveau *corpus juris* du Droit International des Droits de l'Homme a été construit sur la base des impératifs de protection et des intérêts supérieurs de l'être humain, sans tenir compte de son lien de nationalité ou de son statut politique, ou de quelque autre situation ou circonstance. Cela explique l'importance, dans ce nouveau *droit de protection*, de la personnalité juridique de l'individu comme sujet à la fois de droit interne et de droit international. La mise en œuvre et l'expansion du Droit International des Droits de l'Homme a ensuite eu des répercussions, non surprenantes, avec un impact sensible sur les tendances du Droit International Public contemporain²².

En fait, déjà dans les premiers décennies du XX^e siècle, l'on reconnaissait les insuffisances et dérangements occasionnés par la protection des individus par l'intermédiaire de leurs États de nationalité respectifs, c'est-à-dire, par l'exercice d'une protection diplomatique discrétionnaire qui rendait les Etats "plaignants" à un moment "juges et parties". Par conséquent, on a commencé à surmonter ces insuffisances et dérangements, à nourrir l'idée de l'accès direct des individus à la juridiction internationale dans certaines conditions, pour défendre leurs droits même contre les États, - un thème qui a fini par être en fait envisagé par l'Institut de Droit

²².Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2nd. ed., Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 33-50, et vol. II, 1999, pp. 23-194 ; A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1048-1109 ; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-58 et 375-427.

International dans ses sessions de 1927 et 1929. En Europe²³, aussi qu'en Amérique Latine²⁴, même avant l'adoption des Déclarations Américaine et Universelle des Droits de l'Homme (de mai et décembre 1948, respectivement), des manifestations doctrinales se sont exprimées, et ont évolué en faveur de la personnalité juridique internationale des individus. Comme réaction de la conscience juridique universelle, on a conçu la responsabilité internationale comme comprenant, à la fois, la protection des droits de l'homme et la punition des criminels de guerre (formant un ensemble).

Ce développement a annoncé l'émancipation de l'individu de la tutelle de son propre État, et sa condition de sujet de droit international; puisque l'individu est "sujet de devoirs" au niveau du droit international, l'on ne peut ignorer sa personnalité juridique internationale reconnue aussi en fait par le droit international *coutumier* même²⁵. Bien avant ce développement si significatif, il faut garder à l'esprit que, déjà en 1927, dans son essai *Les nouvelles tendances du Droit international*, Nicolas Politis avait averti que l'État "n'est pas une fin en soi"; l'État est soumis au Droit, et le droit (international et interne)

²³N. Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, ch. II, pp. 55-92; J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 3-66; A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, pp. 95-96 et 138, et cf. p. 103; G. Scelle, *Précis de Droit des Gens - Principes et systématique*, part I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (CNRS reprint, 1984), pp. 42-44 et 48; H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 51, 61 et 69-70; M. Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", dans *La technique et les principes du Droit public ...*, op. cit. supra n. (15), vol. I, pp. 21-54.

²⁴A. Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46-47, 81, 91, 457-463 et 499-500; H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1e. éd., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71-75.

²⁵C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - Nouvelles tendances", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 402, 412-413, 424-427, 547, 586-589, 601, 608 et 610-612; P. Guggenheim, "Les principes de Droit international public", 80 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1952) pp. 116-118.

“a toujours la même fin: il vise partout l’homme, et rien que l’homme. Cela est tellement évident, qu’il serait inutile d’y insister si les brumes de la souveraineté n’avaient pas obscurci les vérités les plus élémentaires”²⁶.

Les milieux sociaux (les sociétés internationale et interne), - il a ajouté, - “n’existent que pour assurer à l’homme la possibilité de vivre et de se développer”²⁷.

Dans son livre *L’individu en droit international*, publié une année plus tard, en 1928, Jean Spiropoulos avait affirmé que l’ordre juridique international contient des droits aussi bien que de devoirs “visant directement les individus”, qui deviennent ainsi sujets de droit international; celui-ci les rend directement titulaires de droits et obligations²⁸. J. Spiropoulos avait critiqué durement la philosophie du droit de Hegel, qui a vu dans l’État “un idéal suprême, un but en soi, une puissance qui n’est soumise qu’à sa propre volonté”²⁹, et qui a résisté “de toutes ses forces” à cette émancipation de l’individu de la tutelle de l’État³⁰. Par contre, il y a eu une prise de conscience de la nécessité de protéger l’individu “même contre son propre État”. Alors, le droit international a commencé à s’occuper de l’émancipation de l’individu de la toute-puissance et de la tutelle de l’État³¹. Cette émancipation de l’individu a commencé à se manifester par la “participation directe de l’individu à la vie juridique internationale”³².

²⁶. N.Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, pp. 76-78.

²⁷. *Ibid.*, pp. 78-79.

²⁸. J. Spiropoulos, *L’individu en droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 31-32.

²⁹. *Ibid.*, p. 55.

³⁰. *Ibid.*, p. 33, et cf. pp. 19 et 66.

³¹. *Ibid.*, p. 44.

Pour J. Spiropoulos, l'État n'est pas un "fin en soi", n'est pas une "toute puissance personnifiée" au sens de la philosophie de Hegel; l'État est "une simple 'communauté d'administration' d'intérêts humains". Et l'État, - contrairement à ce que disait Hegel, - "est soumis au droit international"³³, et doit satisfaire les besoins des individus qui le composent³⁴. On peut ajouter ici encore une autre contribution sur le même thème, le premier ouvrage de Georges Ténékidès (*L'individu dans l'ordre juridique international*, 1933)³⁵. La condition de l'individu comme sujet du droit international est alors devenue une importante contribution de la pensée jusinternationaliste grecque de la période d'entre-guerres, dans sa ligne d'orientation essentiellement humaniste. Dès cette époque et jusqu'à présent, la doctrine juridique grecque n'a jamais abandonné ce thème, et continue à le cultiver de nos jours.

Au milieu du XX^e siècle, dans les premières années de la mise en œuvre de la Convention Européenne relative aux Droits de l'Homme, il y avait du soutien pour la vision selon laquelle les individus étaient devenus titulaires de droits, puisqu'un processus d'émancipation des individus de la tutelle "exclusive" de l'État avait déjà commencé en droit international. Dans la doctrine juridique de ce temps, la reconnaissance de l'expansion de la protection internationale de la personne humaine est devenue évidente. La victoire de cette pensée sur le positivisme juridique était rassurante, puisque l'individu, titulaire de droits et devoirs internationaux, n'était plus à la merci de son État, car l'humanité s'est tournée vers le droit naturel à la recherche du bien-être de la personne humaine, "alors que le droit international positif actuel tend à sa destruction"³⁶.

³². *Ibid.*, p. 49.

³³. *Ibid.*, pp. 62-64.

³⁴. *Ibid.*, p. 66.

³⁵. G. Ténékidès, *L'individu dans l'ordre juridique international*, Paris, Pédone, 1933, pp. 3-263.

En fait, des études successives d'instruments de protection internationale en sont venues à mettre l'accent précisément sur l'importance historique de la reconnaissance de la personnalité juridique internationale des individus comme partie plaignante devant des organes internationaux. Dans mon propre cours délivré à l'Académie de Droit International de la Haye en 1987, j'ai soutenu que l'expansion continue du Droit International était aussi reflétée dans les multiples mécanismes contemporains de protection internationale des droits de l'homme, dont l'opération ne pourrait être dissociée des nouvelles valeurs reconnues par la communauté internationale³⁷. Enfin, les individus ont réussi à exercer leurs droits émanant directement du droit international (le droit des gens); et j'ai ajouté que, historiquement,

“les mêmes principes de justice s'appliquant à la fois aux Etats et aux individus ou peuples qui les forment.(...) Il y a une reconnaissance croissante et généralisée que les droits de l'homme, au lieu de découler de l'Etat (...), sont tous inhérents à la personne humaine en laquelle ils trouvent leur point de convergence ultime. (...) Le non respect des droits de l'homme engendre la responsabilité internationale des Etats du traitement de la personne humaine”³⁸.

La subjectivité internationale de l'être humain (qu'il soit un enfant, une personne âgée, une personne handicapée, une personne apatride, ou quelque autre personne que ce soit) est apparue avec vigueur dans la science juridique du XX^e siècle, comme réaction de la conscience juridique universelle contre les atrocités successives commises contre le genre humain. Un témoignage éloquent de l'érosion de la dimension

³⁶. B.V.A. Röling, *International Law in an Expanded World*, Amsterdam, Djambatan, 1960, p. 2.

³⁷. A.A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*(1987) pp. 32-33.

³⁸. *Ibid.*, pp. 411-412.

purement interétatique de l'ordre juridique international est trouvé dans l'Avis Consultatif pionnier (n. 16) de la CIADH sur le *Droit à l'Information sur l'Assistance Consulaire dans le Cadre des Garanties du Procès Équitable* (du 01.10.1999)³⁹, qui a servi d'orientation à d'autres tribunaux internationaux et a inspiré l'évolution *in statu nascendi* de la jurisprudence internationale sur la question; la CIADH a reconnu la cristallisation d'un vrai droit subjectif individuel à l'information sur l'assistance consulaire⁴⁰ dont chaque être humain dépourvu de sa liberté dans un autre pays est titulaire⁴¹; de plus, elle s'est détachée de la perspective traditionnelle purement interétatique sur la question, apportant son appui aux divers individus victimes de la pauvreté et de la discrimination, et dépourvus de liberté à l'étranger.

L'Avis Consultatif suivant (n. 17) de la CIADH, sur *la Condition Juridique et les Droits de l'Enfant* (du 28.08.2002), rentre dans le même type d'affirmation de l'émancipation juridique de l'être humain en mettant l'accent sur la consolidation de la personnalité juridique de l'enfant en tant que vrai sujet de droit et non comme simple objet de protection, et quelle que soit l'étendue de sa capacité juridique à exercer ses droits par lui-même (capacité d'exercer). À cet égard, la Convention de l'O.N.U. sur les

³⁹. CIADH, Avis Consultatif OC-16/99, Série A, n. 16, pp. 3-123, paras. 1-141, et points 1-8.

⁴⁰Indiqué dans l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963 sur les Relations Consulaires et lié aux garanties de jugement en bonne et due forme conformément à l'article 8 de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme.

⁴¹Dans cet Avis, la CIADI a clairement indiqué que les droits mentionnés dans l'article 36(1) de la Convention de Vienne de 1963 sur les Relations Consulaires "ont comme caractéristique le fait que leur *titulaire est l'individu*. En effet, cette disposition est explicite en déclarant que les droits à l'information consulaire et la notification sont 'accordés' à la personne intéressée. A cet égard, l'article 36 est une exception notable à la nature essentiellement étatique des droits et obligations mentionnés ailleurs dans la Convention de Vienne sur les Relations Consulaires ; comme interprété par cette Cour dans l'Avis Consultatif présent, cela représente une avancée notable pour ce qui est des conceptions traditionnelles du Droit International sur le sujet" (paragraphe 82, accent ajouté).

Droits de l'Enfant (1989) reconnaît les droits subjectifs de l'enfant en tant que sujet de droit, et reconnaît également qu'étant donné sa vulnérabilité ou sa condition existentielle, l'enfant a besoin d'attention et de représentation juridique spéciales tout en restant titulaire de droits. On a reconnu la nécessité de fournir une protection aux êtres humains qui la composent, en particulier à ceux qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité particulière.

Selon la doctrine juridique de la seconde moitié du XX^e siècle, il n'est pas passé inaperçu que les individus, en plus d'être titulaires de droits au niveau international, ont aussi des devoirs qui leur sont attribués par le droit international même. Et, - ce qui est plus important, - la violation grave de ces devoirs, reflétée dans les crimes contre l'humanité, engage la responsabilité pénale individuelle internationale, *indépendamment* de ce que prévoit le droit *interne* sur la question. Des développements contemporains en droit pénal international ont en fait une incidence directe sur la cristallisation de la responsabilité pénale individuelle internationale (l'individu comme sujet, à la fois actif et passif, de droit international, titulaire de droits ainsi que porteur de devoirs émanant directement du droit des nations (droit des gens), ainsi que sur le principe de juridiction universelle.

1. La consolidation de la personnalité juridique internationale de la personne humaine et l'humanisation du droit des gens

La consolidation de la personnalité juridique internationale des individus, comme sujets actifs aussi bien que passifs de droit international, renforce la responsabilité en droit international pour des abus perpétrés contre les êtres humains. Par conséquent, les individus sont aussi porteurs de devoirs en droit international, et cela reflète la consolidation de leur personnalité juridique internationale. Les développements en matière de

personnalité juridique internationale et de responsabilité internationale vont de pair, et toute cette évolution témoigne de la formation de l'*opinio juris communis* au point que la gravité de certaines violations de droits fondamentaux de la personne humaine affecte directement les valeurs fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble.

Au bout du compte, tout Droit existe pour l'être humain et le droit des gens ne fait pas exception, garantissant à l'individu ses droits et le respect de sa personnalité. Le respect de la personnalité juridique de l'individu au niveau international est instrumentalisé par le droit international de pétition individuelle. Les droits de l'homme s'affirment contre toute forme de domination ou de pouvoir arbitraire⁴². Sans le droit de pétition individuelle et l'accès conséquent à la justice au niveau international, les droits établis dans les traités relatifs aux droits de l'homme seraient réduits à un peu plus qu'une lettre morte. Comme j'avais souligné dans mon Opinion Concurrente dans l'affaire de *Castillo Petruzzi et Autres* (Exceptions Préliminaires, Arrêt du 04.09.1998) devant la CIADH,

“Le droit de pétition individuelle abrite en fait le dernier espoir de ceux qui n'ont pas trouvé la justice au niveau international. Je ne m'empêcherai pas d'ajouter - me permettant la métaphore - que le droit de pétition individuelle est sans aucun doute l'étoile la plus lumineuse de l'univers des droits de l'homme”⁴³.

⁴²A.A. Cançado Trindade, “The Future of the International Protection of Human Rights”, in *B. Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber - Paix, Développement, Démocratie*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 961-986. - Sur le besoin de surmonter les défis et les obstacles actuels à la prévalence des droits de l'homme, cf. A.A. Cançado Trindade, “L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise-en-œuvre: obstacles et enjeux”, 158 *Revue internationale des sciences sociales - Paris/UNESCO* (1998) pp. 571-582.

⁴³. CIADH, affaire *Castillo Petruzzi et Autres contre Pérou* (Exceptions Préliminaires), Arrêt du 04.09.1998, Opinion Concordante du Juge A.A. Cançado Trindade, p. 62, para. 35.

L'être humain émerge enfin, même dans les conditions les plus défavorables, comme sujet ultime de droit interne et international. Comme j'ai trouvé bon de résumer dans mon Opinion Concurrente dans l'Avis Consultatif susmentionné de la CIADH sur *la Condition Juridique et les Droits de l'Enfant* (2002),

“chaque être humain est doté de personnalité juridique qui impose des limites au pouvoir de l'Etat. La capacité juridique varie en vertu de la condition juridique de chacun pour entreprendre certains actes. Cependant, bien qu'une telle capacité d'exercice varie, tous les individus sont dotés de personnalité juridique. Les droits de l'homme renforcent l'attribut universel de la personne humaine, étant donné qu'à tous les êtres humains correspond similairement la personnalité juridique et la protection du Droit, indépendamment de sa condition existentielle ou juridique”(paragraphe 34).

Pour ce qui est des droits de l'homme des individus appartenant aux groupes ou collectivités humaines, je me permets de me référer à l'Avis Consultatif n. 18 de la CIADH, déjà célèbre, sur la *Condition Juridique et Droits des Migrants Sans Papiers* (du 17.19.2003). La Cour Interaméricaine a mis l'accent sur le fait que le statut migratoire ne peut pas servir de justification pour les priver de la jouissance et de l'exercice de leurs droits fondamentaux, y compris le droit du travail. La Cour a averti que les États ne peuvent pas subordonner le respect du principe fondamental d'égalité devant la loi et la non-discrimination aux objectifs de leurs politiques migratoires ou autres, ni le conditionner à celles-ci⁴⁴.

La subjectivité juridique internationale de l'être humain, telle que prévue par les célèbres “pères fondateurs” du droit international (le droit des gens) est à présent une réalité. En ce début de XXI^e siècle, cette conquête très importante peut être appréciée dans le cadre du processus historique de l'*humanisation* du droit international, - auquel c'est un

⁴⁴. Dans mon Opinion Concurrente je soutenais l'idée que ce principe fondamental appartenait au domaine du *jus cogens* et j'ai mis l'accent sur l'importance des obligations *erga omnes* (englobant aussi les relations interindividuelles) vis-à-vis des droits des immigrants sans papiers.

privilège de pouvoir contribuer, - qui, toujours attentif aux valeurs fondamentales, finit par s'occuper plus directement de la réalisation des objectifs communs supérieurs. Dans le cadre du Droit International des Droits de l'Homme, dans les systèmes européen et interaméricain de protection - dotés de tribunaux internationaux qui fonctionnent depuis longtemps - parallèlement à la personnalité juridique, la capacité juridique internationale (le *locus standi in judicio*) des individus est aussi reconnue.

Cela est un développement logique puisqu'il ne semble pas raisonnable de concevoir des droits au niveau international sans la capacité juridique correspondante pour les défendre; les individus sont en fait la vraie partie plaignante dans le contentieux international relatif aux droits de l'homme. Sur la base du droit de pétition individuelle, le mécanisme juridique d'émancipation de l'être humain est érigé par rapport à son propre État pour la protection de ses droits dans le cadre du Droit International des Droits de l'Homme, - une émancipation qui constitue de nos jours une vraie révolution juridique qui arrive enfin à donner un contenu éthique aux normes à la fois du droit public interne et du droit international public.

La reconnaissance de l'accès direct des individus à la justice internationale révèle, en ce début de XXI^e siècle, la nouvelle primauté de la raison de l'humanité par rapport à la raison d'Etat, ce qui inspire le processus historique d'*humanisation* du droit international⁴⁵. Les sujets de droit international ont, déjà depuis longtemps, cessé d'être réduits à des entités territoriales⁴⁶. Il semble assez clair aujourd'hui qu'il n'y a rien

⁴⁵. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409; A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 140-144.

⁴⁶. Il y a plus d'un siècle, comme reconnu dans le célèbre Avis Consultatif de la Cour Internationale de Justice (CIJ) sur les *Réparations des Dommages* (1949), l'apparition d'organisations internationales avait mis un terme au monopole des Etats en termes de

d'intrinsèque au droit international qui empêcherait, ou rendrait impossible, aux "acteurs" non étatiques d'être dotés de personnalité et de compétence juridique internationale.

L'expansion de la personnalité juridique internationale, englobant de nos jours celle des individus comme sujets actifs et passifs de droit international, va *pari passu* avec l'expansion de la responsabilité en droit international. Cela contribue en final à la prééminence du droit (*rule of law*), à la réalisation de la justice aussi au niveau du droit international, répondant ainsi aux aspirations de longue date de l'humanité. En réaction aux atrocités successives qui, au cours du XX^e siècle, ont fait des millions et des millions de victimes humaines à une échelle que l'histoire de l'humanité n'avait pas connue jusque là, la conscience juridique universelle - comme source matérielle ultime de tout Droit⁴⁷, - a rendu à l'être humain sa condition de sujet de droit, à la fois du droit interne et du droit international, et sa condition de destinataire final de toutes les normes juridiques, d'origine nationale ainsi qu'internationale. Le droit international s'est libéré des chaînes de l'étatisme, en avançant la conception du nouveau *jus gentium*⁴⁸.

personnalité et capacité juridiques internationales, avec toutes les conséquences juridiques qui en ont découlé, cf., pour une étude générale sur la question, A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 5e. éd., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2012, pp. 9-853.

⁴⁷. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 91-112.

⁴⁸. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2nd. rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1-726.

- II -

The Centrality of the Human Person in the Humanization of Contemporary International Law

Je me permets de continuer mon allocution en anglais. International law, as we know it today, does not go back only to the XIXth century, - as a doctrinal trend *en vogue* nowadays tries in vain to make one believe, - but goes much further back in time, keeping in mind its conceptual framework, and the endeavours, along centuries, to fulfill the aspirations of the whole of human kind. Regrettably, the vision and thinking of the so-called “founding fathers” of International Law (notably the writings of the Spanish theologians and of H. Grotius), which conceived it as conforming a truly *universal*⁴⁹ system, came to be replaced by the emergence of legal positivism, which personified the State, endowing it with its own “will”, reducing the rights of human beings to those which were “conceded” by the State. The subsequent personification of the all-powerful State, inspired mainly in the philosophy of law of Hegel, had a harmful influence in the evolution (or rather involution) of International Law by the end of the XIXth century and in the first decades of the XXth century.

The consent or will of the States became, according to voluntarist positivism, the predominant criterion in international law, denying *jus standi* to individuals, to the human beings. This rendered difficult the understanding of the international community, weakening International Law itself, reducing it to a strictly inter-State law, no longer *above* but *between* sovereign States. This doctrinal trend resisted as much as it could to the ideal

⁴⁹. C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; and cf. also R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

of the emancipation of the human being from the absolute control of the State, and to the recognition of the individual as subject of international law.

Against the reactionary dogmas of legal positivism stood, among others, Jean Spiropoulos, in a thoughtful monograph titled *L'individu en Droit international*, published in Paris in 1928⁵⁰: contrary to what ensued from the Hegelian doctrine, - he pondered, - the State is not a supreme ideal subjected only to its own will, is not an end in itself, but rather “a means of the realization of the aspirations and vital necessities of the individuals”, it thus being necessary to protect the human person against the harm to her rights by her own State⁵¹.

Positivists, ascribing a far too great importance to the method of *observation*, disclosed, in contrast, their incapacity to discern guidelines of analysis and guiding general *principles*. At normative level, positivism appeared subservient to the established legal order, and validated the abuses perpetrated in its name. But already in the mid-XXth century, the more lucid doctrine of the law of nations moved definitively away from the Hegelian and neo-Hegelian outlook of the State as the final repository of the freedom and responsibility of the individuals who composed it, and which in it integrated themselves entirely. After all, States, created by the human beings themselves, and composed by them, exist for them, for the realization of their common good.

1. The Attribution of Duties to the Individual Directly by International Law

⁵⁰. J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 66 and 33, and cf. p. 19.

⁵¹. *Ibid.*, p. 55; an evolution to this effect, - he added, - would bring us closer to the ideal of *civitas maxima*.

To the legal doctrine of the second half of the XXth century it did not pass unnoticed that individuals, besides being *titulaires* of rights at international level, also have duties which are attributed to them by international law itself. And, - what is more significant, - the grave violation of those duties, reflected in the crimes against humanity, engages the *international* individual penal responsibility, *independently* from what provides the *domestic* law on the matter. Contemporary developments in international criminal law have, in fact, a direct incidence in the crystallization of both of the international individual penal responsibility (the individual subject, both active and passive, of international law, *titulaire* of rights as well as bearer of duties emanated directly from the law of nations (*droit des gens*), as well as the the principle of universal jurisdiction.

The consolidation of the international legal personality of individuals, as active as well as passive subjects of international law, enhances accountability in international law for abuses perpetrated against human beings. Thus, individuals are also bearers of duties under international law, and this reflects the consolidation of their international legal personality. Developments in international legal personality and international accountability go hand in hand, and this whole evolution bears witness of the formation of the *opinio juris communis* to the effect that the *gravity* of certain violation of fundamental rights of the human person affects directly basic values of the international community as a whole.

2. Subjective Right, Human Rights and the New Dimension of the International Juridical Titularity of the Human Person

The international juridical titularity of the human person, as so-called “founding fathers” of international law (the law of nations, the *droit des gens*) foresaw it, is nowadays a reality. Furthermore, the (active) international subjectivity of the individuals responds to a true necessity of their *legitimatío ad causam* (cf. *supra*), to vindicate their rights, emanated directly from International Law. In the ambit of the International Law of

Human Rights, in the regional (European, inter-American and African) systems of protection - endowed with international tribunals in operation - one recognizes today, parallel to the legal personality, also the international procedural capacity (*locus standi in judicio*) of the individuals.

This is a logical development, as it would not appear reasonable to conceive rights at international level without the corresponding procedural capacity to vindicate them; the individual applicants are effectively the true complaining party in the international *contentieux* of human rights. Upon the right of individual petition is erected the juridical mechanism of the emancipation of the human person *vis-à-vis* the State itself for the protection of her rights in the ambit of the International Law of Human Rights, - an emancipation which constitutes, in our days, a true juridical revolution, which comes at last to give an ethical content to the norms of both public domestic law and international law.

On the basis of this remarkable development lies the principle of *respect for the dignity of the human person*, irrespective of her existential condition. By virtue of this principle, every human being, independently of his situation and of the circumstances in which he finds himself, has the right to dignity. The whole remarkable development of the jusinternationalist doctrine in this respect, along the XXth century, finds its roots, - and it could not be otherwise, - in some reflections of the past, in the juridical as well as philosophical thinking, - as exemplified, *inter alia* (to refer to one which goes far back in time), by the Kantian conception of the human person as an end in itself. This is ineluctable, as it reflects the process of maturing and refinement of the human spirit itself, which renders possible the advances in the human condition itself.

In effect, one cannot dissociate the recognition of the international legal personality of the individual (*supra*) from the dignity itself of the human person. In effect, it is the human person, essentially endowed with dignity, the one who articulates, expresses and introduces the “*Sollen*” of the

values in the world of the reality wherein she lives, and it is only her who is capable of doing so, as bearer of such ethical values. The legal personality, for its part, is manifested as a juridical category in the universe of Law, as the unitary expression of the aptitude of the human person to *betitulaire* of rights and bearer of duties at the level of regulated behaviour and human relations⁵².

It may be recalled, in the present context, that the conception of individual *subjective right* has already a wide historical projection, originated in particular in the jusnaturalist thinking in the XVIIth and XVIIIth centuries, and systematized in the legal doctrine throughout the XIXth century. However, in the XIXth century and beginning of the XXth century, that conception remained situated in the ambit of domestic public law, emanated from the public power. Even so, the crystallization of the concept of individual subjective right, and its systematization, marked a step forward towards a better comprehension of the individual as *titulaire* of rights. And they rendered it possible to attain, with the emergence of human rights at international level, the gradual overcoming of positive law.

By the mid-XXth century, the impossibility became clear of the evolution do Law itself without the individual subjective right, expression of a true “human right”⁵³. As I deemed it fit to sustain in my Concurring Opinion in the historical Advisory Opinion n. 16 of the IACtHR on the *Right to Information on Consular Assistance in the Ambit of the Guarantees of the Due Process of Law* (of 01.10.1999), we nowadays witness

“the process of *humanization* of international law, which today encompasses also this aspect of consular relations. In the confluence of these latter with human rights, the individual subjective right to information on consular assistance, of

⁵². Cf., in this sense, e.g., L. Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12th. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1997, pp. 150-151, 153, 156 and 159.

⁵³. J. Dabin, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.

which are *titulaires* all human beings who are in the need to exercise it, has crystallized: such individual right, situated into the conceptual universe of human rights, is nowadays supported by conventional international law as well as by customary international law” (par. 35)⁵⁴.

The emergence of universal human rights, as from the proclamation of the Universal Declaration of 1948, came to widen considerably the horizon of contemporary legal doctrine, disclosing the insufficiencies of the traditional conceptualization of the subjective right. The pressing needs of protection of the human being much fostered this development. Universal human rights, superior and anterior to the State and to any form of socio-political organization, and inherent to the human being, asserted themselves as opposable to public power itself. Human rights freed the conception of subjective right (*supra*) from the chains of legal positivism. If, on the one hand, the juridical category of the international legal personality of the human being contributed to instrumentalize the vindication of the rights of the human person, emanated from international law, - on the other hand the *corpus juris* of universal human rights ascribed to the legal personality of the individual a far wider dimension, no longer conditioned to the law emanated from the public State power.

Also in the International Court of Justice (ICJ), I have recently had the occasion, in my Separate Opinion appended to the Advisory Opinion of the ICJ on the *Revision of a Judgment of the ILO Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against IFAD* (01.02.2012), to dwell upon the outdated dogmatism of the PCIJ and ICJ Statutes, in so far as the international legal capacity of individuals is concerned. As I have recalled in that Separate Opinion (pars.70-75), the question of the procedural capacity of the individuals before the ICJ, and its predecessor the Permanent Court of International Justice (PCIJ), was effectively considered on the occasion of

⁵⁴. On the impact of this Advisory Opinion n. 16 (of 1999) of the IACtHR on contemporary international case-law and practice, cf. A.A. Cançado Trindade, “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice”, in 6 *Chinese Journal of International Law* (2007) n. 1, p. 1-16.

the original drafting, by the Advisory Committee of Jurists appointed by the old League of Nations, of the Statute of the PCIJ, in 1920⁵⁵. Of the ten members of the aforementioned Committee of Jurists, only two - Loder and De La Pradelle - pronounced themselves in favour of enabling the individuals to appear as parties before The Hague Court (*jus standi*) in contentious cases against (foreign) States. The majority of the Committee, however, was firmly opposed to this proposition⁵⁶.

The position which prevailed in 1920 - which has been surprisingly and regrettably maintained in Article 34(1) of the Statute of the ICJ (formerly the PCIJ) to date - was promptly and strongly criticized in the more lucid doctrine of the epoch (already in the twenties - cf. *supra*). Thus, - to recall the Greek international legal thinking, - in his aforementioned thoughtful monograph *Les nouvelles tendances du Droit international* (1927), Nicolas Politis, after remarking that all Law aims ultimately at human beings (who compose States), proceeded in the defence of the granting to individuals of the direct recourse to international instances in order to vindicate their “legitimate interests”, as that would fulfill “a true necessity of international life”⁵⁷.

Another criticism to the solution adopted in the matter by the Statute of the PCIJ (Article 34(1)) was formulated by J. Spiropoulos, also in the twenties. Already in 1928, he had anticipated that the emancipation of the

⁵⁵. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo...*, *op. cit. supra* n. (18), p. 31, and cf. pp. 32-35.

⁵⁶. Four members (Ricci-Busatti, Baron Descamps, Raul Fernandes and Lord Phillimore) objected that the individuals were not subjects of international law (and could not, thus, in their view, be parties before the Court) and that only the States were juridical persons in the international order, - in what they were followed by the other members. Cf. account *in J. Spiropoulos, L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 50-51; N. Politis, *op. cit. infra* n. (44), pp. 84-87; M.St. Korowicz, “The Problem of the International Personality of Individuals”, 50 *American Journal of International Law* (1956) p. 543; S. Sfériadès, “Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales”, *op. cit. supra* n. (9), pp. 46-47.

⁵⁷. N. Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, pp. 69, 76-78, 82-83 and 89-90, and cf. pp. 92 and 61.

individual from the State was a “question of time” and that the individual should be able to defend *himself* and his rights at the international level⁵⁸. There was - he added - no impediment for conventional International Law to secure to individuals a direct action at international level (there having even been precedents in this sense in the inter-war period); if this did not occur and one would limit oneself to judicial actions at domestic law level, not seldom the State would become “judge and party” at the same time, what would be an incongruity.

To J. Spiropoulos, the international legal order can address itself directly to individuals (as exemplified by the peace treaties of the inter-war period), thereby erecting them into the condition of subjects of international law, to the extent that a direct relationship is established between the individual and the international legal order, which renders him “directly *titulaire* of rights or of obligations”; thus, one cannot fail to admit the international legal personality of the individual⁵⁹. Without the granting to individuals of direct means of action at international level, his rights will continue “without sufficient protection”; only with such direct action before an international instance, - he added, - an *effective* protection of human rights will be achieved, in conformity with the “spirit” of the new international order.

In the mid-thirties, the same position, as already pointed out, was taken by S. Sfériadès⁶⁰. In the same line of thinking are the subsequent writings of Georges Ténékidès, as from his first book (*L'individu dans l'ordre juridique international*, 1933)⁶¹; he likewise remained always

⁵⁸. J. Spiropoulos, *op. cit. supra* n. (48), p. 44, and cf. pp. 49 and 64-65.

⁵⁹. *Ibid.*, pp. 50-51, 25, 31-33 and 40-41.

⁶⁰. Cf. S. Sfériadès, “Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales”, *op. cit. supra* n. (9), pp. 31-32, 51-52, 94 et 106.

⁶¹. Cf. G. Ténékidès, *L'individu dans l'ordre juridique international*, Paris, Pédone, 1933, pp. 3-263.

attentive to the central position of individuals in the law of nations, having related it to the law of international organizations⁶², and having pursued an inter-disciplinary approach⁶³. Almost five decades later, he lectured at the Hague Academy of International Law on the action of the United Nations against all forms of racial discrimination⁶⁴.

The option made by the draftsmen of the Statute of the old PCIJ in 1920, stratified with the passing of time in the Statute of the ICJ up to the present time, is even more open to criticism if we consider that, already in the first half of the XXth century, there were experiments of International Law which in effect granted international procedural status to individuals⁶⁵. This evolution intensified and generalized in the era of the United Nations, with the adoption of the system of individual petitions

⁶². G. Ténékidès, “Régimes internes et organisation internationale”, 110 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1963) pp. 405-408.

⁶³. *Ibid.*, pp. 398-415; and cf. G. Ténékidès, “L’uniformité des régimes politiques au sein des Liges et Confédérations grecques à l’époque classique”, in *Völkerrecht und Rechtliches Weltbild* (eds. K. Zemanek et alii), Vienna, Springer-Verlag, 1960, pp. 263-271.

⁶⁴. G. Ténékidès, “L’action des Nations Unies contre la discrimination raciale”, 168 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1980) pp. 285-467.

⁶⁵. This is exemplified by the system of the navigation of the river Rhine, by the Project of an International Prize Court (1907), by the Central American Court of Justice (1907-1917), as well as, in the era of the League of Nations, by the systems of minorities (including Upper Silesia) and of the territories under mandate, by the systems of petitions of the Islands Aaland and of the Saar and of Danzig, besides the practice of mixed arbitral tribunals and of mixed claims commissions, of the same epoch. For a study, cf., e.g.: A.A. Caçado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century”, 24 *Netherlands International Law Review* (1977) pp. 373-392; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 109-128; M.St. Korowicz, *Une expérience de Droit international - La protection des minorités de Haute-Silésie*, Paris, Pédone, 1946, pp. 81-174; among others.

under some universal human rights treaties of our times, in addition to human rights conventions at regional level, which established international human rights tribunals (the European and Inter-American Courts of Human Rights, followed, more recently, by the African Court of Human and Peoples' Rights). Thereunder the international procedural capacity of individuals came to be exercised, with their direct access to international justice.

The work of contemporary international human rights tribunals, as well as international criminal tribunals, has given a new impetus to the struggle of the international community against impunity. The significance of the right of individual petition - a definitive conquest of the International Law of Human Rights⁶⁶ - can only be properly assessed in historical perspective. In my aforementioned Separate Opinion in the recent ICJ Advisory Opinion on the *Revision of a Judgment of the ILO Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against IFAD* (2012), I then turned my criticisms on what I perceive as the erosion of the strict inter-State outlook of adjudication by the of adjudication by the Hague Court (pars. 76-81 and 88-90). I pondered that the fact that the Advisory Committee of Jurists did not find, in 1920, that the time was ripe to grant access to the PCIJ to subjects of rights other than the States, such as the individuals, did not mean a definitive answer to the question at issue. The fact that the same position was maintained at the time of adoption in 1945 of the Statute of the ICJ did not mean a definitive answer to the question at issue.

The question of access of individuals to international justice, with procedural equality, continued to occupy the attention of legal doctrine ever since, throughout the decades. Individuals and groups of individuals began to have access to other international judicial instances (cf. *supra*), reserving the PCIJ and later the ICJ only for disputes between States. The

⁶⁶ A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 1st. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 317-370.

dogmatic position taken originally in 1920, on the occasion of the preparation and adoption of its Statute, did not hinder the PCIJ to occupy itself promptly of cases pertaining to the treatment of minorities and inhabitants of cities or territories with a juridical statute of their own. In considerations developed in the examination of such matters, the PCIJ went well beyond the inter-State dimension, taking into account the position of individuals themselves (as in, e.g., *inter alia*, the Advisory Opinions on *the Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928, and on *Minority Schools in Albania*, 1935). Ever since, the artificiality of such dimension became noticeable and acknowledged, already at an early stage of the case-law of the PCIJ.

The exclusively inter-State character of the *contentieux* before the ICJ has not appeared satisfactory at all either. At least in some cases (from 1955 to 2013), pertaining to the condition of individuals, the presence of these latter (or of their legal representatives), in order to submit, themselves, their positions, would have enriched the proceedings and facilitated the work of the Court⁶⁷. In those cases, one cannot fail to reckon that one of their predominant elements was precisely the concrete situation of the individuals directly affected, and not merely abstract issues of exclusive interest of the litigating States in their relations *inter se*⁶⁸. Other

⁶⁷. One may recall, for example, the classical *Nottebohm* case concerning double nationality (Liechtenstein *versus* Guatemala, 1955), the case concerning the *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants*, (The Netherlands *versus* Sweden, 1958), the cases of the *Trial of Pakistani Prisoners of War* (Pakistan *versus* India, 1973), of the *Hostages (U.S. Diplomatic and Consular Staff) in Teheran* case (United States *versus* Iran, 1980), of the *East-Timor* (Portugal *versus* Australia, 1995), the case of the *Application of the Convention against Genocide* (Bosnia-Herzegovina *versus* Yugoslavia, 1996), and the three successive cases concerning consular assistance - namely, the case *Breard* (Paraguay *versus* United States, 1998), the case *LaGrand* (Germany *versus* United States, 2001), the case *Avena and Others* (Mexico *versus* United States, 2004).

⁶⁸. Moreover, one may further recall that, in the case of *Armed Activities in the Territory of Congo* (D.R. Congo *versus* Uganda, 2000) the ICJ was concerned with grave violations of human rights and of International Humanitarian Law; in the *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria* (1996), it was likewise concerned

illustrations can be found in the exercise of the advisory function of the ICJ, for example, in the ICJ two most recent Advisory Opinions, namely, the Advisory Opinion on the *Declaration of Independence of Kosovo* (2010), and the Advisory Opinion of the ICJ on the *Revision of a Judgment of the ILO Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against IFAD* (2012).

In all these recent cases and Advisory Opinions, one cannot fail to recognize that a key element - at times the predominant one - has precisely been the concrete situation of human beings, and not mere abstract questions of exclusive interest of the contending States in their relations *inter se*. The truth remains that the artificiality of the exclusively inter-State outlook of the procedures before the ICJ is clearly disclosed the very nature of some of the cases submitted to it. Such artificiality has been criticised, time and time again, in expert writing (cf. *supra*). Parallel to the construction of their international juridical personality, the access of individuals to contemporary international tribunals for the protection of their rights reveals a *renovation* of international law - in the sense of its aforementioned *humanization*⁶⁹, - opening a great gap in the traditional doctrine of the reserved domain of States⁷⁰ (or *compétence nationale exclusive*), definitively overcome: the

with the victims of armed clashes. More recent examples wherein the Court's concerns have gone beyond the inter-State outlook include, *inter alia*, e.g., the case on *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium *versus* Senegal, 2009) pertaining to the principle of universal jurisdiction under the U.N. Convention against Torture; the case of *A.S. Diallo* (Guinea *versus* D.R. Congo, 2010) on detention and expulsion of a foreigner; the case of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia *versus* Russian Federation, 2011), the case of the *Temple of Preah Vihear* (Cambodia *versus* Thailand, provisional measures of protection, 2011; and interpretation of judgment, 2014).

⁶⁹. Cf. A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", 30/31 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2001) pp. 45-71; A.A. Cançado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires...", *op. cit. supran.* (2), pp. 207-239.

⁷⁰. F.A. von der Heydte, "L'individu et les tribunaux internationaux", 107 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1962) pp. 332-333 and 329-84

individual is erected as subject of international law, endowed with procedural capacity.

Before international tribunals, the human person encounters herself, to protect herself from the arbitrariness of the State, being protected by the rules of international law. This renovation of international law, proper of our time, corresponds to the recognition of the necessity that all States, in order to avoid new violations of human rights, are to respond for the way they treat all human beings who are under their jurisdiction. Such renovation would simply not have been possible without the crystallization of the right of individual petition, amidst the recognition of the objective character of the obligations of protection and the acceptance of the collective guarantee of compliance with them: this is the real sense of the *historical rescue* of the individual as subject of the International Law of Human Rights (cf. *supra*).

In effect, it is of the essence of the international protection of human rights the counterposition between the complainant individuals and the respondent States in cases of alleged violations of the protected rights. The profound transformation of the international legal order, launched by the emergence of the International Law of Human Rights, has not taken place without difficulties, precisely for requiring a new mentality. It has furthermore undergone stages, some of which no longer sufficiently studied in our days, even in respect of the crystallization of the right of individual petition. Already in the beginnings of the exercise of this right it was stressed that, though motivated by the search for individual reparation, the right of petition contributes also to secure the respect for obligations of an objective character which bind the States Parties. In various cases the exercise of the right of petition has gone further, occasioning changes in the domestic legal

330; and cf. A.A. Cançado Trindade, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 715-765.

order and in the practice of the public organs of the State. The significance of the right of individual petition can only be properly assessed in historical perspective.

Consideration of the right of individual petition as a method of international implementation of human rights necessarily takes into account the central aspect of the *legitimatío ad causam* of petitioners and the conditions of the exercise (and admissibility) of petitions (set forth in the distinct human rights instruments which foresee them)⁷¹. In effect, of all the mechanisms of international protection of human rights, the right of individual petition is, effectively, the most dynamic one, attributing the initiative of action to the individual himself (the ostensibly weaker party *vis-à-vis* the public power), distinctly from the exercise *ex officio* of other methods (such as those of reports and investigations) on the part of the organs of international supervision. It is the one which best reflects the specificity of the International Law of Human Rights, in comparison with other solutions proper of Public International Law.

Ultimately, all Law exists for the human being, and the law of nations is no exception to that, guaranteeing to the individual his rights and the respect for his personality, as well as the capacity to exercise his rights. Human rights do assert themselves against all forms of domination or arbitrary power. The human being emerges, at last, even in the most adverse conditions, as ultimate subject of Law, domestic as well as international. The case of the “*Street Children*” (case *Villagrán Morales and Others versus Guatemala*, 1999-2001), decided by the IACtHR, the first one of the kind in which the cause of the children abandoned in the streets was brought before an international human rights tribunal, and in which some of those marginalized and forgotten by this world succeeded to resort to an international tribunal to vindicate their rights as human beings, is truly

⁷¹. For an examination of the matter, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, *op. cit. supra* n. (20), pp. 68-87.

paradigmatic, and gives a clear and unequivocal testimony that the International Law of Human Rights has nowadays achieved its maturity.

3. The Historical Significance of the International Subjectivity of the Individual

The international juridical subjectivity of the human being, as foreseen by the so-called “founding fathers” of international law (the *droit des gens*), is nowadays a reality. At this beginning of the XXIst century, this highly significant conquest can be appreciated within the framework of the historical process of *humanization* of international law. On the basis of the right of individual petition is erected the juridical mechanism of emancipation of the human being *vis-à-vis* his own State for the protection of his rights in the ambit of the International Law of Human Rights, - an emancipation which constitutes, in our days, a true juridical revolution, which comes at last to give an ethical content to the norms of both domestic public law and international law.

The recognition of the direct access of the individuals to the international justice reveals, at this beginning of the XXIst century, the new primacy of the *raison de l'humanité* over the *raison d'État*, inspiring the historical process of *humanization* of international law⁷². The subjects of international law have, already for a long time, ceased to be reduced to territorial entities⁷³. (...) It is perfectly possible to conceptualize as subject of

⁷². A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, op. cit. *supra* n. (43), pp. 3-409.

⁷³. More than half a century ago, as acknowledged in the celebrated Advisory Opinion of the International Court of Justice on *Reparations for Damages* (1949), the advent of international organizations had put an end to the States' monopoly of the international legal personality and capacity, with all the juridical consequences which ensued therefrom, cf., for a general study on the matter, A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 6th.ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2014, pp. 7-846.

international law, precisely, any person or entity, *titulaire* of rights and bearer of obligations, which emanate directly from norms of international law. It is the case of individuals, whose direct contacts - without intermediaries - with the international legal order are thus fostered and strengthened. This evolution is to be appreciated in a wider dimension. The expansion of international legal personality, nowadays encompassing that of individuals as active and passive subjects of international law, goes *pari passu* with the acknowledgment of accountability in international law.

The mechanical and thoughtless attachment to unfounded dogmas of the past becomes even more unsustainable, as the attention of contemporary international legal doctrine on the expansion of the international legal personality turns to the *central* position occupied today by the victimized individuals, giving unequivocal witness of the new *jus gentium* of our times⁷⁴, - as I sought to demonstrate in the General Course of Public International Law which I delivered in 2005 at the Hague Academy of International Law⁷⁵. The State-centric world dreamed by E. de Vattel has ceased to exist a long time ago. The evolution of the law of nations, quite on the contrary, keeps on following its path in the XXIth century, with the access to international justice nowadays secured also to persons who found themselves in situations of the utmost vulnerability, if not entirely in defencelessness (cf. *supra*).

In reaction to the succession of acts of barbarism and of the recurring horrors throughout the XXth century and the beginning of the XXIst century,

⁷⁴. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 81-184; R. Portmann, *Legal Personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 126-128, 243, 271-277 and 283.

⁷⁵. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *RCADI* (2005), chs. IX-X, pp. 252-317.

contemporary international legal doctrine has cared to open itself to the expansion of the international legal personality, and, accordingly, of the corresponding legal capacity, as well as, significantly, of the international responsibility. Contemporary *jus gentium* has been undergoing a historical process of humanization⁷⁶, caring to instrumentalize itself against the manifest insufficiencies and the dangers of the State-centric outlook or of the surpassed strictly inter-State vision. To that effect, the International Law of Human Rights has much contributed, to the point of the phenomenon transcending the parameters of this latter, and permeating in our days the *corpus juris* of International Law as a whole.

Contemporary international case-law contains eloquent illustrations of the access of the human person to international justice in circumstances of considerable adversity, in cases pertaining to, e.g., undocumented migrants, children abandoned in the streets (cf. *supra*), members of peace communities and others civilians in situations of armed conflict, internally displaced persons, individuals (including minors of age) under infra-human conditions of detention, members of dispossessed indigenous communities, among others. In such circumstances, the centrality of the suffering of the victims has become notorious with their access to justice at international level⁷⁷.

In our days, effective use has been made of the international individual petition also in such situations⁷⁸, - something which could hardly

⁷⁶. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, op. cit. *supra* n. (43), pp. 107-172.

⁷⁷. Cf., on this particular point, A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3rd. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2013, ch. XIX, pp. 163-169.

⁷⁸. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Right of Access to Justice in the Inter-American System of Human Rights Protection", 17 *Italian Yearbook of International Law* (2007) pp. 7-24; A.A. Cançado Trindade, "Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte", 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches*

have been anticipated, in their days, by the draftsmen of international treaties and instruments of human rights, endowed with petitioning systems. On the other hand, such recent advances are not at all surprising, as the International Law of Human Rights is essentially *victim-oriented*. Such development is due, in my perception, to the awakening of the human conscience to the imperative of protection of the human person in these circumstances of extreme vulnerability. It is in such circumstances that such protection reaches its plenitude.

In effect, to this remarkable evolution I dedicate my recent book (of 2011), on the matter, published in Oxford⁷⁹. I examine therein some cases adjudicated by the IACtHR in recent years, - a cycle of cases of massacres, - with aggravating circumstances, wherein grave violations of human rights were planned and perpetrated in pursuance of State policies, forming a *systematic* practice of extermination of human beings. The adjudication of those cases was launched by the historical Judgment of the IACtHR (of 14.03.2001) in the case of the massacre of *Barrios Altos* concerning Peru; to that Judgment followed the subsequent Judgments of the IACtHR in the cases of the massacres⁸⁰. Thus, massacres and crimes of State (perpetrated by State agents as part of a State policy), which tended to fall into oblivion some decades ago, have more recently been brought to the cognizance of

Recht und Völkerrecht (2010) pp. 629-699.

⁷⁹. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236.

⁸⁰. Namely, the cases of the massacres of *Caracazo* concerning Venezuela (reparations, of 29.08.2002), of *Plan de Sánchez* pertaining to Guatemala (of 29.04.2004), of the *19 Tradesmen versus Colombia* (of 05.07.2004), of *Mapiripán versus Colombia* (of 17.09.2005), of the *Moiwana Community versus Suriname* (of 15.06.2005), of *Pueblo Bello versus Colombia* (of 31.01.2006), of *Ituango versus Colombia* (of 01.07.2006), of *Montero Aranguren and Others (Detention Centre of Cátia) versus Venezuela* (of 05.07.2006), of *La Cantuta versus Peru* (of 29.11.2006), and of the *Prison of Castro Castro versus Peru* (of 25.11.2006), as well as in the cases of assassinations planned at the highest level of the State power and executed by order of this latter (such as that of *Myrna Mack Chang*, Judgment of 25.11.2003).

international human rights tribunals (such as the Inter-American and European Courts), in order to determine the responsibility of the State (under the respective regional Conventions) for grave violations of the protected human rights⁸¹.

Cases of the kind have also been lodged, to other effects, with other international tribunals, such as the international criminal ones (for the determination of individual international criminal responsibility), and the ICJ (in the framework of the inter-State *contentieux*). The current multiplicity of contemporary international tribunals (a reassuring phenomenon of our times) has by itself considerably increased the number of *justiciables* all over the world, fostering the access to international justice in our days, even in cases of the aforementioned gravity. New developments have in fact occurred lately in international legal procedures⁸², such as the ones pertaining to the determination of the *aggravated* international responsibility of the States concerned, and the identification of the victims in distinct stages of those procedures. In reaction to grave violations of human rights, one may attest, in the international adjudication of such cases, the centrality and expansion of the notion of (direct) victim, and the relevance of their right to reparation for the damages suffered. It is highly significant that, in our days, surviving victims of massacres, and relatives of fatal victims, have had access to international justice.

⁸¹. For a recent study, cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Inaugural Address, 10.11.2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.

⁸². Cf., in this respect, A.A. Cançado Trindade, “Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Búsqueda de la Realización del Ideal de la Justicia Internacional”, in *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz / Vitoria-Gasteizko Nazioarteko Zuzenbidearen eta Nazioarteko Harremanen Ikastaroak* – Universidad del País Vasco (2010) pp. 17-95; A.A. Cançado Trindade, “Os Tribunais Internacionais Contemporâneos e a Busca da Realização do Ideal da Justiça Internacional”, 57 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (2010) pp. 37-67.

States themselves today recognize and realize that they can no longer dispose, as they wish, of the human beings who happen to be under their respective jurisdictions⁸³. Their power of action is not unlimited, ought to be guided by the faithful observance of certain fundamental values⁸⁴, and of the general principles of law⁸⁵. They are to respond for their eventual damages to human beings under their respective jurisdictions, and to provide the reparations due to them⁸⁶. States cannot even shield themselves behind the international criminal responsibility of the individuals who perpetrated international wrongs; the responsibility of the State always subsists. The responsibilities of ones and the others do not exclude each other, but rather complement each other. The new international legal order of our times has emerged from the human conscience, - the universal juridical conscience, as the ultimate *material* source of all Law. The expansion of the international legal personality has taken place to the benefit of all subjects of law, including the individuals as subjects of International Law.

4. Epilogue

⁸³. Cf. my Separate Opinion (paras. 1-231) in the Advisory Opinion of the ICJ on the *Declaration of Independence of Kosovo* (of 22.07.2010).

⁸⁴. Cf., e.g., S. Glaser, "La protection internationale des valeurs humaines", 60 *Revue générale de Droit international public* (1957) pp. 211-241.

⁸⁵. Cf. my Dissenting Opinion (paras. 1-214) in the case of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia versus Russian Federation, Judgment of the ICJ of 01.04.2011); cf. also my Separate Opinion (paras. 1-184) in the recent case of *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium versus Senegal, Judgment of the ICJ of 20.07.2012); and cf. my Separate Opinion (paras. 1-118) in the Advisory Opinion of the ICJ on the *Revision of a Judgment of the ILO Administrative Tribunal upon a Complaint Filed against IFAD* (of 01.02.2012).

⁸⁶. Cf. my Separate Opinion (paras. 1-101) in the case of *A.S. Diallo* (Guinea versus D.R. Congo, reparations, Judgment of the ICJ of 19.06.2012).

The law of nations, the *droit des gens*, has much evolved, ultimately moved by the universal juridical conscience, which stands well above the will of the States. Those who serve States tend to think too highly of themselves, and to attribute a key role in this evolution to strategic international litigation. Hence their adherence to the unsatisfactory and dangerous inter-State framework, and to dogmas of the past, and their insistence on trying to prolong certain moments of legal history, without realizing that theirs is a static outlook of the law of nations. After all, their activity is one of means – to “win a case”, – and not of ends. Those encapsulated in dogmatisms of the past tend to undermine advances achieved in the contemporary *jus gentium*, such as those pertaining to the consolidation of the international legal personality and capacity of individuals, which they label, at best, as “not perfect”. They are longing for an international legal order which no longer exists.

Theirs is a static outlook, centred on States, unpersuasive for its arbitrary points of reference. Such outlook attempts in vain to minimize the remarkable evolution of international law itself, as illustrated, e.g., by the historical recovery of the human person as subjecto of the law of nations. That surpassed inter-State outlook discloses a far too limited view which nostalgically insists on what they regard as the “perfect” international legal personality of States, - a “perfectness” taken for granted, without demonstration. The heralds of that outlook tend to forget that States were created by human beings for their common good, and benefited from “personification” on the basis – ironically – of an analogy with that of human beings. It is about time that States do their part, to the benefit of human beings who created them for the common good.

The international legal order no longer fits itself into the straight-

jacket of the strict inter-State outlook, which led to so many abuses, and atrocities, in the recent past; it turns instead its attention, with the revival of jusnaturalism, to the condition of human beings, and the questions which affect the whole of humankind⁸⁷. One recognizes today the need to consolidate the restitution to the human person the central position - as *subject of both domestic and international law*- wherefrom she was unduly removed, with the disastrous consequences of sad memory. Therecognition of the *centrality of the rights of the human person* corresponds to a new *ethos* of our times. In this line of evolution also lies the current trend of “criminalization” of grave violations of the rights of the human person. At this early stage of the XXIst century, we witness the acceleration of the historical process of *humanization* of international law,⁸⁸ - to which it is a privilege to be able to contribute, - which comes to occupy itself more directly with the realization of superior common goals.

We stand before a humanized (or even truly humanist) international *ordre public*, wherein the public interest or the general interest coincides fully with that of the prevalence of human rights. That implies the recognition that *human rights constitute themselves the basic foundation of the legal order*. In the domain of the International Law of Human Rights, moved by considerations of international *ordre public*, we are before common and superior values, underlying it, and which appear truly fundamental and irreducible. We can here visualize a true *droit au Droit*, that is, the right to a legal order which effectively safeguards the rights inherent to the human person. Of their faithful safeguard will depend, to a large extent, the future evolution of International Law itself.

⁸⁷. A. Truyol y Serra, *La Sociedad Internacional*, 9th. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 97-98 and 167. On the conception of the State as promoter and guarantee of the common good, cf. Jacques Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1966 (reimpr. 1985), pp. 11-105.

⁸⁸Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, *op. cit.* *supra* n. (43), pp. 3-409.

This is the path to follow, for us and the succeeding generations not to keep on living with the tragic contradictions which marked the XXth century. To pursue in this path, moreover, contributes ultimately to the international rule of law itself, to the realization of justice also at international level, thus fulfilling a long-standing aspiration of humankind. The international juridical subjectivity of the individuals is nowadays an irreversible reality, and the violation of their fundamental rights (emanated directly from the international legal order) entails juridical consequences. It gives expression to the new primacy of the *raison d'humanité* over the *raison d'État*. Human conscience thereby attains in our days a stage of evolution which renders it possible to do justice at the international law in the safeguard of those entirely marginalized or socially excluded (cf. *supra*). The human person has emerged, at last, also in the most adverse conditions and even amidst defencelessness, as the ultimate subject of both domestic and international law, endowed with full juridico-procedural capacity.

Contemporary international law has been moved, in its advances, by the search for justice and for the prevalence of common superior *values*. It has purported to enable individuals to exercise their rights (by acknowledging their *legitimatío ad causam*) and peoples to live in peace with justice. The fact is that, nowadays, individuals, even in the most adverse circumstances, and in situations of defencelessness (as we have seen), have had access to international justice; this would have been simply unthinkable in the XIXth century, or even some decades ago. The international legal order nowadays promptly reacts to situations of manifest injustice. As jurists, we can give our modest contribution to the improvement of the human condition, beyond the confines of institutionalized “schools of thought”, essentially as free thinkers, moved by our ideals, and remaining always attentive to fundamental human *values*, standing well above dogmas. Human conscience (the *recta ratio*), the universal juridical conscience, stands well above the will of States.

Last but not least, may I reiterate my gratitude to the authorities

of the University Panteio of Athens for their kindness in convening this academic act, of great significance to me and which I shall never forget. Soon in my academic life I captured the longstanding legacy of Greek spirituality; this latter expressed, in a perennial and timeless way⁸⁹, the compassion for the human condition, for human misery. The Greek tragedies of Aeschylus, Sophocles and Euripides remain as contemporary today as when they were first written and performed, so many centuries ago⁹⁰. The message is clear: it is against the use and abuse of force, which destroys not only the victims but likewise the perpetrators, everyone. It is a message illuminated by the imperatives of justice⁹¹. Justice is essential to human survival itself; we are privileged today to witness, and to contribute to, the emancipation of human beings *vis-à-vis* their own State,

⁸⁹. Cf., e.g., J. de Romilly, *La Grèce antique contre la violence*, Paris, Éd. de Fallois, 2000, pp. 7-214; J. Burckhardt, *History of Greek Culture*, Mineola/N.Y., Dover Publ., 2002, pp. 1-338; J.-P. Vernant, *As Origens do Pensamento Grego*, Rio de Janeiro, Difel/Ed. Bertrand, 2002, pp. 9-143; P. Lévêque, *Le monde hellénistique*, Paris, Libr. A. Colin, 1969, pp. 3-264; B. Snell, *A Cultura Grega e as Origens do Pensamento Europeu* [1955], São Paulo, Ed. Perspectiva, 2009 [reprint], pp. 1-319; J.N. Bremmer, *The Early Greek Concept of the Soul*, Princeton, Princeton University Press, 1993 [reprint], pp. 3-135; R. Dodds, *The Greeks and the Irrational*, Berkeley, University of California Press, 1997 [reed.], pp. 1-311; H.D.F. Kitto, *The Greeks*, Middlesex, Penguin Books, 1964 [reprint], pp. 7-252; C.M. Bowra, *The Greek Experience*, N.Y., Mentor Books, 1959, pp. 13-215.

⁹⁰. Cf., e.g., F. Nietzsche, *The Birth of Tragedy* [1872], Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 3-131; G. Steiner, *The Death of Tragedy*, London, Faber and Faber, 1961, pp. 3-355; W. Kaufmann, *Tragedy and Philosophy*, Princeton, Princeton University Press, 1992 (reed.), pp. 1-379; J. de Romilly, *Le temps dans la tragédie grecque*, 2nd. ed., Paris, Libr. Philosophique J. Vrin, 2009, pp. 11-207; S. Goldhill, *Sophocles and the Language of Tragedy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 3-263; S. Goldhill, *Reading Greek Tragedy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999 (reed.), pp. 1-286.

⁹¹. Simone Weil, *A Fonte Grega*, Lisbon, Ed. Cotovia, 2006, pp. 16-17, 20, 24-25, 30, 37-39, 69-70, 106 and 127-128; Simone Weil, *L'Iliade ou le poème de la force*, Paris, Éd. Payot & Rivages, 2014, pp. 54, 83, 86-87, 93, 101, 111-113, 119, 122-123, 142 and 152.

enabled as they now are to seek the realization of justice for themselves.

Thank you very much for all your attention.

Athens, 01 July 2014.

A.A.C.T.

Poder e justiça no Maranhão colonial da magistratura monocrática ao tribunal da relação

Arno Wehling¹

Maria José Wehling²

Resumo

O estudo analisa como ocorreu a introdução no Estado colonial de um novo elemento institucional: o Tribunal da Relação do Maranhão, em 1811. Sabemos como na justiça do Maranhão persistiam antigos problemas, como a força das elites locais e a corrupção de alguns juízes. O novo órgão objetivava aplicar a política de centralização orientada desde o Rio de Janeiro pela Corte portuguesa, subordinando longínquas comarcas à orientação não apenas judicial, mas política e administrativa do governo de D. João.

Palavras-chave: Justiça colonial – direito colonial – estado colonial – Tribunal da Relação do Maranhão

Abstract

The study analyses how a new institutional element was introduced into the colonial state structure: the Maranhão Court of Appeal in 1811. We know how old problems persisted in Maranhão's justice, such as the

¹ Professor Titular (UFRJ) e Emérito (UNIRIO). Do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Da Academia Brasileira de Letras e Presidente de Honra do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

² Professora Emérita da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

strength of local elites and corruption of some judges. The new body aim to apply the centralization policy guided since Rio de Janeiro by the Portuguese Court, subordinating distant counties to not only judicial but also political and administrative guidance from the government of D. João.

Keywords: Colonial justice – colonial law – colonial state – Maranhão Court of Appeal

Como funcionou a justiça no Maranhão, na transição de capitania colonial para província imperial? Para responder a essa pergunta, é preciso identificar algumas coordenadas estruturais incidentes sobre a administração da justiça no Maranhão colonial e considerar o quadro conjuntural pombalino e pós-pombalino.

A justiça no Estado e na capitania do Maranhão esteve submetida a condicionamentos semelhantes aos das demais capitanias do Estado do Brasil. Caracterizava-se antes de tudo por ser uma justiça estatal, principal braço, no discurso político da idade moderna, da monarquia absoluta. Seus juízes monocráticos – juízes de fora e ouvidores – e seus órgãos colegiados – tribunais da relação e Casa da Suplicação – tinham como missão exercer a justiça em nome do Rei, entendendo-se esta missão como a principal responsável pela manutenção do equilíbrio social.³ A sentença judicial, dando a cada um o que era legitimamente seu, conforme se expressava o direito comum, restabelecia um equilíbrio que fora rompido pela inadimplência ou pelo delito.

A preeminência do monarca se afirmava mesmo no caso de justiças não administradas por ele ou seus agentes diretamente. Era o caso da denominada *justiça concedida*, como a exercida pela Igreja ou pelo município, nas quais os vigários paroquiais ou os juízes ordinários,

³Arno Wehling e Maria José Wehling, A justiça colonial: fundamentos e formas, in Arno Wehling e Maria José Wehling, *Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 25ss.

respectivamente, tinham determinada jurisdição e alçada, sempre dependentes das determinações reais e aplicando as leis do Reino.

Não obstante o aparato institucional e legal da monarquia absoluta, é preciso lembrar que esta se estabeleceu numa sociedade de ordens ou estamentos, profundamente estratificada e hierarquizada. Assim, senhorios, cidades, corporações de ofícios e a própria Igreja se constituíam não em outros estados dentro da monarquia, mas em outras tantas *fontes de poder*. Estas fontes, que quase sempre precederam cronologicamente a monarquia, tinham suas formas particulares de exercer e administrar a justiça, que acabaram sendo absorvidas ou amoldadas à justiça real.⁴ Daí seu caráter “concedido”, ainda que esta concessão se fizesse a posteriori de sua criação e muitas vezes se contrapusesse à ação dos agentes reais.

No mundo colonial, a essa questão somaram-se outras, típicas da nova realidade: a distância oceânica entre metrópole e colônia, a constituição de latifúndios agrícolas e pecuaristas, as relações com as comunidades indígenas e o uso intensivo da mão de obra escrava africana. Os vastos latifúndios do Brasil colonial ou as comunidades indígenas que mantinham sua independência eram tão ou mais arredios a uma centralização rígida quanto seus congêneres europeus. Mesmo algumas vilas e cidades, como o Rio de Janeiro, São Paulo, Belém e São Luís dos séculos XVI e XVII, tiveram através de suas câmaras sérios confrontos com as autoridades reais, para não falar de quilombos, como o de Palmares, onde se procurou restaurar normas consuetudinárias africanas na organização da vida social.⁵

A chave do equilíbrio político estava na afirmação da *preeminência*, não da exclusividade do poder monárquico, o que garantiu

⁴ Philippe Sueur, *Histoire du Droit Publique Français, XVe.-XVIIIe. Siècle*, Paris, PUF, 1989, v. I, p. 353; Arlette Lebrige, *La Justice du Roi. La Vie Judiciaire dans l'ancienne France*, Paris, A. Michel, 1995, p. 86.

⁵ Arno Wehling e Maria José Wehling, *Formação do Brasil Colonial*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 4. Ed, 2004, p. 309ss

até o século XVIII notável flexibilidade ao sistema.⁶ Do ponto de vista jurídico, esta flexibilidade se completava com o caráter fortemente *casuístico* da norma, de modo que os princípios gerais do direito, ainda mesclados de fundamentos teológicos e filosóficos, eram aplicados pelo juiz com grande margem interpretativa, calcado numa jurisprudência diversificada e tendo em vista as circunstâncias locais ou regionais.⁷

Do lado espanhol, este casuísmo se refletia, por exemplo, na admissão do princípio do *se acata pero no se cumple*, pelo qual uma lei ou outra determinação real poderia não ser aplicada em determinado local, após arrazoado justificativo de suas autoridades.⁸ Do lado português, admitia-se a suspensão casuística das próprias Ordenações, pela fórmula *sem embargo da Ordenação em contrário*, na qual, a requerimento do interessado ou por antecipada ação real, se liberava do cumprimento de determinado dispositivo.⁹

No caso do Maranhão colonial, quer consideremos o Estado, quer a capitania, conhecemos as linhas gerais do processo colonizador e a intensidade dos conflitos dos diferentes segmentos sociais entre si, com os agentes do estado e destes entre si. Proprietários rurais, comerciantes, indígenas, jesuítas, demais religiosos regulares e seculares, camaristas, ouvidores, juizes, provedores, secretários, capitães-mores e governadores são os atores permanentes do drama, cujo texto varia de acordo com a época, mas tem como motivos principais as disputas pelo poder, pela terra, pelo comércio e pela mão de obra.

⁶ Ronald Asch e Heinz Duchhardt (Ed.), *El Absolutismo. Un Mito?* Barcelona, Idea, 2000, p. 13ss.

⁷ Antonio Manuel Hespanha, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*, Lisboa, Iberoamericana, 1997, p. 155.

⁸ Victor Tau Anzoategui, *Casuismo y Sistema*, Buenos Aires, Perrot, 1992, p. 256ss. Eduardo Martiré, *Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias – del Judex Perfectus al Judex Solutus*, Buenos Aires, Historica Perrot, 2009, p. 76.

⁹ Arno Wehling e Maria José Wehling, *Sem Embargo da Ordenação em Contrário – adaptação da norma portuguesa à realidade colonial* – nota prévia, *Carta Mensal*, CNC, v. 6, 2010, p. 35ss.

Sob o ângulo da administração da justiça, os magistrados nomeados pelo governo – juízes de fora, ouvidores de comarcas e ouvidor da capitania ou do Estado – ficavam imprensados entre o poder local e o do governador da capitania ou do Estado. Aquele tinha sua expressão institucional mais perceptível nas câmaras municipais, com seus juízes ordinários, vereadores e almotacéis, mas também se exercia nos sertões e nas fazendas pelo mandonismo rural, a quem Varnhagen denominava os “mandões” locais e a própria documentação colonial, “régulos do sertão”. Impor a norma portuguesa nesse mundo afastado e diferente não era tarefa simples. Mas também não o era tratar com os governadores, tantas vezes imbuídos de interesses conflitantes daqueles do poder central a que representavam, tanto quanto os letrados.

Assim, não se pode admitir a priori certo comportamento arquetípico aos três pólos – poder local, letrados ou administradores da justiça e governadores – já que existem diferentes combinações possíveis nessas relações. No âmbito da administração da justiça os conflitos básicos no Maranhão ocorreram entre os juízes ordinários das câmaras e os juízes de fora e ouvidores e entre estes e os governadores, mas houve casos, como o do governador Francisco Manuel da Câmara, já no início do século XIX, de aliança entre esta autoridade e a câmara, contra o juiz de fora e o ouvidor.

Do primeiro tipo de conflito são bons exemplos os ocorridos no governo de Baltasar de Sousa Pereira, de 1652 a 1655. Numa situação, a crise aberta entre colonos e jesuítas sobre a escravidão dos índios acabou por opor a Câmara aos ouvidores e ao desembargador João Cabral de Barros, nomeado pelo rei para distinguir, segundo dizia a Carta Régia de 17 de outubro de 1653,

“quais dos gentios cativos o eram legitimamente com boa consciência e quais não, o que sendo aprovado e julgado por esses magistrados, se desse por livres e por cativos os que legitimamente

o foram”¹⁰

Em outra situação, a câmara de São Luís, sabedora que o mesmo capitão-mor do Maranhão cogitava nomear como ouvidor-geral da capitania o bacharel João Rabelo de Carvalho, manifestou sua discordância, sob o argumento de “haver outros cidadãos mais dignos para tal cargo”.¹¹

A autoridade do governador sobre os magistrados era definida em lei e estava expressa nas cartas padronizadas de nomeação desses mandatários, numa fórmula que pouco variava e que determinava, como na nomeação do governador Bernardo Pereira de Berredo e Castro “a todos os oficiais de Guerra, Justiça e Fazenda de todo o dito Estado [do Maranhão] lhe obedçam em tudo e cumpram suas ordens e mandados como o seu governador e capitão-general...”¹²

Tais prerrogativas tornaram-se mais explícitas ao longo do século XVIII, quando a monarquia absoluta tradicional, também em Portugal, resvalou cada vez mais acentuadamente para uma política centralizadora que a transformaria no “absolutismo” criticado pelos liberais e jacobinos da época revolucionária.

No que respeita à administração da justiça, entretanto, sempre houve forte espírito de autonomia dos magistrados em relação aos governadores e vice-reis, objeto aliás de várias reclamações destes. No caso do Maranhão, o cronista Raimundo Gaioso, escrevendo no início do século XIX e tendo seu livro publicado postumamente em 1818, ainda no governo joanino, dizia a este respeito:

“Para por as devidas balizas a um excesso, cujas conseqüências,

¹⁰ Carta Régia de 17 de outubro de 1753, in Bernardo Pereira de Berredo, *Anais Históricos do Estado do Maranhão*, Rio de Janeiro, Tipo, 4ª. Ed, p. 240-241.

¹¹ Cesar Augusto Marques, *Dicionário Histórico-Geográfico da Província do Maranhão*, São Luís, Sudema, 1970, p. 307.

¹² Idem, p. 330-331.

*banindo a justiça e a segurança individual, sujeitariam a vida e a prosperidade dos cidadãos à vontade de um só homem, os nossos previdentes monarcas tem repetidas vezes estranhado e proibido nos termos mais expressivos, a todos os senhores Generais [governadores capitães-generais], de se intrometerem em matérias forenses, podendo somente advertir esses mesmos magistrados, quando eles por negligência deixam de cumprir com as obrigações dos seus delicados empregos”.*¹³

A história do Maranhão e do Pará é rica nesses conflitos entre autoridades judiciais e o governador. Em 1703 o governador do Estado do Maranhão D. Manuel Rolim de Moura suspendeu de suas funções o ouvidor geral e também provedor da Fazenda Real, bacharel Miguel Monteiro Bravo, porque este discordou das arrematações de contratos, considerando-os ilegais.¹⁴

A administração do governador e cronista do Maranhão Bernardo Pereira de Berredo e Castro, entre 1718 e 1722, foi pródiga em conflitos deste com autoridades e funcionários judiciais. O historiador oitocentista Cesar Augusto Marques levantou, entre outros os seguintes:

- pedido do governador para que lhe fosse concedida competência semelhante à dos Regedores da Casa da Suplicação e Desembargadores do paço, a fim de que pudesse punir o ouvidor Leite Ripado, a quem acusava de abusos contra os moradores. A provisão real de 19 de outubro de 1720 não concedeu a excepcionalidade pedida, determinando que o governador se circunscrevesse à competência definida em seu regimento, apenas reportando a Lisboa o que julgasse necessário. A eventual punição do magistrado ocorreria após o exercício e seria determinada no juízo de residência a que se submetiam as autoridades.¹⁵

¹³ Raimundo J. S Gaioso, *Compêndio Histórico-Político dos Princípios da Lavoura no Maranhão*, Rio de Janeiro, Sudema, 1970, p. 124.

¹⁴ Bernardo Pereira de Berredo, op cit, p. 356.

¹⁵ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 332.

- denúncia contra o governador, acusando-o de ordenar ao capitão-mor do Maranhão para que, em sua ausência, prendesse os escrivães de justiça inadimplentes. A provisão de 5 de março censura e proíbe o procedimento, determinando que o governador se abstinhasse de interferir na administração da justiça e considerando o caso quesito a tratar no seu juízo de residência.¹⁶
- concessão pelo governador de um alvará de fiança a réu foragido. A provisão de 8 de janeiro de 1722 censura o procedimento por não ser de sua competência a emissão do documento, mas do ouvidor-geral.¹⁷

No governo de Gonçalo Pereira Lobato e Sousa e sendo governador do Estado Francisco Xavier de Mendonça Furtado, irmão do futuro marquês de Pombal, ocorreu o rumoroso caso do ouvidor da comarca do Piauí, José Marques da Fonseca. Tratava-se de seu casamento com uma rica fazendeira local, o que era vedado na legislação, exceto por autorização especial do rei. Informado, o governador da capitania comunicou o fato ao governador do Estado, que determinou a suspensão do magistrado e sua substituição pelo juiz ordinário. O assunto transcendeu o caráter privado, porque o ouvidor arregimentou partidários. Uma ação mais enérgica do governador fez com que o magistrado abandonasse o local, mas não se livrou do inquérito – que envolveu alguns de seus partidários - nem da punição, morrendo encarcerado em Lisboa.¹⁸

O sempre potencial conflito entre magistrados e governadores era também provocado por falhas de natureza institucional. Assim, ficava em aberto a possibilidade de juízes de fora e ouvidores *emprazar*, isto é, citar para comparecimento ante autoridade ou tribunal, um governador, o que

¹⁶ Idem, p. 333.

¹⁷ Ibidem. Do próprio Berredo não há informação sobre essas ocorrências, já que escusou-se de relatar o próprio governo em sua crônica; Bernardo Pereira de Berredo, op cit, p. 366.

¹⁸ Idem, p. 341. Não obstante ser legalmente possível obter a dispensa real, desde que formalmente solicitada e concedida por meio do Desembargo do Paço, conforme estudamos em nota prévia ao tema; Arno Wehling, *Sem embargo...* op cit, p. 44.

na prática significava afastá-lo do governo se este *emprazamento* significasse sua apresentação ante um tribunal lisboeta, por exemplo. Foi o que sucedeu ao ouvidor geral Antonio Figueira Durão, na condição de provedor de Defuntos e Ausentes, que *emprazou* duas vezes o capitão mor Manuel Pita da Veiga, em 1648, a se apresentar ante a Mesa da Consciência e Ordens, em Lisboa. Este admitiu o procedimento, mas mudou de idéia e recusou-se. O ouvidor-geral renunciou ao cargo e preparava-se a voltar para Lisboa, quando foi preso pelo capitão mor.¹⁹ Questões dessa natureza continuaram existindo, especialmente no âmbito da sempre rendosa e complexa provedoria de Defuntos e Ausentes, normalmente atribuição cumulativa dos magistrados. Somente em 1716 houve manifestação real, provocada pela Mesa da Consciência e Ordens, no sentido de impedir que

*“um juiz de autoridade tão inferior à de um capitão general a ter a necessária [força] para o deslocar do governo de que jurou homenagem nas próprias mãos do Soberano, a fim de achar-se na Corte, no dia em que este ministro lhe determinar”.*²⁰

O assunto, entretanto, não ficou inteiramente sanado, pois quase cem anos depois o cronista Gaioso a ele se refere como uma questão presente, apoiando a idéia de que os emprazamentos se fizessem via Mesa da Consciência e Ordens e constassem dos juízos de residência dos governadores, findo os seus períodos de governo. Era a solução mais razoável, já que a Mesa tinha competência para resolver os problemas mas não se justificava a interrupção de um governo – o que na prática representava seu fim, dada a lentidão dos transportes - para resolver uma disputa dessa natureza.²¹

II

As conjunturas pombalina, 1750-1777 e pós-pombalina, 1777-1808, tiveram como traço comum do ponto de vista da administração estatal o esforço centralizador. Embora possam ser apontados exemplos

¹⁹ Bernardo Pereira de Berredo, op cit, p. 233-234. Cesar Augusto Marques, op cit, p. 305.

²⁰ Raimundo J. S. Gaioso, op cit, p. 128-129.

²¹ Ibidem.

dessa atitude no governo de D. João V, sobretudo pela influência dos administradores franceses e espanhóis entre os *afrancesados* locais, foi somente com o apogeu do poder de Pombal, após o Terremoto, que se evidenciou uma política efetivamente centralizadora, de “tudo nivelar ante o monarca”. Portugal e o Brasil transitavam assim da monarquia absoluta tradicional para o absolutismo.

Sob o ângulo da legislação, os dois exemplos mais emblemáticos da nova atitude do governo foram a Lei da Boa Razão, que submetia ao crivo da burocracia pombalina toda a organização jurídica da monarquia portuguesa e as leis testamentárias, que procuravam estimular o desentesouramento e a circulação das riquezas, em detrimento dos vínculos e dos legados à Igreja.²²

Na administração colonial, um exame das instruções dadas aos governadores de capitania e vice-reis do período no que respeita à justiça demonstra uma preocupação com sua correta administração, para a qual se buscou o apoio do discurso jurídico tradicional, ou seja, das Ordenações do Reino.²³ Equilíbrio, segura aplicação das leis e brevidade das decisões eram os preceitos recomendados, sendo que havia uma expressa preocupação em adequar o “novo” – a preeminência do governo colonial, quase todo em mãos da nobreza militar – à tradição, isto é, o respeito pelas prerrogativas da magistratura. Neste “despotismo esclarecido” inspirado pelo racionalismo ilustrado, lembrava-se a lição antiga, que estava no prólogo das Ordenações Filipinas e que já se encontrava – ainda que causasse desconforto aos juristas oficiais admiti-lo - no capítulo XII, 1 de *O Príncipe*. Na palavra da Ordenação:

²² Arno Wehling e Maria José Wehling, *Cultura jurídica e julgados do Tribunal da relação do Rio de Janeiro: a invocação da Lei da Boa razão e o uso da doutrina. Uma amostragem* in Maria Beatriz Nizza da Silva (coord.), *Cultura portuguesa na Terra de Santa Cruz*, Lisboa, estampa, 1995, p. 158ss. ; Arno Wehling e Maria José Wehling, *O direito das sucessões*, in *Direito e justiça no Brasil colonial – o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 513ss

²³ Arno Wehling, *Administração portuguesa no Brasil, 1777-1808*, Brasília, Funceb, 1986, p. 151ss

*“e como quer que a República consista e se sustente em duas coisas principalmente, em as Armas e as Leis, e uma haja mister da outra; porque assim como as Leis com a força das Armas se mantêm, assim a Arte Militar com a ajuda das Leis é segura”*²⁴

No caso do Maranhão, é sintoma do novo espírito administrativo pombalino as Instruções que Joaquim de Melo e Póvoas recebeu do ministro, então na plenitude do poder, ao assumir o governo em 1761. Descrevendo o povo maranhense como “obediente, fiel a El Rei, aos seus generais e ministros”, recomendou que governasse em justiça e paz, sem paixões pessoais, “porque é injúria do poder usar da espada da justiça fora dos casos dela”.²⁵

À recomendação para agir com moderação, “em benefício Del Rei, da justiça e do bem comum”²⁶ seguia-se a de que atuasse de modo permanente e pessoal, afastando os adutores. E lembrava o secretário de estado um dos pontos fundamentais de seu programa de abatimento da nobreza e do clero ante o Estado:

*“Não consinta V. Exa. violência dos ricos contra os pobres; seja defensor das pessoas miseráveis; porque de ordinário os poderosos são soberbos e pretendem destruir e desestimar os humildes; esta recomendação é das leis divinas e humanas; e sendo V. Exa. o fiel executor de ambas como bom católico e bom vassalo, fará nisso serviço a Deus e a El Rei.”*²⁷

A expansão das capitanias na segunda metade do século XVIII

²⁴ Idem, p. 153. Em Maquiavel: “Os fundamentos de todos os estados, tanto novos como velhos, ou mistos, são as boas leis e as boas armas. E porque boas leis não há onde não haja boas armas, e porque havendo boas armas convém haver boas leis, deixarei de lado as leis e falarei das armas.” Maquiavel, *O príncipe*, Rio de Janeiro, Letras e Artes, 1965, p. 55.

²⁵ Carta contendo as Instruções do Marquês de Pombal a Joaquim de Melo e Póvoas quando de sua nomeação como capitão mor do Maranhão, in Cesar Augusto Marques, op cit, p. 342.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Idem, p. 343.

tornou cada vez mais lenta a justiça de segunda instância, mesmo com o estabelecimento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, em funcionamento a partir de julho de 1752. A solução apresentada pela administração pombalina foi a criação de Juntas de Justiça em algumas capitais, atribuindo-lhes uma competência recursal. Para o Maranhão a medida foi tomada apenas no final do governo de Pombal, a instâncias, desde 1775, do governador Melo e Póvoas. O principal argumento do governador foi o elevado número de presos existente no Maranhão e no Piauí à espera de julgamento, reflexo da situação conturbada que a capitania e sua anexa do Piauí viviam.²⁸

O clima se agravava no fim do governo de Melo e Póvoas, com violências na demarcação de terras na região de Caxias e com o assassinato do diretor da aldeia indígena de Nossa Senhora da Conceição dos Anapirus, ambas as situações vividas in loco pelo juiz de fora de São Luís.²⁹ Além disso, repetiam-se atentados e mortes de senhores por seus escravos. Sua avaliação foi tão pessimista que, num primeiro momento, resolveu ele próprio criar uma junta, com os ministros letrados existentes e mais “algum vereador de melhor capacidade, para com eles se sentenciarem estes réus...”³⁰ Demovido desse propósito pelo ouvidor, que lhe fez ver que a decisão deveria partir do governo metropolitano, acabou por ter seu pleito atendido em 5 de fevereiro de 1777, já no apagar das luzes do ministério de Pombal. Como as demais Juntas existentes, a do Maranhão era presidida pelo governador e composta pelo ouvidor, pelo juiz de fora de São Luís e por dois vogais, ministros em áreas próximas. Se o número não chegasse a cinco letrados, o governador poderia nomear advogados de boa reputação, cabendo a relatoria dos processos sempre ao ouvidor.³¹ No caso dos réus militares, pela omissão da Carta Régia, Melo e Póvoas decidiu que a Junta se constituísse como conselho de guerra,

²⁸ O governador escreveu à metrópole que desejava “fazer nestes agressores algum exemplo para se atalharem as desordens e homicídios, que continuamente havia por este sertão”. Idem, p. 425.

²⁹Ibidem.

³⁰Ibidem.

³¹ Raimundo ... Gaioso, op. cit, p. 125.

compondo-se com os oficiais superiores da guarnição.³² Em todos os casos deu-se à Junta plena jurisdição, podendo sentenciar os réus à pena máxima, sem apelação nem agravo.³³

A cada vez maior preeminência dos governadores, cumulativamente capitães-generais, numa época de afirmação da política centralizadora, foi motivo, embora não exclusivo, de numerosos conflitos com os magistrados e as câmaras. A firmeza ou mesmo o despotismo com que muitos atuaram foi objeto de numerosas críticas, sobretudo na virada para o século XIX e às vésperas da independência, críticas que muitas vezes surgiam mesmo no círculo mais íntimo do poder, como fez Silvestre Pinheiro Ferreira em parecer entregue ao Príncipe Regente.³⁴ O Maranhão foi prolífico neste tipo de situações.

Em 1777, ainda no governo de Melo e Póvoas, o capitão de granadeiros de São Luís encabeçou um abaixo assinado contra o juiz Henrique Guillon³⁵. O governador em sua representação ao Conselho Ultramarino endossou as críticas.³⁶ No ano seguinte o ouvidor do Piauí foi preso a mando do governador após confirmação de denúncias em inquérito³⁷. O cerne de outro conflito, desta vez entre o governador e o ouvidor do Maranhão, foi a disputa por jurisdição entre ambos.³⁸ O problema continuou pelo governo seguinte, com a entrada em cena de um novo ator, a câmara de São Luís, que se posicionou a favor do ouvidor e

³² Cesar Augusto Marques, op cit, p. 425.

³³ Raimundo... Gaioso, op cit, p. 125.

³⁴ Silvestre Pinheiro Ferreira, Memórias políticas sobre os abusos gerais e modo de os reformar e prevenir a revolução popular, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol 47, 1884, p. 1ss. Arno Wehling e Maria José Wehling, Um ator político e dois momentos de reestruturação institucional do Império português, 1814-1821, in Ana Leal de Faria e Maria Adelina Amorim, *O Reino sem Corte – a vida em Portugal com a Corte no Brasil, 1807-1821*, Lisboa, Tribuna, 2010, p. 265ss

³⁵ Arquivo do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Conselho Ultramarino, cód. 12, t 2, fl. 292.

³⁶ Idem, cód. 5, fl. 85.

³⁷ Idem, cód. 5, fl. 82.

³⁸ Idem, cód. 5, fl. 106.

contra o governador. Este fato por si só é eloqüente, demonstrando a oposição às medidas centralizadoras e uniformizadoras do “despotismo esclarecido”, contra as quais se uniram os interesses locais e a força tradicional da magistratura, que se sentia esvaziada pela ação da nova burocracia estatal.

Em 1782 o novo governador Antonio Sales de Noronha suspendeu de funções o juiz de fora José Tomás da Silva Quintanilha e apresentou queixa ao Conselho Ultramarino contra o ouvidor Julião Francisco Xavier da Silva, por isso chamado a Lisboa. O historiador Cesar Augusto Marques atribui tais conflitos ao caráter “irascível” do governador,³⁹ mas a representação feita contra o ouvidor por um morador queixando-se da “falta de cumprimento dos deveres” do magistrado pode indicar que, a despeito de traços pessoais, havia também nesse caso processo de afirmação da autoridade régia que enfrentava obstáculos na própria burocracia oficial.⁴⁰

Em sentido contrário, de um possível conluio entre o governador e o ouvidor na construção de uma obra pública, foi a denúncia oferecida por José Paulo Afonso Sardinha “em nome dos habitantes do Maranhão”, contra o governador Fernando Antonio de Noronha, o ouvidor João Pedro de Abreu e o coronel Anacleto Henriques Franco. Feita a sindicância em 1798 pelo Desembargador Joaquim Antonio de Araujo, especialmente designado, as autoridades foram inocentadas.⁴¹

III

Creemos haver demonstrado, em outro trabalho, que o governo joanino no Rio de Janeiro a partir de 1808 buscou sistematicamente a centralização político-administrativa, e que para esse fim utilizou a

³⁹ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 345.

⁴⁰ Arquivo do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Conselho Ultramarino, cód. 5, fls. 204-215.

⁴¹ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 347.

organização judicial da colônia.⁴² Constata-se, além disso, que essa política centralizadora já se encontrava em marcha desde o consulado pombalino. Ela era quase sempre concentrada na figura do governador capitão general da capitania, não obstante se esperasse das autoridades judiciais toda a cooperação no mesmo empenho.

No caso da capitania do Maranhão, a consecução dessa política enfrentou percalços e nem sempre houve unidade de ação no governo, em particular entre governadores e magistrados. Mas nenhuma dessas situações foi tão grave, como a que ocorreu entre 1806 e 1811, nos governos de Francisco Melo da Câmara (1806-1809) e José Tomás de Menezes (1809-1811), caracterizando uma verdadeira crise institucional, da qual se originou a criação de um novo Tribunal da Relação, o terceiro do Brasil.

A crise iniciou-se quando Francisco Melo da Câmara nomeou como “comandante ou intendente de polícia” o capitão Almeida e Silva, dando-lhe atribuições que pertenciam ao juiz de fora ou ao ouvidor, como conhecer de querelas e crimes e sobre elas decidir, emitindo sentenças e punindo a seu arbítrio.⁴³ Além disso, o governador estava aparentemente envolvido com grupos de interesse locais, como os representados pelo escrivão da Fazenda Real Elias Vidigal, acusado de corrupção e prevaricação na arrecadação das rendas da capitania.⁴⁴ Quando o ouvidor José Patrício Diniz da Silva e Seixas, que esboçara uma discreta resistência, terminou seu exercício, determinou sua retirada de São Luís para São Bernardo do Parnaíba. Não satisfeito, convocou o ex-ouvidor João Francisco Leal para que procedesse a um inquérito sobre a atuação

⁴² Arno Wehling, Estado, governo e administração no Brasil joanino, in *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 436, 2007, p. 75ss.

⁴³ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 350. Não é preciso adotar o argumento liberal deste autor, para quem tais medidas caracterizaram “verdadeira ditadura”, para perceber que elas se faziam ao arpejo da tradicional legislação do Reino sobre a competência dos magistrados.

⁴⁴ Arquivo do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Conselho Ultramarino, L. 178 doc. 36.

daquele magistrado.⁴⁵

A sucessão de acontecimentos aparece em vários inquéritos determinados pelo Príncipe Regente a partir de denúncias formuladas em São Luís contra o governador Melo da Câmara, o último dos quais, determinado por uma carta régia de 1813, foi de responsabilidade do desembargador Veloso de Oliveira, já como chanceler da nova Relação.⁴⁶

Conforme denúncias do juiz de fora Luís de Oliveira ao Príncipe Regente, em 1808, amparado em numerosas testemunhas, posteriormente corroboradas na investigação, ocorreu o completo esvaziamento da autoridade judicial.

A Câmara e o governador foram acusados de avocar atribuições judiciais, instaurando processos, sentenciando no crime e no cível e fazendo execuções judiciais em bens de litigantes. No limite, os vereadores autodenominaram a câmara “tribunal” e os vereadores e funcionários, “magistrados”, “senadores” e “julgadores”. Nos *Apontamentos que se viram para a devassa mandada proceder contra as prevaricações [de Elias] Vidigal e sobre arbitrariedades dos governadores Francisco de Melo Manuel da Câmara e José Tomás de Menezes, 1806-1810*”, o libelo acusa vereadores, oficiais da Câmara e da administração e o governador desses comportamentos, arrimando cada uma das acusações em depoimentos ou certidões de atos baixados por aquelas autoridades.⁴⁷

O governador foi expressamente acusado de “dar aos vereadores jurisdição contenciosa e superior a seu presidente, o ouvidor da comarca”, “perpetuar na câmara os seus vereadores e negar auxílio aos ministros”, “animar a câmara a negar a posse ao novo juiz de fora” e “tiranizar os povos atacando os direitos de propriedade deste mesmo comércio de

⁴⁵ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 351.

⁴⁶ Idem, p. 344.

⁴⁷ Arquivo do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Lata 178, doc. 36.

açougue”⁴⁸ (aqui o documento refere-se à acusação de que o governador recebia 1.000 rs por boi abatido).

Extrapolando do conflito administrativo para o âmbito político, o documento acusava o governador de

“déspota... que chegou ao ponto de proibir que os homens se comunicassem”, “celerado e cruel, afixou editais de revolta... [procurando] até o ridículo pretexto de convidar o povo para sublevar-se”.⁴⁹

Arrolava para a comprovação desses fatos as principais autoridades da terra, como o comandante do regimento de linha, o capitão mor de São Luís, o intendente de marinha, o ouvidor e o novo juiz de fora. O original dessa denúncia foi encaminhado ao Príncipe Regente em 1809, mas o conflito prosseguiu, culminando com a prisão do juiz de fora Luis de Oliveira Figueiredo de Almeida, mandado preso para o Rio de Janeiro, via Londres, por falta de transporte direto.⁵⁰

Esse fato atrasou a devassa a que se procedeu na Mesa do Desembargo do Paço, mas em 23 de agosto de 1811 foi enviada ordem do colegiado ao ouvidor do Maranhão, responsabilizando o governo Melo da Câmara por atos arbitrários, previstos na Carta Régia de 14 de março de 1798, proibindo aos vereadores envolvidos que retornassem aos cargos da câmara e censurando o juiz de fora denunciante por atitudes como aprovar obras de valor superior aos de sua alçada e descon siderações ao órgão municipal. Essas determinações foram confirmadas em Carta Régia de 19 de novembro do mesmo ano.⁵¹

No governo seguinte, de José Teles de Menezes, prosseguiram os

⁴⁸Ibidem.

⁴⁹Ibidem.

⁵⁰ Arquivo Nacional, Livro de Ordens expedidas pelo Desembargo do Paço, vol. I, 00253, fl. 53.

⁵¹ Carta Régia de 19 de novembro de 1811, Idem, vol. I, fl. 68.

conflitos entre este as autoridades judiciais, além de ter ocorrido o rumoroso caso da suspensão de funções do governador Carlos Cesar Burlamaqui, da capitania anexa do Piauí. Enquanto no Rio de Janeiro prosseguia o inquérito sobre a administração anterior, em São Luís o novo governador continuava os conflitos do antecessor e surgiam novos.⁵² O mesmo documento encaminhado ao Príncipe Regente dizia que a autoridade “levou até o último ponto a desordem... estando todos sujeitos à sua monarquia e que os havia de convencer disto, conclui com uma regra, e que foi a de que nada valeria a pluralidade de votos, se ele só fosse contrário...”; “consentiu em todos os roubos [do escrivão Elias] de Vidigal; “monopolizou despoticamente a Junta de Fazenda da capitania”; “avocou os autos crime dos presos da Alfândega” e “com força armada suspendeu o Juiz de Fora do ingresso na Alfândega”; “tirou a Juiz de Fora a jurisdição de visitar navios segundo a Ordem Régia e deu-a ao administrador da Alfândega para ajudar a seus roubos: concedeu a este administrador toda a jurisdição de ministros mandando que não obedecesse ao Juiz de Fora”; e, conforme denunciou este em ofício de 28 de maio de 1810, “criou feitos em Palácio desde o seu princípio: erigiu-se em Legislador, dando fórmula de regulação aos Auditórios, tirando devassas, avocando devassas, prendendo e soltando de potência”⁵³ (sic).

O Juiz de Fora não deixou de sublinhar o fato de que várias ordens régias haviam sido interceptadas pelo governador, para negar-lhes vigência.⁵⁴

Como efeito dessas denúncias foi instaurado inquérito por decisão da Mesa do Desembargo do Paço, tendo sido nomeado sindicante em 20 de agosto de 1811 o desembargador Antonio Rodrigues Veloso de Oliveira. A essa altura já se cogitava nesse órgão sobre a criação de um Tribunal da Relação, que pudesse consolidar a situação política e administrativa da capitania, pois a 23 de agosto era baixada Resolução

⁵²Ibidem.

⁵³ Arquivo do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Lata, 178, doc. 36.

⁵⁴Ibidem.

nesse sentido.⁵⁵

Com a retirada antecipada do governador José Tomás de Menezes— embora o historiador Cesar Augusto Marques considere que o caso foi tratado com parcialidade na Corte⁵⁶- e a instalação de um governo colegiado provisório os conflitos interinstitucionais se amenizaram. No mesmo ano tomou posse Paulo José da Silva Gama.

Nas instruções recebidas do ministro marquês de Aguiar, a 17 de outubro de 1811, o governador Silva Gama foi informado da decisão de estabelecer uma nova Relação. Em correspondência enviada ao mesmo ministro no mês seguinte à posse, faz interessante observação sobre a índole ordeira do povo, em contraste com a atitude das autoridades, culpando expressamente os magistrados:

“eles foram em todo o tempo inimigos dos governadores e são o foco, o ponto de união de todos os descontentes da administração dos mesmos governadores; são quem formam partidos contra eles unindo-se a algumas das principais pessoas do país, que por terem pleitos e demandas precisam da proteção e amizade dos magistrados”⁵⁷

Não obstante o juízo negativo, o governador pediu a rápida instalação do tribunal, de modo que “a administração da justiça [tenha] mudanças vantajosas em benefício destes povos”.⁵⁸

⁵⁵ Arquivo Nacional, Livro de Ordens expedidas pelo Desembargo do Paço, vol. I, 00253, fl. 53ss.

⁵⁶ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 354.

⁵⁷ Idem, p. 356. Esse tipo de conflito em todo caso não era raro na América portuguesa. Alguns anos antes o vice-rei Luís de Vasconcelos e Sousa, alias desembargador e não militar, reconhecia o exagero do comportamento autocrático de seus congêneres: estes, dizia, atuavam com um condenável “despotismo”, “quase geral nos ministros que servem à América”. Ofício de 26 de agosto de 1780, do vice rei Luis de Vasconcelos e Sousa; Arquivo Nacional, Correspondência dos Vice Reis, cód. 69, L. 5, fl. 38ss. Discutimos a questão em Arno Wehling e Maria José Wehling, *Direito...*, p. 410ss.

⁵⁸ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 354.

IV

No mesmo dia em que foi expedida a ordem ao ouvidor geral do Maranhão a propósito dos atos dos governadores Francisco Melo Manoel da Câmara e José Teles de Menezes e do juiz de fora Luís Oliveira Figueiredo de Almeida, 23 de agosto de 1811, foi publicada uma Resolução Régia pela Mesa do Desembargo do Paço, criando o Tribunal da Relação do Maranhão. Determinava-se aí que quando este entrasse em funcionamento cessariam as funções da Junta de Justiça.⁵⁹

Na seqüência do processo de criação, a 5 de março do ano seguinte foi mandado redigir o regimento do novo órgão, baixado pelo alvará de 13 de maio de 1812. Na mesma data foi enviada correspondência aos governadores de Goiás e Mato Grosso, informando sobre a criação do tribunal e solicitando que se manifestassem, consultados os respectivos ouvidores “por escrito”, se as comarcas de São João das Duas Barras e Vila Bela deveriam ficar ou não na jurisdição do tribunal maranhense, tendo em vista as distâncias.⁶⁰

Uma Carta Régia de 19 de junho de 1812 mandou executar o alvará e a 5 de setembro foi enviada ordem ao chanceler designado da Relação com o novo regimento, observando-se que entraria em vigor “sem embargo das leis em contrário, inclusive a Ordenação, Livro II, título 39 verso”.⁶¹ Em janeiro do ano seguinte a criação do tribunal foi anunciada ao governador Paulo José da Silva Gama e o órgão instalado em 4 de novembro de 1813, em sede provisória.⁶²

Quando da instalação do tribunal, foram designados apenas cinco magistrados, o chanceler Antonio Rodrigues Veloso de Oliveira e os

⁵⁹ Arquivo Nacional, Livro de Ordens expedidas pelo Desembargo do Paço, cód. 19, vol. I, fls 64-65.

⁶⁰ Idem, fls. 74-75.

⁶¹ Idem, fl. 92.

⁶² Cesar Augusto Marques, op cit, p. 608.

desembargadores Lourenço d'Arroxelas Vieira de Almeida Malheiros, José da Mota de Azevedo, João Xavier da Costa Cardoso e João Francisco Leal.⁶³

A designação de José da Mota de Azevedo para o tribunal teve um caráter de desagravo, pois também entrara em sério conflito com o governador José Teles de Menezes, que o mandara recolher a sua fazenda no interior⁶⁴. Não obstante, o governador Silva Gama igualmente fez queixas de sua atuação, contestando-lhe a administração.⁶⁵

Como acontecera no Rio de Janeiro em 1752, também em São Luís o tribunal deslocou a Casa da Câmara, local em que permaneceu até a construção de sede definitiva, em 1818. E de modo semelhante vieram dois desembargares mais experientes, o chanceler, que era desembargador do Paço, membro da Mesa da Consciência e Ordens e juiz conservador da nação inglesa⁶⁶ e João Xavier da Costa Cardoso, que exercera funções em Pernambuco, de onde vieram também alguns funcionários, entre eles o guarda mor.⁶⁷

Não deve passar sem registro, nessa sociedade que ainda se pautava pelos padrões, símbolos e etiqueta do Antigo Regime, a data de promulgação do Regimento da Relação Maranhense, 13 de maio de 1812, dia do aniversário do Príncipe Regente. Procurava-se assim sinalizar a importância que a Corte atribuía ao novo ente administrativo, no qual havia fortes esperanças para a estabilização institucional da capitania.

Como se organizou o Tribunal da Relação do Maranhão?

⁶³ Arquivo do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, DA 2.4.33. Quadro demonstrativo dos desembargadores do Tribunal da Relação do Maranhão desde sua instalação em 4 de novembro de 1813.

⁶⁴ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 354.

⁶⁵ Idem, p. 356.

⁶⁶ Almanaque da cidade do Rio de Janeiro para o ano de 1811, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 282, 1969, p. 97ss.

⁶⁷ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 609.

Uma boa estratégia para compreender a organização inicial do Tribunal da Relação do Maranhão, que se manteve inalterada até os anos iniciais da independência, é a de compará-la com a organização do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, servindo de fonte básica os regimentos de ambas as cortes.

Pouco mais de sessenta anos separavam os dois regimentos, o do Rio de Janeiro efetivado pelo alvará de 13 de outubro de 1751 e o do Maranhão pelo de 13 de maio de 1812.⁶⁸

A primeira constatação é a de que as semelhanças são maiores de que as diferenças.

A começar pelo instrumento administrativo que criou o tribunal, um alvará com força de lei, o qual instituía o regimento que orientaria a organização, e o funcionamento do órgão. A estrutura formal de ambos os regimentos era semelhante e há trechos inteiros simplesmente reproduzidos.

Em ambos os documentos se definiam a direção do tribunal, seus setores, atribuições e jurisdição. As liturgias de poder eram idênticas, prevendo-se o vestuário dos desembargadores, e disposição dos lugares, a ornamentação, o ofício da missa anterior aos despachos e a forma e duração destes.

Previa-se nos Regimentos quais textos legais, doutrinários e jurisprudenciais seriam observados, admitindo-se em ambos os casos uma flexibilização, subordinada à seguinte fórmula: “enquanto se puderem aplicar ao uso do país, se por este Regimento não se dispuser o contrário”.⁶⁹

⁶⁸ Trabalhamos nesse cotejo com os regimentos conforme publicados em Candido Mendes de Almeida, *Auxiliar Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, vol. I, passim.

⁶⁹ Regimento do Tribunal da Relação do Maranhão, título I, 16; Regimento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, título I, 13.

Recomendava-se também aos desembargadores o cuidado nas relações com os moradores e com os indígenas, de modo a não causar-lhes danos.

Por fim, determinava-se, a vinculação recursal do tribunal maranhense à Casa de Suplicação de Lisboa, que já havia sido restabelecida após as invasões napoleônicas, e não à Casa de Suplicação da Corte, no Rio de Janeiro. Isso atendia à tradicional limitação de navegar pela costa brasileira, entre São Luis e a Bahia.

Podemos nos perguntar por que ocorria a predomínio das semelhanças, embora a resposta possa ser facilmente presumida: a continuação do modelo institucional. A monarquia continuava a existir e, nela, permanecia, proeminente o papel da justiça. A nova arquitetura constitucional da Revolução Francesa e dos Estados Unidos ainda não se efetivara no Brasil e as discussões sobre o papel da justiça, embora conhecidas de doutrinadores e políticos portugueses e luso-brasileiros, não tivera tradução institucional.

Ao considerar as diferenças, entretanto, poderemos ver como alguns dos elementos que ao longo do século XVIII transformavam a monarquia tradicional em monarquia absoluta, o estado distante no “estado de polícia”, manifestavam-se na criação do Tribunal da Relação da capitania do Maranhão.

As diferenças que se verificam são de caráter formal e material. Nas primeiras ocorreu a passagem de 12 para 13 títulos no regimento do Maranhão, porque as atribuições do promotor de justiça passaram a constituir título separado. Também na referência à Mesa do Desembargo do Paço - isto é, à câmara que a representava nos tribunais - para o Maranhão se determinava que essas atribuições, antes de responsabilidade dos governadores, passariam ao tribunal. O regimento da Relação fluminense é omissivo neste ponto. No caso da emissão das cartas de perdão, ocorreu apenas deslocamento para item separado; no que se referia à

comutação de penas em multas e no caso das cartas de seguro não há indicativo expresso para sua concessão, em 1812, mas não foi tirada ao tribunal maranhense esta faculdade, pois se admitiu sua prorrogação no título X, 4.

As diferenças de natureza material entre os dois documentos começam pelos considerandos. Embora em ambos os casos a decisão real de instalar o tribunal fosse provocada pelas “representações dos povos”, no Maranhão estes não se propuseram a arcar com as despesas, como ocorrera – e fora recusado pelo governo - no Rio de Janeiro. Além disso, na Relação fluminense o motivo invocado para a criação do órgão foi a distância para o tribunal da Bahia e a conseqüente demora na resolução dos pleitos, enquanto no Maranhão o texto oficial menciona que o ato se deu “por força dos urgentes e notórios motivos que recresceram”.⁷⁰

Em consequência da criação do novo tribunal extinguiu-se a Junta da Justiça estabelecida no final do governo de Melo e Póvoas,⁷¹ o que não ocorreu no Rio de Janeiro, pois à época as juntas não existiam. Entretanto, foram mantidas todas as juntas “nas outras comarcas do distrito da Relação,⁷² nos termos do alvará de sua criação, de 18 de janeiro de 1765.

No caso da promotoria de justiça, atribuição anteriormente vinculada ao Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, no Maranhão poderia ser adjudicada a qualquer dos desembargadores, permanecendo seu regimento o do promotor de justiça da Suplicação. Neste aspecto o tribunal do Maranhão regredia em termos burocráticos, weberianos, porque voltava a confundir as atribuições de ministério público e magistratura.

Os valores das alçadas foram ampliados para 4 contos de réis nos

⁷⁰ Regimento do Tribunal da Relação do Maranhão, preâmbulo. A referência parece ser à crise que perpassou os dois governos que antecederam a instalação do Tribunal.

⁷¹ Regimento do Tribunal da Relação do Maranhão, título IV, 4.

⁷²Idem, título VII, 6.

bens de raiz e 6 contos nos bens móveis, nestes sem se considerar frutos ou rendimentos. Essa ampliação levou em conta o pedido dos maranhenses, se bem que não na proporção por eles desejada, devido aos custos de manutenção de um processo na Suplicação de Lisboa.⁷³ Por outro lado, também atualizava monetariamente os valores devido à inflação, porque a tabela do regimento da Relação fluminense repetia a da Bahia, de 1652.⁷⁴ Também as taxas administrativas, como as cobradas para emitir provisões e alvarás, foram majoradas, pela mesma razão, em até 200%.⁷⁵

Determinou-se observar no Maranhão o alvará de 5 de dezembro de 1801, que dilatou o tempo de execução das sentenças das relações da Bahia e do Rio de Janeiro, sempre que tivesse havido agravo ordinário para a Casa da Suplicação,⁷⁶ o que apenas constatava as dificuldades de comunicação com a metrópole.

Inovação também foi o requisito estabelecido para que os desembargadores tivessem “graduação de correição ordinária, ou três lugares servidos”,⁷⁷ o que buscava evitar apadrinhamentos e carreiras meteóricas.⁷⁸

Refletindo a orientação doutrinária pombalina, mas matizando a hostilidade desta ao Direito Romano, o regimento do Maranhão

⁷³ Regimento do Tribunal da Relação do Maranhão, título I, 2.

⁷⁴ Num contexto em que a inflação fixou-se em torno de 110 %, com a aceleração mais acentuada justamente a partir de 1807. Mircea Buescu, *300 anos de inflação*, Rio de Janeiro, APEC, 1973, p. 104.

⁷⁵ Regimento do Tribunal da Relação do Maranhão, título X, 7.

⁷⁶ Idem, título I, 2.

⁷⁷ Idem, título I, 7.

⁷⁸ Como aconteceu com o desembargador da Relação do Rio de Janeiro, Manuel de Albuquerque e Melo, nascido em 1747, formado em 1773 e tomando posse no órgão em 1775, quando o padrão médio de seus congêneres implicava numa demora de 19,7 anos para chegar ao tribunal, passando antes pelos cargos de juiz de fora e ouvidor de comarca. Arno Wehling e Maria José Wehling, Padrões de carreira e *cursus honorum* dos desembargadores, in *Direito e justiça...* op cit, p. 282.

determinava que os textos legais, doutrinários e jurisprudenciais fossem as Ordenações, os Repertórios, as leis extravagantes, os assentos e estilos da Suplicação e o *Corpus Juris Civilis*.⁷⁹ Desapareciam as glosas de Acúrcio e Bártolo e a referência ao Direito Canônico, com o que se procurava afirmar a supremacia do “direito pátrio” e a política regalista, respectivamente.

Acentuando importante tendência para a consolidação de uma esfera “executiva” de atuação no âmbito do governo da monarquia absoluta, foi reforçada a orientação do alvará pombalino de 3 de março de 1770 sobre o funcionamento das relações então existentes, de modo que se proibiu ao tribunal prover ofícios de natureza fazendária, considerada atribuição exclusiva do Conselho de Fazenda e das Juntas de Fazenda das capitânias.⁸⁰

No caso dos indígenas, acrescentou-se à normatividade anterior a observância das leis de D. José I, portanto pombalinas, sobre o assunto.⁸¹

A emissão da provisão anual para os advogados atuarem nos auditórios da jurisdição do tribunal foi incluída no regimento do Maranhão,⁸² embora não existisse no do Rio de Janeiro, não obstante ser a prática corrente.

Havia também pequenas diferenças nos ofícios administrativos dos dois tribunais, sem maior relevância.

Diferença mais sintomática é a atribuição ampla dada ao Procurador da Coroa e Fazenda nas relações com a Igreja. Além de maior detalhamento nos procedimentos, coube ao magistrado régio a prerrogativa de demandar e propor causas, autorizado pela Mesa do

⁷⁹ Regimento do Tribunal da Relação do Maranhão, título I, 15 e 16.

⁸⁰Idem, título II, 4.

⁸¹Idem, título I, 15.

⁸²Idem, título X, 8.

desembargo do Paço, “sobre cousas que pertençam à mesma Real Coroa e Fazenda, sem embargo da Ordenação Livro I t. 12”.⁸³ Embora o espectro dessa atribuição seja amplo, pode ter sido direcionada no sentido de reforçar a autoridade régia sobre a Igreja e seus prelados, no âmbito da sempre reafirmada política regalista.

Olhadas em seu conjunto, as diferenças entre os dois regimentos explicam-se por três motivos.

Primeiro, os contextos diversos de 1751-1752 e 1811-1812, tanto em termos de época quanto de região. Segundo, pelo efetivo incremento do poder do estado português entre os dois momentos: após o consulado pombalino e o seu prosseguimento com a geração seguinte de burocratas, crescera efetivamente a máquina administrativa e seu grau de interferência na sociedade.⁸⁴ Terceiro, pela política de centralização em curso a partir da Corte instalada no Rio de Janeiro.⁸⁵

Quanto à jurisdição, o Tribunal da Relação do Maranhão compreendia os territórios das capitanias do Maranhão e Pará e “de outras que delas forem desmembradas”⁸⁶ com as respectivas comarcas, além das comarcas do Rio Negro, Piauí e Ceará Grande. Foram assim separadas da jurisdição da Relação da Bahia as duas últimas, o que atesta, no caso do Piauí, a preocupação racionalizadora de fazer coincidir a divisão política com a judicial.⁸⁷

⁸³Idem, título X, 9.

⁸⁴Arno Wehling, *Administração portuguesa no Brasil, 1777-1808*, Brasília, Funcep, 1986, p. p. 25ss.

⁸⁵Arno Wehling, Estado, governo...op cit, p. 75ss ; Arno Wehling e Maria José Wehling, Thémis na Monarquia Tropical. A organização da justiça no período joanino. in Jorge Couto (dir.), *Rio de Janeiro, capital do Império português*, Lisboa, Tribuna - Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 153ss.

⁸⁶Regimento do Tribunal da Relação do Maranhão, título I, 4.

⁸⁷No Ceará a novidade foi formalmente recebida em 1814, quando o governador determinou às câmaras municipais da capitania que registrassem o regimento da Relação maranhense. Barão de Studart, *Datas e factos para a História do Ceará*, Fortaleza, Fundação Waldemar Alcântara, 2001, vol. I, p. 494.

Os recursos das decisões dos ouvidores, que antes eram dirigidos à Suplicação, passavam agora para a Relação, mantendo-se o alvará de 20 de outubro de 1809, que permitia aos litigantes da primeira instância optar em seus recursos entre os ouvidores e a Relação.⁸⁸

Por essa época, 1812, a Suplicação de Lisboa voltara à atividade, após as invasões napoleônicas, razão pela qual os diferentes recursos eram dirigidos para ela e não para a Suplicação do Brasil, mantendo-se a bicefalia dos tribunais supremos, que acabou reforçada com a elevação do Brasil a Reino Unido, em 1815.

Quanto às atribuições, o que se poderia chamar de padrão dos tribunais da Relação definia, sem dar-lhes essa classificação, três grandes categorias: judiciais, administrativas e políticas.

Essas categorias evidenciam o *modelo concentrado* da administração pública, característica da monarquia absoluta, no qual um órgão executava número variado de funções e onde não se distinguiam aspectos “judiciários”, “executivos” e “legislativos” como viria a ocorrer no constitucionalismo.

As atribuições judiciais do Tribunal da Relação do Maranhão compreendiam competência originária num raio de quinze léguas em torno a São Luís e competência recursal para receber causas, dentro das mencionadas alçadas, o que repetia idêntica jurisdição das Relações baiana e fluminense.

Nessas atribuições distinguiam-se as específicas dos diferentes magistrados. O Chanceler, que dirigia administrativamente o tribunal, era também juiz da chancelaria, o que o tornava no supervisor da atuação da burocracia judicial, ou seja, do desempenho de todos os oficiais de justiça. No âmbito de quinze léguas em torno à sede, fazia-o diretamente; nos

⁸⁸ Regimento do Tribunal da Relação do Maranhão, título I, 5.

demais distritos, por apelação.⁸⁹

Os desembargadores ouvidores gerais do crime e do cível também recebiam ação nova no mencionado perímetro e recursos no restante da jurisdição do tribunal, sendo que não podiam avocar feitos em tramitação nas ouvidorias e juizados, enquanto os magistrados do crime poderiam fazê-lo nos casos de pena de morte e corte de membro.⁹⁰ Nos casos de pena de morte natural, os ouvidores tinham jurisdição privativa no âmbito das quinze léguas e cumulativa no restante do território, o que propositalmente enfraquecia o poder dos ouvidores de comarca.

O desembargador juiz dos feitos da Coroa e Fazenda conhecia das causas do mesmo modo, originariamente e por meio de recurso.⁹¹

Aos desembargadores, procurador da Coroa e Fazenda e promotor de justiça cabiam o papel de ministério público.⁹²

Todos os desembargadores, inclusive o Ouvidor Geral do Crime, tinham competência para julgar os estamentos privilegiados, como os membros das Ordens, mesmo se eles, magistrados, não o fossem.⁹³ Isso também se justificava pela distância, já que havia no Rio de Janeiro um Juízo de Cavaleiros, fora da Suplicação,⁹⁴ para decidir em primeira instância, enquanto a Mesa da Consciência e Ordens analisava os processos em grau de recurso. Essa era uma forma tradicional de afirmar o poder do monarca ante a nobreza antiga e recente, nem sempre observada, assim como se fazia em relação aos membros da Igreja. Neste

⁸⁹Idem, título III, 11.

⁹⁰Idem, título IV.

⁹¹Idem, título VII, 1.

⁹² Idem, títulos VIII 2 e IX.

⁹³Idem, título V, 12.

⁹⁴ Embora à época da criação da Relação do Maranhão seu titular fosse o desembargador do Paço do Paço Veloso de Oliveira, designado chanceler do tribunal maranhense, o que sublinha o caráter *concentrado* desta administração que, se já não era mais tipicamente Antigo Regime, ainda não chegara à especialização burocrática de funções, no que a sociologia tem chamado de *modelo difratado*.

caso, cabia ao Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda receber os recursos contra decisões dos juízes e prelados eclesiásticos, observando-se as leis, concordatas e Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia.⁹⁵

As atribuições administrativas do Tribunal compreendiam a administração interna e a externa. Na administração interna eram os atos ou procedimentos que diziam respeito ao funcionamento do tribunal como um todo ou em seus diversos setores. Naquele caso, se tratava do controle anual das despesas e receitas do órgão, as devassas periódicas dos oficiais de justiça, as aposentadorias de oficiais e os juízos de residência dos magistrados.⁹⁶ Já nos setores se tratava da emissão de cartas, alvarás e provisões pelo juízo da chancelaria, pelas ouvidorias gerais, pelo juízo da Coroa e Fazenda e pelo desembargo do Paço que refletiam a dinâmica própria do tribunal: permitiam a acusados responder ao processo em liberdade, davam tutelas e emancipações, liberavam recursos de defuntos e ausentes, autorizavam advogados a atuar e autorizavam execuções fiscais.⁹⁷

Na administração externa, o Tribunal era responsável pela audiência mensal aos presos, pela proibição de derrubar matas⁹⁸ e pelo abastecimento de São Luís, função retirada da câmara municipal e até então exercida pelo almotacel.

As atribuições políticas do Tribunal compreendiam quatro campos distintos:

- contenção do poder dos magistrados: ordenava-se que os desembargadores respeitassem a população de São Luís e dos

⁹⁵ Estudamos a eficácia destas em diferentes momentos em Arno Wehling, *As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia e o Direito Eclesiástico Brasileiro – do Antigo Regime à construção do Leviatã*, in *Anais do V Congresso de História da Bahia*, Salvador, Instituto Geográfico e Histórico da Bahia, 2001, p. 59ss

⁹⁶ Regimento do Tribunal da Relação do Maranhão, título XI, 8.

⁹⁷ Idem, títulos III, 2, X 4 e X 8.

⁹⁸ Idem, título II, 16.

demais distritos, em especial não tomando ou requisitando bens a preços inferiores ao de mercado.⁹⁹

- controle da câmara municipal da capital: a Mesa do Desembargo do Paço da Relação escolheria os vereadores e oficiais da câmara de São Luís, bem como de todas as demais vilas ou cidades onde existissem juízes de fora ou ouvidores.¹⁰⁰
- controle de poderes concorrentes (atividades eclesiásticas e do poder local): cabia ao Procurador da Coroa e Fazenda, como principal tarefa, “saber se alguma pessoa eclesiástica ou secular do distrito desta Relação usurpa minha jurisdição, fazenda e direitos”.¹⁰¹
- proteção aos indígenas: garantir o respeito aos contratos de trabalho estabelecidos entre colonos e indígenas, impedindo preços aviltantes ou excesso de atividades, dar condições aos índios do sertão para que se assentem junto aos povoados portugueses e garantir igualdade de tratamento aos índios como aos demais vassalos.¹⁰² Este ponto era uma inovação em relação aos tribunais da Bahia e do Rio de Janeiro, e incorporava a legislação indigenista pombalina e pós-pombalina.

O Tribunal da Relação do Maranhão representava, no momento de sua instalação, passo importante para mudar a configuração institucional da capitania e de toda a região norte. Após dois séculos de colonização, instalava-se outro ente político-administrativo, que em tese representava um reforço à autoridade real, funcionando como novo pólo de poder entre governadores, magistrados monocráticos, militares, oficiais administrativos, eclesiásticos e detentores do poder local.

⁹⁹Idem, título II, 13.

¹⁰⁰Idem, título X, 10.

¹⁰¹Idem, título VIII.

¹⁰²Idem, título II, 15.

V

Qual era a expectativa da Corte do Rio de Janeiro com a instalação do Tribunal da Relação do Maranhão?

Emergencialmente, resolver os problemas remanescentes dos governos de Francisco Melo Manuel da Câmara e José Teles de Menezes, que envolviam disputas pelo poder de facções locais e envolvimento dos governantes, magistrados e outros funcionários. A devassa da qual foi encarregado o chanceler Veloso de Oliveira teve esse objetivo.¹⁰³ Por outro lado, podia-se legitimamente esperar que um órgão colegiado com força de Tribunal da Relação fosse capaz de minimizar, senão eliminar, o quadro crônico de conflitos entre magistrados e governadores, denunciado novamente pelo recém empossado governador Silva Gama na sua primeira correspondência ao secretário de estado Fernando José de Portugal e Castro, marquês de Aguiar, antigo vice-rei do Brasil. Nesse documento, datado de janeiro de 1812, o governador sustentava que, ao contrário do que se dizia na Corte, os habitantes do Maranhão eram súditos fiéis e submissos. O problema segundo ele era que

*“A maldade, o orgulho, a intriga residem aqui unicamente nas autoridades e muito principalmente nos magistrados: eles foram em todo o tempo inimigos dos governadores e são o foco, o ponto de união de todos os descontentes da administração dos mesmos governadores; são quem formam partidos contra eles unindo-se a algumas das principais pessoas do país, que por terem pleitos e demandas precisam da proteção e amizade dos magistrados”*¹⁰⁴

Não obstante, no mesmo documento manifesta a confiança de que tudo iria melhorar com a nova Relação.¹⁰⁵

¹⁰³ Ordem régia para o chanceler da Relação do Maranhão, de 5 de setembro de 1812; Arquivo Nacional, Livro de Ordens Régias expedidas pelo Desembargo do Paço, cód. 19, vol. I, fl. 92.

¹⁰⁴ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 306.

¹⁰⁵ Ibidem.

Além desses aspectos, o estabelecimento do Tribunal inscreve-se na política geral encetada pelo governo joanino no Rio de Janeiro, de *centralizar, civilizar e policiar* o Brasil.

A centralização era necessidade óbvia agora que o governo sediava-se no Brasil, e invertia a política tradicional portuguesa de descentralizar a administração colonial em pelo menos algumas “grandes capitanias”, mantendo o eixo central em Lisboa.¹⁰⁶

O conceito de *civilização* foi adotado no discurso oficial português e luso-brasileiro quer no sentido lato que lhe atribuiu a Ilustração, de abandono da rusticidade e polimento dos costumes, quer no sentido mais específico de estabelecimento da *sociedade civil*, como aparece no texto de criação da Casa da Suplicação do Brasil, em 10 de maio de 1808.¹⁰⁷ Na sua polissemia, entretanto, envolvia a oposição entre a barbárie e uma nova época *civilizada*.

O *estado de polícia*, por sua vez, implantava-se em Portugal desde a era pombalina e objetivava racionalizar e disciplinar a sociedade e a administração pública por meio de leis e instituições que não apenas contribuíssem para um controle – centralizador - mais eficaz pelo estado, mas que somassem nos fins civilizadores e de “polimento” do meio social.¹⁰⁸

Nos três pontos o Maranhão causava apreensões ao governo central. Os conflitos permanentes, gerados ou não pela atuação dos governadores, passavam a imagem de uma sociedade rebelde e refratária à centralização, percepção que Silva Gama procurou corrigir.

¹⁰⁶ Arno Wehling, *Administração portuguesa no Brasil, 1777-1808*, Brasília, Funcep, 1986, p. 25ss

¹⁰⁷ Alvará com força de lei de 10 de maio de 1808. Rio de Janeiro, Impressão Régia.

¹⁰⁸ Airton Seelaender Cerqueira Leite, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre*, Franckfurt, Kloestermann, p. 76ss.

Pela mesma época, na *Memória relativa às capitanias do Piauí e Maranhão*, Francisco Xavier Machado procurou refutar a forte percepção, sobretudo na Corte, da debilidade econômica da capitania, lembrando que “desde 1793 ou 1794” parte do excedente da receita era transferido ao Pará. Em 1809 a quantia superou os 90 contos de réis. As dificuldades do Maranhão segundo o autor estavam na falta de providências para uma “segura conservação deste importantíssimo território”, a recuperação das aldeias indígenas e “...a imensa escravatura, escravatura já altanada pelas muitas mortes que tem feito nos seus feitores e pessoas que os governam”.

109

Uma administração esclarecida de sentido iluminista, nos moldes das que já começavam a ocorrer no Brasil pela atuação de alguns governadores e vice-reis era a solução percebida na Corte para o problema. O Tribunal da Relação poderia em muito contribuir, assim, para a civilização, o progresso econômico e o “polimento” dos costumes.

Instalado o Tribunal em dezembro de 1813, com cinco desembargadores, foi ampliado nos anos seguintes, acrescentando-se dois desembargadores em 1814, um em 1815, um em 1816, dois em 1817 (um destes faleceu poucos meses depois de empossado), um em 1818, dois em 1819 e um em 1821. Considerando que o desembargador José da Mota Azevedo voltou a Lisboa em 1814 por motivo de doença, que o chanceler Antonio Rodrigues Veloso de Oliveira retornou ao desembargo do Paço em 1818 e ainda o falecimento de José Francisco Silva Costa Furtado em 1817, constata-se que durante o período joanino o Tribunal jamais funcionou com seu quadro completo nos termos do regimento.¹¹⁰

Pode-se perguntar se o Tribunal, em seus primeiros anos, atendeu às expectativas manifestadas pelo governo do Rio de Janeiro. A resposta

¹⁰⁹ Original no Arquivo do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Publicado em Francisco Xavier Machado, *Memória relativa às capitanias do Piauí e Maranhão*, in *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 13, 1854, p. 56ss.

¹¹⁰ Arquivo do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Quadro demonstrativo..., op cit.

é negativa, se considerarmos o conjunto dessas expectativas: tornar o estado mais presente, “civilizar” a região, submetê-la efetivamente à legislação real e estabilizar a vida política da capitania. Ao contrário do manifestado pelo governador Silva Gama à Corte no Rio de Janeiro, o conflito entre o governo e magistrados continuou, chegando à própria Relação.

É verdade que nos anos que antecederam a instalação do Tribunal o governador já se chocara com o ouvidor José da Mota de Azevedo e o juiz de fora Bernardo José da Gama.¹¹¹ A passagem do primeiro para a Relação como desembargador em 1813, certamente só fez levar o conflito para o órgão. Além disso, o chanceler Veloso de Oliveira também entrou em choque com Silva Gama, por questões de precedência em cerimônias públicas e de hierarquia nos despachos processuais.¹¹² Esse tipo de desgaste nas relações entre autoridades não era novidade e na instalação e vigência do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro repetiram-se diversas vezes.¹¹³ Entretanto, por aviso de 14 de novembro de 1814 da secretaria de estado procurou-se dirimir as dúvidas e esclarecer os critérios, tanto em relação ao cerimonial quanto aos procedimentos processuais.¹¹⁴ Neste caso, o conflito se dava devido à condição do governador da capitania como governador da Relação, com atribuições próprias no órgão, que não se confundiam com as do chanceler. Também isso não era específico do Maranhão, mas uma constante nas Relações coloniais, como ocorria na Bahia e no Rio de Janeiro.

O atendimento às expectativas centralizadoras e estabilizadoras da Corte esbarrava em algumas dificuldades de natureza estrutural para a consolidação da administração da justiça no Maranhão, embora tais dificuldades estivessem longe de serem exclusivas dele. Um documento de 1822, publicado no Rio de Janeiro e destinado às Cortes constituintes

¹¹¹ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 356.

¹¹² Idem, p. 609.

¹¹³ Arno Wehling e Maria José Wehling, *Direito e justiça...*, op cit, p. 409ss.

¹¹⁴ Cesar Augusto Marques, op cit, p. 609.

de Lisboa, faz um diagnóstico da situação da justiça na área de jurisdição do tribunal. Datado de 2 de julho daquele ano, foi elaborado por uma “comissão particular da administração e interesse público”, criada pela Junta Governativa da província.¹¹⁵

O diagnóstico, comparado às informações de outros documentos disponíveis, levanta com bastante precisão as principais dificuldades da administração da justiça na região, que podem ser elencadas como segue:

- *pouca consideração aos fatores locais* – o regimento da Relação maranhense, calcado basicamente no da Relação do Rio de Janeiro, ignorou as condições locais, como por exemplo, ao fixar as mesmas quinze léguas de raio para os recursos das instâncias inferiores. O fato de São Luís localizar-se numa ilha, com poucos acessos, era apresentado como fator impeditivo ou de desestímulo à prática recursal, em prejuízo dos litigantes. Outro exemplo de legislação uniformizadora, sem levar em conta os fatores locais, foram as tabelas de custas processuais, que no Maranhão acompanhavam o regimento sobre a contabilidade, de 1754, exceto para a vila de Caxias de Aldeias Altas, onde se deveria observar o regimento atribuído na mesma data à capitania de Minas Gerais. Isso acarretava custos exorbitantes para a expedição de mandados, provisões e sentenças aos habitantes daquela localidade.

- *insuficiência de jurisdição* – não obstante o regimento da Relação determinar que a jurisdição do Tribunal incluía a capitania, depois província do Rio Negro, passados nove anos da instalação do órgão ainda não havia dado entrada nenhum processo originado naquela comarca.

- *remuneração desigual e funcionamento precário da administração do Tribunal* – havia diferenças substanciais de remuneração entre executantes do mesmo ofício, como os escrivães do crime e do juízo da

¹¹⁵*Manifesto da comissão particular da administração e interesse público, criada na cidade de São Luís do Maranhão pela Exma. Junta Provisória e Administrativa do Governo desta Província por Portaria de 10 de Abril de 1822.* Maranhão, Imprensa Nacional, 1822.

chancelaria, que recebiam menos do que os seus congêneres dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, do Cível e de Apelações e Agravos. Também o ofício de guardar mor, que exercia a direção administrativa do órgão, era considerado sub-remunerado. O próprio arrendamento periódico dos ofícios, típico do modelo administrativo prismático, não obedecia às normas legais, ocorrendo sub-estabelecimentos, então não autorizados, pelos proprietários a serventuários.¹¹⁶

- *necessidade de descentralização e ampliação dos órgãos de justiça na área de jurisdição do Tribunal* – o documento defendia a necessidade de criar uma nova comarca em Caxias, e a criação de julgados e juízes vintenários em localidades que, mesmo sem condição para serem elevadas a vilas, deles necessitavam para uma justiça mais eficiente. A insegurança do interior era apontada como o principal motivo para a multiplicação desses juizados, que tornaria o estado mais presente nas áreas de forte banditismo e excessivo poder dos “régulos do sertão”, onde a impunidade ou a justiça privada eram a regra.

- *dificuldades nas sucessões* – A economia local era prejudicada pelas dificuldades existentes na provedoria de defuntos e ausentes. Embora este cargo fosse normalmente agregado à ouvidoria da comarca ou ao juiz de fora, a atuação de “comissários de ausentes” que se revelavam “despóticos e violentos”, não observando os procedimentos legais nas sucessões, dificultava a transmissão de bens. Às vezes bastava que não estivesse presente um dos herdeiros testamentários ou legítimos para que todo o processo de paralisasse, com conseqüências negativas para a economia. Era problema antigo, que as próprias leis testamentárias de Pombal tentaram eliminar ou minimizar.¹¹⁷

¹¹⁶Prática encontrada também no Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, mas perfeitamente legal, embora dependente de autorização régia. Ocorreu inclusive com o próprio ofício de guarda-mor do órgão. Arquivo Histórico Ultramarino, Castro e Almeida, n. 19883 e 19.884.

¹¹⁷ Arno Wehling e Maria José Wehling, O direito das sucessões, in *Direito e justiça...* op cit, p. 513ss.

- *precárias condições prisionais* – Embora o regimento do Tribunal previsse uma cadeia “forte e segura, com as precisas acomodações para que os presos estejam a bom recado”,¹¹⁸ a superlotação e as altas despesas com os carcereiros tornavam-na inviável. Considerando que o modelo prisional do Antigo Regime admitia basicamente a prisão cautelar e não como pena, a observação da Comissão sobre o assunto constituía em forte crítica: “a cadeia desta cidade serve mais de sepultura de viventes, do que para a detenção de muitos cidadãos...”

**

A administração da justiça no Maranhão insere-se no próprio cerne da sociedade e do estado do Antigo Regime. Ela revela importantes intercessões entre grupos sociais, segmentos administrativos e estruturas de poder.

Por essa razão, *persiste estruturalmente*, no sentido braudeliano desta expressão. O conflito de longa duração entre governadores e magistrados, só ocasionalmente interrompido, mostra como as formas estatais eram fluidas e permeáveis à influência de interesses locais. Mesmo em épocas de mais acentuada política centralizadora, como a pombalina e a joanina, esta em especial na sua versão brasileira posterior a 1808, não se vê a unidade de ação entre os todo-poderosos – na crítica de inspiração liberal – governadores capitães-generais e os magistrados designados pelas mesmas autoridades centrais. Quando não se chocam por motivos locais, como o envolvimento em atos de corrupção ou por atitudes despóticas – como ocorreu nos casos mais notórios dos governadores Francisco de Melo Manuel da Câmara e José Teles de Menezes – o fazem por antigas incompatibilidades corporativas entre

¹¹⁸ Regimento do Tribunal da Relação do Maranhão, título I, 13.

letrados e nobres, ou entre letrados e militares, que se revelam nas liturgias de poder e nas precedências cerimoniais.

Havia, entretanto, um *fato novo*, que se constituía na nova política de centralização levada a efeito a partir da Corte instalada no Rio de Janeiro. Se bem que se admitisse a vinculação do Tribunal maranhense à Casa da Suplicação de Lisboa, então restaurada após a invasão napoleônica, isso ocorria por motivos apenas operacionais, pela facilidade de comunicação e a própria preocupação das lideranças maranhenses em aumentar a alçada, demonstra o pouco interesse que havia no dispendioso e demorado recurso em última instância a Lisboa. Não por acaso o primeiro chanceler, Veloso de Oliveira, foi um experiente magistrado oriundo do Desembargo do Paço do Rio de Janeiro e não um magistrado vindo de Portugal, sem conhecimento do Brasil.

Essa política de centralização, ainda que por vezes neutralizada ou até anulada pela força dos interesses centrífugos, teve no Tribunal da Relação do Maranhão um importante sinalizador que, em curto prazo, no processo de independência que se seguiu, desempenhou papel saliente. No lugar de uma administração da justiça fragmentada em longínquas comarcas e juizados de fora, distante da Relação da Bahia e da Suplicação do Rio de Janeiro e remotamente vinculada à Suplicação de Lisboa, passou a existir uma unidade administrativa colegiada, com jurisdição definida sobre quatro extensas capitanias e responsável, ao menos em tese, pela coordenação de todos os magistrados de sua região.

Essa centralização implicava também em levar aos rincões do nordeste ocidental e norte os elementos da *civilização* e do *polimento* que se pensava traduzir pela disseminação da lei, do ponto de vista jurídico, e do comércio nos moldes liberais, do ponto de vista econômico. Fazia-se tal esforço, entretanto, ainda numa ótica remanescente do despotismo esclarecido, por meio de procedimentos do *estado de polícia*, numa rica mistura de elementos antigos e modernos, absolutistas e liberais.

Afinal, a própria justiça – e isso estava longe de se dar apenas no Maranhão ou mesmo no Brasil – também oscilava entre esses modelos extremos, que o constitucionalismo da época procurava desenhar de forma definitiva.

As Aporias do Mundo VUCA e a Educação

Cleyson de Moraes Mello¹

José Rogério Moura de Almeida Neto²

Regina Pentagna Petrillo³

Resumo

O presente artigo analisa as grandes transformações na área da educação e seus impactos na revolução tecnológica.

Palavras-Chave: educação, revolução tecnológica, mundo VUCA.

Abstract

This article analyzes the major transformations in the area of education and their impacts on the technological revolution.

Keywords: education, technological revolution, VUCA world.

Vivemos em uma época de grandes transformações. Uma era da disrupção, inclusive na área da educação. Uma sociedade em constante transformação imersa em uma “modernidade líquida”, conforme lecionava Bauman. O fluxo contínuo de desenvolvimento tecnológico

¹Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Pós-Doutorado em Teoria do Direito. Professor do PPGD da UERJ / UVA; Coordenador do curso de direito do UniFAA.

²Vice-reitor do UniFaa – Valença (RJ).

³ Pró-reitora de Graduação Presencial (PGP) do UniFAA – Valença (RJ).

impacta consideravelmente as formas de aprender, comunicar, organizar, informar e relacionar-se com os outros na vida em sociedade.

A *1ª Revolução Industrial* teve início com a invenção da máquina a vapor, a *2ª Revolução Industrial* veio com a introdução da produção em massa na linha de montagem por Henry Ford, no século XX. Já a *3ª Revolução Industrial* teve como elementos identificadores a introdução dos controladores lógico programáveis (PLC) e da tecnologia da informação (TI) nas fábricas. A *4ª Revolução Industrial* é caracterizada pela “Indústria4.0” e “Manufatura Avançada”,⁴ em que máquinas inteligentes se comunicam entre si, sem intervenção humana.

Dessa maneira, o conceito de Quarta Revolução Industrial está relacionado a robótica, realidade virtual, internet das coisas (IoT – *Internet of Things*), fábricas inteligentes, *blockchain*, impressão 3D, dentre outros elementos identificadores. De acordo com o Relatório *Forces of Change: Industry 4.0*, a Indústria 4.0 é a “promessa de uma nova revolução industrial que combina técnicas avançadas de produção e operações com tecnologias digitais inteligentes para criar uma empresa digital que não só é ligada e autônoma, mas também pode comunicar, analisar e usar dados

⁴ De acordo com David Kupfer, “o conceito de Manufatura Avançada entrou em evidência após ancorar um plano estratégico publicado pelo governo americano (A National Strategic Plan for Advanced Manufacturing, Executive Office of the President and National Science and Technology Council, fevereiro de 2012). Já Indústria 4.0, como prefere denominar o governo alemão, ganhou vida como uma iniciativa conjunta do Ministério de Economia e Energia com empresas líderes, universidades e centros de pesquisa do país quando também em 2012 lançou as bases de um ousado programa de reconversão tecnológica da indústria germânica com essa marca (The Vision: Industrie 4.0, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 2012). [...] a melhor analogia para abordar a Indústria 4.0 é com o que nos anos 1980 se chamou de pós-fordismo, toyotismo, produção enxuta ou qualidade total. São tecnologias organizacionais que não dizem respeito ao que se produz e, sim, a forma como se produz. Como tal, embora os fóruns de debate sejam frequentemente dominados pela ênfase no lado da produção dessas inovações, a Indústria 4.0 é, fundamentalmente, uma questão ligada à difusão dessas novas técnicas, que dizer, algo que está do lado do uso da tecnologia. KUPFER, David. O Valor Econômico, 08 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/ienamidia/arquivo/080820165505_080816_Industria_4.0_Brasil.pdf> Acesso em: 21 out. 2019.

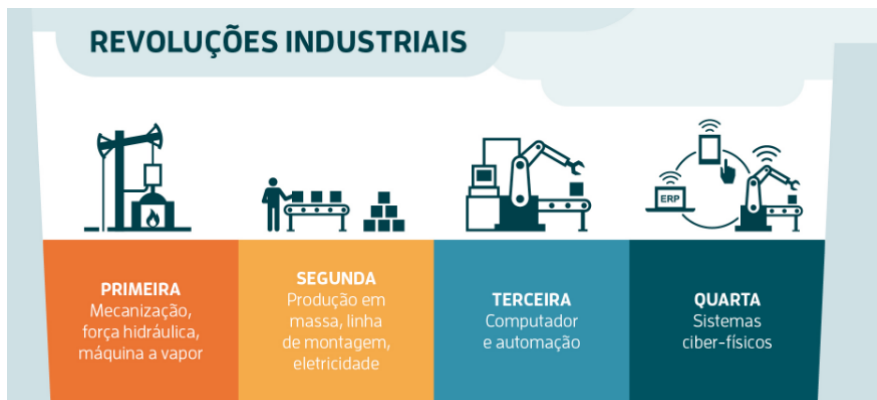
para impulsionar a inteligência, usada como a capacidade de compreender o cliente e de decidir em função do conhecimento adquirido, conduzindo à ação no mundo físico”.⁵ A característica identificadora da Indústria 4.0 é a fusão de dois mundos, a saber: o físico e o digital.⁶

Vejamos, abaixo, os elementos identificadores das Revoluções Industriais:⁷

⁵ Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/insights/us/articles/4323_Forces-of-change/4323_Forces-of-change_Ind4-0.pdf> Acesso em: 12 out. 2019.

⁶ Ibid. p.3.

⁷ A Primeira Revolução Industrial nasce em 1760 com a máquina a vapor e o carvão como fonte de energia. A Segunda começa por volta de 1860 e passa a utilizar o petróleo e a eletricidade como maiores fontes de energia. A Terceira tem início no século 20 e vem até os nossos dias, com a eletrônica, o computador, as comunicações, os satélites, os robôs, e a tecnologia da informação, entre outros avanços. [...] A nova revolução industrial também torna realidade a chamada “fábrica inteligente”, com estruturas modulares e sistemas cibernéticos que se conectam ao mundo físico, monitoram processos físicos, criam cópias virtuais do mundo material, tomam decisões descentralizadas, comunicam-se e cooperam entre si e com os seres humanos em tempo real. Para a área da saúde, já surgem avanços como o Tricorder X (o mesmo nome daquele aparelho de “Guerra nas Estrelas”), capaz de escanear a retina do paciente, testar amostras de seu sangue e analisar sua respiração (como um bafômetro avançado) para fornecer indicadores que identificam praticamente qualquer doença. In: Bem-Vindos à Quarta Revolução Industrial. Mundo Digital. Estadão: 2019. Disponível em: <<http://patrocinados.estadao.com.br/mundodigital/olamundo/>> Acesso em: 26 out. 2019.



Nesta toada, surge, pois, a denominada Educação 4.0.

A **Educação 4.0** é aquela que está inserida na pós-modernidade, ou seja, no contexto da quarta revolução industrial que vai impactar diretamente a gestão universitária, a forma de pensar/ensinar e o agir do ser humano. Isto significa dizer que a educação está relacionada à revolução tecnológica, ou seja, uma educação entrelaçada a linguagem computacional, utilização de inteligência artificial e Internet das coisas (IoT). Neste contexto o aluno aprende fazendo. É o chamado *learningbydoing* inserido na cultura *maker* (“faça você mesmo”).

Dessa forma, é necessário analisarmos o impacto desta revolução tecnológica, bem como os efeitos da 4ª Revolução Industrial na educação superior. Da mesma forma, é preciso revisitar e atualizar os currículos dos cursos de ensino superior para alinharmos com as competências exigidas pelo novo cenário laboral. A internet móvel de alta velocidade, a adoção generalizada de *big data*, a inteligência artificial e a tecnologia em nuvem devem ser fatores determinantes para o crescimento das empresas (inclusive, na área educacional). Ademais, os gestores universitários devem ficar atentos a onda da 4ª Revolução Industrial,⁸ sob pena de inserir

⁸ “Vivemos o limiar da Quarta Revolução Industrial ou Indústria 4.0, expressões que traduzem as mudanças ocorridas sob o impacto de tecnologias como Inteligência Artificial, Computação Cognitiva, Realidade Virtual, Internet das Coisas, Computação em Nuvem, Blockchain, Veículos Autônomos e 5G – a Quinta Geração de Comunicações Móveis, que torna a mobilidade um fenômeno universal, em que tudo se interliga ou se

no mercado de trabalho egressos em distonia com automação industrial e distanciados dos elementos identificadores desta nova fase do mercado de trabalho.⁹

É neste sentido que os currículos devem apresentar flexibilidade, inovação e alinhamento digital, uma vez que o aluno deve ser criativo e protagonista do seu processo de ensino-aprendizagem.

Um *currículo integrado por competências* é uma exigência real e necessária no mundo atual que desvele as habilidades e competências indicadas nas Diretrizes Curriculares Nacionais dos cursos de graduação.

A transformação tecnológica coloca em evidência a necessidade de reformulação constante dos currículos, bem como uma maior interação entre educação, pesquisa e indústria. Neste sentido, o relatório “*The Next Production Revolution: Implications for Governments and Business*” da OCDE (2017) destaca que¹⁰

La rapida trasformazione tecnologica rimetterà in discussione l'adeguatezza delle competenze e dei sistemi di formazione. Alcune nuove tecnologie di produzione mettono in luce l'importanza dell'interdisciplinarietà dell'istruzione e della ricerca.

conecta. A grande importância da Quarta Revolução Industrial decorre, sobretudo, das radicais transformações que as novas tecnologias têm imposto à vida humana, à economia, à indústria, à agricultura, aos transportes, ao emprego, à educação, ao lazer e às chamadas “cidades inteligentes”.

Por enquanto, o que vemos ao nosso redor é apenas a ponta do iceberg diante do que poderá ser essa Indústria 4.0 em menos de cinco anos, no contexto da maior revolução econômica, tecnológica e social já experimentada pela humanidade.” In: Bem-Vindos à Quarta Revolução Industrial. Mundo Digital. Estadão: 2019. Disponível em: <<http://patrocinados.estadao.com.br/mundodigital/ola-mundo/>> Acesso em: 26 out. 2019.

⁹ The Future of Jobs Report 2018. In. World Economic Forum, 2018. Disponível em: <<http://abet-trabalho.org.br/the-future-of-jobs-report-2018-forum-economico-mundial/>> Acesso em: 27 out. 2019.

¹⁰ Disponível em:

<[https://www.oecd.org/sti/NPR_Executive%20summary_Italian_FINAL%20\(2\).pdf](https://www.oecd.org/sti/NPR_Executive%20summary_Italian_FINAL%20(2).pdf)>
Acesso em: 26 out. 2019.

È necessario favorire una maggiore interazione tra l'industria, l'istruzione e la formazione, e questa necessità potrebbe accentuarsi con l'aumentare dell'intensità delle conoscenze nella produzione. A questo fine, è importante ideare sistemi efficaci sia per l'apprendimento lungo tutto l'arco della vita sia per la formazione sul posto di lavoro, in modo che l'aggiornamento delle competenze possa essere in linea con il rapido ritmo dei cambiamenti tecnologici. L'obiettivo è rendere i percorsi di riqualificazione accessibili e usufruibili quando necessario. Le competenze digitali e le competenze tecniche che integrano le macchine sono vitali. Al contempo, sarà importante garantire che tutti i cittadini possiedano solide qualifiche generiche e di base – come l'alfabetizzazione, la matematica e il problem solving – essenziali per acquisire delle competenze specifiche in rapida evoluzione.

O mundo atual é caracterizado pela volatilidade, incerteza, complexidade e ambiguidade. Daí que na educação, cada vez mais, o aluno deve ser protagonista do seu processo de ensino-aprendizagem sem perder de vista o aumento exponencial do conhecimento científico e à revolução tecnológica, que acarreta fortes impactos no mercado de trabalho.

O que vem a ser o mundo V.U.C.A? O termo VUCA é um acrônimo surgido na década de 90 e foi utilizado com mais vigor no ambiente militar norte-americano.

Em 01 de junho de 1992, Herbert Haber publicou um artigo no *Journal of Management Development*, intitulado “*Developing strategic leadership: The US Army War College experience*”¹¹ (Desenvolvimento de liderança estratégica: a experiência do US Army

¹¹ Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/02621719210018208/full/html>
> Acesso em: 16 fev. 2020.

War College). O autor destacou uma conferência realizada, em 1991, pelo Colégio de Guerra do Exército dos Estados Unidos e o Instituto de Pesquisa do Exército para as Ciências Comportamentais e Sociais norte-americano para discutir a liderança no topo das grandes organizações.¹²

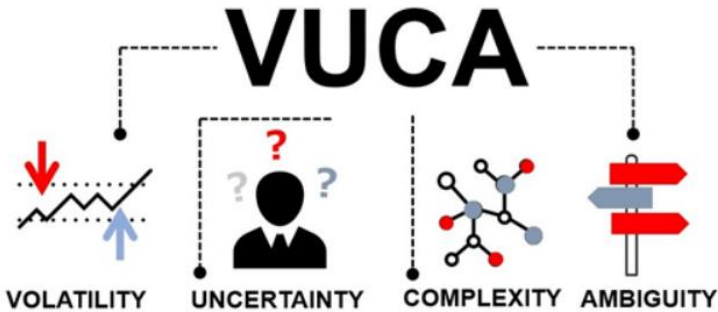
Importante destacar, também, o Projeto de Pesquisa de Estratégia da USAWC, denominado “Treinamento e Educação de Oficiais do Exército para o século XXI: Implicações para a Academia Militar dos Estados Unidos”, em 1998, elaborado pelo Tenente-Coronel Wayne E. Whiteman,¹³ que procurou explorar as implicações de um mundo com mudanças rápidas no seio da Academia Militar dos Estados Unidos.

Dessa maneira, a sigla americana VUCA (volatilidade, incerteza, complexidade e ambiguidade) vem sendo desvelada e estudada em ambientes corporativos e educacionais, uma vez que se busca explicar o momento atual de transformações intensas e disruptivas em vários setores de nossa sociedade. O mundo VUCA está relacionado a eventos imprevisíveis, dificultando, pois, a tomada de decisões pelos gestores e líderes organizacionais. A figura abaixo apresenta os elementos do ambiente denominado VUCA:¹⁴

¹² Disponível em: <<https://blog.ceem.com.br/mundo-vuca-como-se-preparar-para-o-mundo-das-incertezas/>> Acesso em: 16 fev. 2020.

¹³ *Training and Educating Army Officers for the 21st Century: Implications for the United States Military Academy* by Lieutenant Colonel Wayne E. Whiteman. U.S. Army War College CARLISLE BARRACKS, PENNSYLVANIA 17013. Disponível em: <<https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a345812.pdf>> Acesso em: 16 fev. 2020.

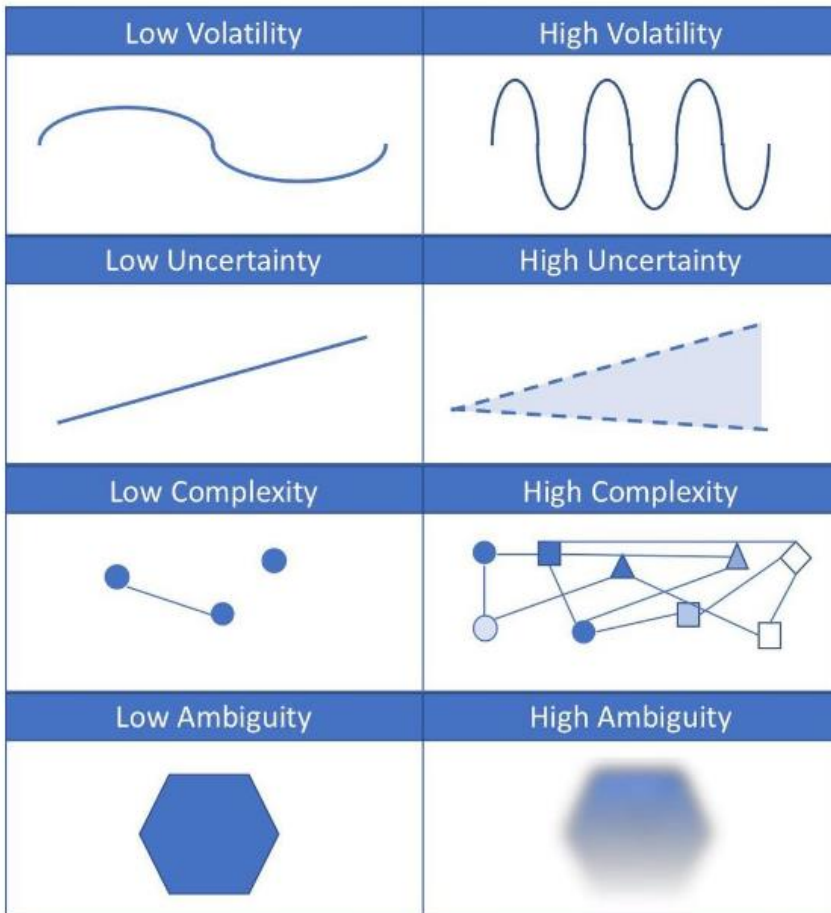
¹⁴ Disponível em: <<https://comunidadesebrae.com.br/blog/o-desafio-do-planejamento-estrategico-em-um-mundo-vuca>>. Acesso em: 16 fev. 2020.



O acrônimo VUCA é definido, portanto, como dito acima, pelos elementos *volatilidade* (V - volatility), *incerteza* (U - uncertainty), *complexidade* (C - complexity) e *ambiguidade* (A - ambiguity). São elementos inerentes a pós-modernidade. Vejamos, em linhas gerais, suas características e significados:

- a) *volatilidade* (V - volatility), está relacionado a rapidez das transformações do mundo atual;
- b) *incerteza* (U - uncertainty) diz respeito a falta de previsibilidade dos acontecimentos e que, de certo modo, pode gerar um aumento expressivo na insegurança dos negócios;
- c) *complexidade* (C - complexity) é um emaranhado de elementos externos que dificultam a compreensão das situações surgidas no mundo dos negócios; e
- d) *ambiguidade* (A - ambiguity) é a possibilidade de tomar decisões equivocadas em um mundo em eterno processo de mutação e desenvolvimento, complexo em si e recheado de elementos imprevisíveis que vão gerar impacto no plano de ações de qualquer negócio. Melhor dizendo: é a dificuldade de interpretar os acontecimentos em razão do turbilhão e complexidade de causas ocasionadas no contexto econômico, social e organizacional.

Jeroen Kraaijenbrink, em seu artigo denominado *What Does VUCA Really Mean?* (O que realmente significa VUCA?), afirma que os 4 (quatro) elementos acima estão relacionados, podendo ser mais facilmente compreendido a partir da figura abaixo.¹⁵



As quatro dimensões da VUCA DIREITOS AUTORAIS JEROEN KRAAIJENBRINK

Dessa forma, o mundo atual é volátil, incerto, complexo e

¹⁵Kraaijenbrink, Jeroen. What Does VUCA Really Mean? In: Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/jeroenkraaijenbrink/2018/12/19/what-does-vuca-really-mean/#a7f14bf17d62>> Acesso em: 29 fev. 2020.

ambíguo. Sidnei Oliveira afirma que o mundo VUCA da geração millennial está repleto de desafios e somente uma mudança de atitude permitirá a participação dos jovens nas transformações do mundo vivido. Vejamos os caracteres identificadores:¹⁶

“O mundo é VOLÁTIL (volatility). Não há espaço para quem assiste como crítico ao invés de fazer algo com essa volatilidade. A natureza volúvel e dinâmica das mudanças, assim como a velocidade inconstante representam desafios e oportunidades que somente quem compreende isso tem melhores chances de enfrentar.

O mundo é INCERTO (uncertainty). Não há como sustentar uma atitude com muitas certezas, principalmente quando se está diante de informações superficiais ou de suposições. Melhor é perceber que deve se preparar para saber como lidar com incertezas. Nada mais é previsível, padrões de sucesso do passado são destruídos em poucos instantes diante de novas abordagens. Ter certezas irrevogáveis na mente só impede a percepção da nova realidade.

O mundo é COMPLEXO (complexity). Não há cenário que permita apenas declarar intenções ao invés fazer algo, correndo o risco até de falhar. Dizer o que os outros deveriam fazer quando poderia simplesmente fazer é algo que não se sustenta mais, por isso devemos usar os nossos talentos para simplificar a complexidade e usufruir disso.

O mundo é AMBÍGUO (ambiguity). Não há como deixar ignorar as novas formas de ver as coisas. A realidade agora é mais turva, com a transformação intensa dos significados diante de novas circunstâncias. Não há mais soluções ou respostas precisas e específicas, por isso é vital fazer uma escolha e absorver as consequências. Decidir em um contexto ambíguo é primordialmente um incrível ato de coragem. Lembre-se todo

¹⁶ OLIVEIRA, Sidnei. *O Mundo VUCA da Geração Millennials*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/blog/sidnei-oliveira/o-mundo-vuca-da-geracao-millennials/>> Acesso em: 29 fev. 2020.

aprendizado vem das atitudes e realizações, por isso, é importante estar aberto a cometer erros.”

Para o enfrentamento desta nova realidade é necessário o desenvolvimento de novas competências. De acordo com Marcelo de Elias, 10 (dez) novas competências são essências para o mundo VUCA.¹⁷ São elas:

- a) **Recapacitação** (*reskilling*), quase uma reinvenção de si mesmo, buscando se desenvolver em tempo real, abrindo mão das velhas certezas e vivenciando o papel de um eterno aprendiz.
- b) **Adaptabilidade proativa**, capacidade de identificar oportunidades e desafios do futuro através da análise de tendências, dados e informações e ser capaz de adaptar-se para os novos cenários.
- c) **Resiliência Evolutiva**, habilidade de superar e aprender com os desafios e tornar-se melhor do que era antes.
- d) **Liderança por Propósitos**, o líder deve ser um incentivador de propósitos, um fomentador de causas e um exemplo dos valores que devem ser compartilhados nas equipes.
- e) **Cultura Digital**, criar, engajar e nutrir redes de negócios ou mudanças sociais através do uso inteligente de mídia eletrônica e dos recursos digitais.

¹⁷ Disponível em: <<https://marcelodeelias.com.br/marcelo-de-elias-lota-uma-quadrante-inteira-no-interior-de-sao-paulo/infografico-competencias-vuca-2/>> Acesso em: 29 fev. 2020.

- f) **Cocriação e Prototipagem Rápida**, competência para explorar sua criatividade para construir e desenvolver coisas novas, bem como se conectar com outras pessoas na criação.
- g) **Empatia Multifocal**, característica de se colocar no lugar “dos outros” sabendo que cada parte envolvida pode ter visão, desejos e necessidades radicalmente diferentes.
- h) **Solução da Complexidade**, pensamento menos linear, mais disruptivo e com relações interdependentes entre as pessoas.
- i) **Fazer Menos e Melhor**, possui foco e propósito para saber identificar quais ações realmente valem a pena.
- j) **Agilidade não Apressada**, capacidade de agir rápido, mas com planejamento, entendendo os riscos e impactos das ações.

Vejamos, abaixo, o infográfico de Marcelo de Elias que ilustra tais competências:¹⁸

¹⁸ Ibid.

As 10 Novas Competências Essenciais para o Mundo VUCA

No mundo VUCA novas competências pessoais surgem como determinantes para a sobrevivência nas empresas e nos negócios individuais. Desenvolver essas habilidades são condições de **sucesso para o futuro**.



Assim, é de fundamental importância estarmos preparados para este novo universo. De acordo com a OCDE, mais de 1 bilhão de empregos serão transformados pela tecnologia na próxima década.¹⁹ Isto sem contar que nos próximos dois anos - até 2022 - espera-se que 42% das habilidades básicas necessárias para a execução de tarefas existentes sejam alteradas.²⁰

Além das habilidades de alta tecnologia, as habilidades interpessoais especializadas estarão em alta demanda, incluindo habilidades relacionadas a vendas, recursos humanos, assistência e educação.²¹ Até 2022, o Fórum Econômico Mundial estima que 133 milhões de novos empregos nas principais economias serão criados para atender às demandas da Quarta Revolução Industrial.²²

Dessa forma, à medida que os trabalhos evoluem, também evoluem as habilidades necessárias para realizá-los. Espera-se que, em média, 42% das habilidades básicas dentro das funções mudem até 2022.²³

Um dos relatórios do Fórum Econômico Mundial, em Davos (2020), concluiu que muito crescimento de empregos virá de sete áreas profissionais: assistência, engenharia e computação em nuvem, marketing de vendas e conteúdo, dados e IA, empregos verdes, pessoas e cultura e gerentes de projetos especializados.²⁴

Daí a importância de se destacar a criatividade, colaboração e dinâmica interpessoal, além de habilidades relacionadas a funções especializadas em vendas, recursos humanos, assistência e educação.

¹⁹ Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2020/01/reskilling-revolution-jobs-future-skills/>> Acesso em: 29 fev. 2020.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

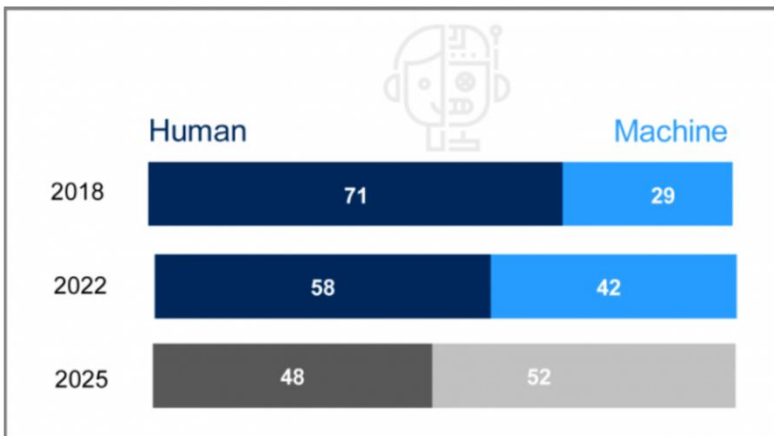
²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

De acordo com BernadetteWightman, diretora administrativa do BT Group, “estudo após estudo mostra que, embora a tecnologia altere muitos papéis diretamente, ela também terá efeitos indiretos. À medida que a demanda por matemática, computação e análise de dados cresce, também aumenta a necessidade de atributos humanos como criatividade, pensamento crítico, persuasão e negociação.”²⁵

No Relatório sobre o futuro do emprego no Fórum Econômico Mundial 2018, a previsão da taxa de automação era a seguinte:²⁶



Verifica-se, portanto, que as mudanças tecnológicas avançam rapidamente. Daí a necessidade de atualização de habilidades buscando o enfrentamento de novos desafios. A geração *milleniun* e a geração Z serão, em breve, a maioria da força de trabalho. Eis a necessidade de compreendermos as tecnologias disruptivas (blockchain, internet das coisas, inteligência artificial, dentre outras), especialmente na área educacional, inseridos em um mundo VUCA. Esta é um ambiente que

²⁵ Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2020/01/davos-2020-future-work-jobs-skills-what-to-know/>> Acesso em: 29 fev. 2020.

²⁶ Ibid.

podemos chamar de **novo normal**.

Kishore Kumar Das e Aftab Ara alertam que vivenciamos um *mundo de problemas* (mundo de dilemas). 'VUCA' é volátil, incerto, complexo e ambíguo. Estas são as características dos *dilemas estratégicos modernos* que exigem uma orientação diferente e um conjunto de novas habilidades.²⁷

Para minorar os efeitos do mundo VUCA, vários autores propõem um antídoto chamado de *VUCA Prime*. A volatilidade deve ser combatida com um claro senso de visão. Raghvendra Sharma, no artigo “The Straits of Success in a VUCA World”, diz que “um claro senso de visão ajuda a manter as pessoas focadas no que é essencial fazer e quais são as prioridades entre as inúmeras atividades, demandas e oportunidades que podem surgir.”²⁸

Já o antídoto para a incerteza é o entendimento. A compreensão mútua deve ser construída com antecedência. Dessa forma “as pessoas poderão aceitar um tipo mais direto de liderança em tempos de crise. Isso

²⁷Kishore Kumar Das & Aftab Ara (2014). *Leadership in VUCA WORLD: A Case of Lenovo*, International Journal of Current Research, Vol.6, Issue, 04, pp.6410-6419, April, 2014.

²⁸ “VUCA prime proposes that **volatility** can be combated by having a clear sense of **vision**. When things are changing rapidly, people need to know where they should be heading, even if the path may be modified enroute. A clear sense of vision helps to keep people focused on what is essential to do and what are the priorities amongst the myriad of activities, demands and opportunities that may emerge. When people have a clear sense of vision, not only do they focus their energy in the right direction and make informed choices about what they do or do not do, they also feel more engaged as a result of knowing what is the goal that their efforts are contributing to. The managers we interviewed talked about having to “**dive into the granularity of the operations**” in order to understand the challenges at that level, but also having the ability to pull away from that level of detail and see things from a more strategic and long-term perspective.” Disponível em: <<http://absjournal.abs.edu.in/ABS-Journal-Volume-7-issuu-1-June-2019.pdf#page=3>> Acesso em: 29 fev. 2020.

significa investir muito tempo e energia em ouvir as pessoas quando você puder, para que elas confiem nas suas decisões mais tarde”.²⁹

O VUCA prime sugere combater a complexidade com clareza. É necessário agir e criar processos claros para o que é “conhecível”, uma vez que existem coisas que não podemos dominar, como por exemplo, o clima no setor agrícola. “Simplesmente declarar quais são os fatos conhecidos e desconhecidos já é um bom começo para ajudar as pessoas a desenvolverem clareza em torno do que elas podem controlar e, portanto, onde devem concentrar seus esforços e quais aspectos estão além de seu âmbito de controle, mas talvez precisem ser monitorados. sem dissipar muita energia na tentativa de controlar o incontrolável.”³⁰

²⁹“In VUCA prime the antidote to **Uncertainty is Understanding**. Our interviewees concurred that when the situation changes rapidly, communication is essential to make sure that everyone has the same level of understanding of issues and that leaders understand also how their people may be thinking or feeling. Our interviewees went even further in describing the importance of building trust during the calmer periods, so that when the crisis hits, you can mobilise people because they have faith that the leader has everyone’s best interests at heart. This was particularly the case in operational teams where reactions need to be taken quickly and there is not always the time to discuss fully. If mutual understanding has been built in advance, people can accept a more direct kind of leadership in times of crisis. This means investing a lot of time and energy in listening to people when you can, so that they trust your decision-making later on.” Disponível em: <<http://absjournal.abs.edu.in/ABS-Journal-Volume-7-issuue-1-June-2019.pdf#page=3>> Acesso em: 29 fev. 2020.

³⁰VUCA prime suggests combatting **complexity with clarity**. The CEO of Monsanto describes in an interview how in the agricultural business there are always some things you cannot master, like the weather, for example. He suggests being clear about what is knowable and unknowable and acting to control the knowable. Other business leaders describe the importance of creating clear processes. **Complexity** means that you cannot always foresee what elements will be influenced by what factors, therefore people need more than ever for you to **simplify processes** without being **simplistic**. Simply stating what are the knowable and unknowable facts is already a good start in helping people to develop clarity around what they can control and therefore where they should focus their effort on and what aspects are beyond their ambit of control, but may need to be monitored without dissipating too much energy in attempting to control the uncontrollable.” Disponível em:

Finalmente, o VUCA prime propõe a agilidade como um antídoto para a ambiguidade. “Se a situação não estiver clara, precisamos ter flexibilidade para responder ao que ocorrer. Todos os indivíduos têm seu próprio nível de tolerância à ambiguidade, que é determinado em grande parte pela personalidade.”³¹

Dessa forma, em linhas gerais, as empresas e as instituições de ensino devem, pois, primar pela inovação, apresentar respostas em ritmo acelerado, ter maior flexibilidade e liderança estratégica, saber lidar com a diversidade, ter inteligência de mercado e ter como colaboradores todos os interessados na sua área de negócios (na área educacional, por exemplo, envolver e dialogar com gestores, coordenadores, professores, alunos, funcionários, fornecedores, membros da sociedade civil, dentre outros).

<<http://absjournal.abs.edu.in/ABS-Journal-Volume-7-issuue-1-June-2019.pdf#page=3>>

Acesso em: 29 fev. 2020.

³¹“Finally VUCA prime proposes **Agility** as an antidote to **Ambiguity**. If the situation is not clear, then we need to have the flexibility to respond to what ever occurs. Individuals all have their own tolerance level for ambiguity, which is determined to a large extent by personality.” Disponível em: <<http://absjournal.abs.edu.in/ABS-Journal-Volume-7-issuue-1-June-2019.pdf#page=3>> Acesso em: 29 fev. 2020.

A governança global em tempos de estatalidade pós-coronavírus

Guilherme Sandoval Góes ¹
Cleyson de Moraes Mello ²

Resumo

O presente trabalho acadêmico tem a pretensão de analisar o sistema de governança global que surgirá na era pós-coronavírus. Sua base epistemológica é a investigação de duas grandes tendências que já se apresentam no horizonte científico, quais sejam: a retomada da governança global neoliberal regida por uma ordem mundial unipolar e a implantação de uma nova governança global cosmopolita capitaneada por uma ordem geopolítica multipolar.

Palavras-chave: Governança global neoliberal. Governança global cosmopolita. Estatalidade pós-coronavírus. Ordem metaconstitucional de direitos humanos.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Diplomado pelo “Naval War College” dos Estados Unidos da América (Newport-Rhode Island). Membro do Fórum Permanente de Direitos Humanos e Professor de Direito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor de Geopolítica e de Direito da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-doutor em Geopolítica, Cultura e Direito pela Universidade da Força Aérea (UNIFA). E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br

² Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ. Pós-Doutorado em Teoria do Direito. Professor do PPGD da UERJ / UVA; Coordenador do curso de direito do UniFAA.

Abstract

The present academic work intends to analyze the global governance system that will emerge in the post-coronavirus era. Its epistemological basis is the investigation of two major trends that are already present in the scientific horizon, namely: the resumption of neoliberal global governance governed by a unipolar world order and the implantation of a new cosmopolitan global governance ruled by a multipolar geopolitical order.

Keywords: Neoliberal global governance. Cosmopolitan global governance. Post-coronavirus state. Metaconstitutional order of human rights.

INTRODUÇÃO TEMÁTICA

O presente artigo tem por objetivo investigar a reconfiguração jurídico- democrática da governança global decorrente não apenas da crise mundial do coronavírus, mas também do jogo geopolítico entre potências globais.³

É nesse diapasão, portanto, que o conceito de governança global é aqui vislumbrado como o conjunto de redes complexas não hierarquizadas do sistema internacional, envolvendo Estados soberanos, organismos internacionais, empresas multinacionais, grupo de países e organizações não governamentais, cuja interação vem passando por transformações paradigmáticas nesses tempos de Covid-19, seja pela desaceleração do

³Em linhas gerais, esse trabalho acadêmico foi desenvolvido dentro de estágio pós-doutoral do Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeronáuticas da Universidade da Força Aérea (PPGCA), que investigou os diálogos epistemológicos existentes entre a geopolítica, a cultura e o direito, bem como de debates realizados na disciplina “Geopolítica Clássica e Contemporânea” do Programa de Mestrado em Segurança Internacional e Defesa da Escola Superior de Guerra (PPGSID).

ciclo neoliberal de dinâmica globalizante, seja pela disputa renhida pela liderança global entre os Estados Unidos da América (EUA) e a China.

Em linhas gerais, pretende-se demonstrar que o sistema de governança global, decorrente da pandemia do novo coronavírus, ainda se encontra em construção, mas, já projeta um cenário paradigmático na história da humanidade, na medida em que apresenta um modelo de governabilidade mundial paradoxal de per se.

Ou seja, de um lado, despontou uma governança global incapaz de criar mecanismos multilaterais eficazes de superação da crise sanitária em escala planetária, predominando a visão maquiavélico-hobbesiana da guerra de todos contra todos, na qual cada Estado buscou egoisticamente a obtenção de meios de proteção da sua própria população, com bloqueios de respiradores, equipamentos de proteção individual e outros recursos essenciais à saúde. No entanto, por outro lado, surgiu, também, um modelo de cooperação internacional de inspiração kantiano-cosmopolita, no qual diversas redes internacionais foram articuladas dentro de uma árvore de decisão hierarquizada e multilateral, focada na busca do bem comum, como, por exemplo, a iniciativa da União Europeia, cuja geometria de cooperação, pela primeira vez na sua história, assumiu um plano de dívida conjunta no valor de 750 bilhões de euros, com a finalidade de mitigar os estragos da pandemia em todo o continente.

Observe, com atenção, que essa louvável iniciativa de dívida compartilhada da União Europeia se acoplou diretamente ao projeto epistemológico cosmopolita da Organização Mundial da Saúde (OMS), no sentido de criar redes globais de cooperação científica com o fito de descobrir a vacina contra o novo coronavírus, beneficiando toda a humanidade e o que é mais significativo: sem vínculos às questões ligadas a patentes e propriedade intelectual.

De tudo se vê, por conseguinte, que o mundo pós-coronavírus possui duas faces diametralmente opostas, na medida em que projeta cenários geopolíticos e ciclos constitucionais que se contrapõem entre si.

Isto significa dizer que, no campo da geopolítica, o mundo pós-Covid-19, tanto pode gerar uma governança global hobbesiana, regida pelo fio desencapado de alta tensão entre megapotências (EUA e China), quanto pode implementar uma governança global kantiana, capitaneada por diferentes polos de poder mundial a partir de novas estruturas multilaterais não mais controladas por uma única superpotência dominante.

Já no campo constitucional, o mundo pós-coronavírus se depara com duas grandes tendências que colocam, de um lado, a retomada do Estado Neoliberal de Direito e, do outro, a consolidação do Estado Cosmopolita de Direito.

Assim sendo, com a devida acuidade acadêmica, o leitor haverá de perceber que a análise do sistema de governança global pós-Covid-19 não é tarefa fácil, uma vez que exige estudos complexos a partir de um mosaico epistemologicamente multinucleado,⁴ cuja abordagem percorre desde a tensão geopolítica entre os EUA e a China até a fricção jurídica entre Estado Liberal e *WelfareState*, perpassando antes pela evolução da proteção internacional dos direitos humanos.

Eis aqui o núcleo fundante desse trabalho científico, qual seja identificar o estado da arte do sistema de governança global pós-Covid-19, cuja dinâmica se encontra entre dois grandes eixos epistemológicos, a saber: a retomada da globalização neoliberal orquestrada pela estatalidade mínima e a globalização cosmopolita administrada pela estatalidadewelfarista.

⁴ Realmente, para realizar exame percuente das características e tendências da governança global pós-coronavírus, é necessário estabelecer diálogos epistemológicos pouco visíveis e que interligam diversos ramos da ciência, tais como, dentre outros, o direito, a geopolítica, as relações internacionais, a filosofia, a economia, a teoria geral do estado e a ciência política.

1. CRÍTICA E CRISE DA GOVERNANÇA GLOBAL NEOLIBERAL

A presente segmentação temática tem o objetivo de examinar as bases teóricas que informam a governança global neoliberal, cujas origens remontam ao fim da Guerra Fria, em 1989. Portanto, a ideia central aqui é demonstrar que o assim chamado globalismo liberal gira em torno do jogo geopolítico combinado entre a tríade capitalista (EUA, União Europeia e Japão) e os organismos internacionais por ela controlados (Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio).

Isto significa dizer que o sistema de governança global pós-1989 passou a ser capitaneado pelo projeto hegemônico de *pax americana*, no qual a única superpotência remanescente do planeta ficaria encarregada de patrocinar a aceleração do processo de globalização da economia, ao mesmo tempo em que garantiria a paz mundial.

É nesse sentido que Vicente de Paulo Barreto associa o termo “globalização” ao projeto hegemônico de poder da *pax americana*:

O termo "globalização" foi, também, associado a um projeto sociopolítico, a Pax Americana, que após a queda do Muro de Berlim, foi considerado como hegemônico. O projeto, tanto para alguns teóricos, como na prática das relações financeiras, passou a ser considerado como qualitativamente superior aos demais modelos de regimes políticos, econômicos e sociais, encontrados nas diferentes nações do planeta.⁵

Dessarte, com a necessária agudeza de espírito, observe que o sistema de governança global do mundo americano (*pax americana*)

⁵ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 215-216.

projeta, a um só tempo, a imagem de um só mundo sem guerras e de uma só ideologia dominante a democracia liberal, tal qual preconizado pela célebre tese do *Fim da História* de Francis Fukuyama.⁶

De fato, a ideia de fim da História traz ínsita um novo arquétipo de governança global, uma nova mundialidade sem conflitos intercivilizacionais e de cooperação internacional benigna para toda a humanidade, caracterizando a democracia liberal como forma final e definitiva de governo humano.⁷

No entanto, a pandemia da Covid-19 comprovou, em pouquíssimo espaço de tempo, a inadequabilidade do sistema global neoliberal,⁸ que é também pós-welfarista e pós-westphaliana, na medida em que representa, a um só tempo, a desconstrução do Estado Democrático Social de Direito (daí a ideia de estatalidade pós-welfarista), bem como de relativização do conceito de soberania do modelo westfaliano de Estado (daí a ideia de estatalidade pós-wetphaliana).

É claro que o sistema de governança neoliberal e a *pax americana* se mesclam de tal sorte que acabam se projetando sobre a formulação de políticas públicas dos países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil; o que logicamente obriga o estudioso do direito e das relações

⁶ FUKUYAMA, Francis. *O fim da história*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

⁷ Com isso, a governança global neoliberal passou a ser instrumentalizada pela redução jurídica do Estado, núcleo fundante da estatalidade mínima, da abertura mundial do comércio e da desconstrução dos direitos sociais de segunda dimensão. Aliás, foi nessa toada de desconstrução de direitos sociais, que a dinâmica do sistema global neoliberal logo evidenciou sua incapacidade para lidar com a pandemia do coronavírus e sua crise sanitária de curso universal.

⁸ Como bem destaca Luís Roberto Barroso: “Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre a luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas*. Organizador Luís Roberto Barroso. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

internacionais a compreender o globalismo liberalizante e seus impactos na ordem jurídica interna.⁹

É nesse diapasão que Giovanni Olsson e Eduardo Baldissera destacam que:

Na teoria política clássica, governo e governança sempre foram conceitos correlatos, como duas faces de uma mesma moeda. O conjunto de instituições com a estrutura de pessoal e material (governo) era quem exercia o poder político na consecução de atividades (governança). Não havia governo que não exercesse governança, e não havia governança que não fosse exercida por um governo. (...) James Rosenau já observava que ambos os conceitos, embora diferentes, estavam imbricados por uma circunstância em comum, que é o fato de serem “sistemas de regras” (ROSENAU, 2002, p. 72),¹⁰ voltadas para a estrutura (no governo) ou voltadas para a sua função social ou processo social (na governança).¹¹

De tudo se vê, pois, que a governança global neoliberal aposta na redução jurídica do Estado, na abertura mundial de novos mercados, na desregulamentação da economia, na proteção de patentes, na neutralização axiológica do constitucionalismo dirigente, na desconstrução dos direitos sociais de segunda dimensão, no fenômeno da desterritorialização, na primazia da livre iniciativa, na sacralização da autonomia privada, na inexistência de proteção de hipossuficientes, no

⁹ Urge, pois, ao estrategista brasileiro, entender as consequências geopolíticas da redução jurídica do Estado, bem como, urge ao jurista pátrio, identificar os impactos jurídicos decorrentes da geopolítica unipolar da *pax americana*. Dessarte, as vantagens e as desvantagens geopolíticas que decorrem da desregulamentação jurídica do comércio mundial serão examinadas, possibilitando a formulação de políticas públicas de desenvolvimento nacional e de redução das desigualdades sociais e regionais, nos termos fixados pela Constituição de 1988.

¹⁰ ROSENAU, James N. Governance in a new global order. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (Eds.). *Governing globalization: power, authority and global governance*. Oxford: Polity, 2002. p.72.

¹¹ OLSSON, Giovanni; SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho. A reconfiguração do poder e a governança global com e sem governo: um olhar sobre os novos atores. In: *Revista de Teorias e Filosofias do Estado*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, jul./dez. 2015, p. 25.

arquétipo de estatalidade mínima, na relativização do conceito westfaliano de soberania etc.¹²

Com tais características, o sistema de governança global neoliberal mostrou-se incompatível com o sentimento de solidariedade social exigido pela crise do coronavírus ,tanto sob seu aspecto absenteísta de estatalidade mínima, quanto sob seu ponto de vista negador de direitos sociais, notadamente do direito à saúde.

Com rigor, antes mesmo da pandemia, as promessas do fim da História de Fukuyama, de uma nova era de prosperidade mundial, patrocinada pela democracia liberal, não se concretizaram, ao revés, tal cosmovisão serviu apenas para potencializar desigualdades sociais e miséria humana nos países de modernidade tardia do Sul Global, que recepcionaram acriticamente tais regras liberais de governança global.

Nesse sentido, é melancólico constatar, com Norberto Bobbio,¹³ que o parlamento de países pobres já não atua mais como poder autônomo, mas, sim, como mera câmara de ressonância de decisões estrangeiras, notadamente das nações líderes da globalização da economia. Diferente dessa toada acadêmica acrítica dos países de modernidade tardia, vale destacar, agora na companhia de Joshua KjerulfDubrow, o

¹² Nesse sentido, Paulo Bonavides, com precisão acadêmica, mostra que: “O fato novo e surpreendente do modelo de globalização em curso é que ele não opera nas relações internacionais com valores e princípios; sua ideologia, aparentemente, é não ter ideologia, posto que esteja a mesma subjacente, oculta e invisível no monstruoso fenômeno de poder e subjugação, que é a maneira como a sociedade fechada e incógnita das minorias privilegiadas, dos concentradores de capitais, faz a guerra de escravização, conquistando mercados, sem disparar um só tiro de canhão e sem espargir uma única gota de sangue. Desferem, simplesmente, a pretexto de reformar, modernizar e globalizar a economia, os sinistros golpes de Estado institucionais, tendo para tanto por instrumentos e executores os governos títeres da “ditadura constitucional” de que ora estamos sendo vítimas neste País”. BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 6-7.

¹³ Para Norberto Bobbio, o parlamento, na sociedade industrial avançada, não é mais o centro do poder real, mas apenas, frequentemente, uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar. Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 159.

refreamento de países mais desenvolvidos em relação à governança global democrática:

O presente artigo, assim como a presente edição de *Sociologias*, foi inicialmente inspirado por dois eventos durante o Congresso Mundial da ISA - International Sociological Association, em Gotemburgo, na Suécia (2010). O primeiro evento inspirador foi uma fala do conferencista da Primeira Sessão Presidencial, Yuan-Tseh Lee, de Taiwan, vencedor de um Prêmio Nobel. (...) Parafraseando Lee: os cientistas vão a congressos, prometem colaboração internacional e, depois, voltam para casa. Em casa, o governo pergunta, “Essa colaboração internacional aprimorará a competitividade nacional no mercado global?”; ou a União Europeia pergunta, “Isso trará vantagens à UE?” Se o cientista responder “não”, os governos não demonstrarão entusiasmo.¹⁴

Em tempos de crise da Covid-19, é aconselhável que se priorize a universalização do direito à saúde e a realização da dignidade do gênero humano em dimensão planetária. Com efeito, há que se reconhecer que, felizmente, durante a crise da pandemia mundial, na grande maioria dos Estados nacionais, o caminho para a governança global democrática se afastou do curso neoliberal ao retomar o arquétipo constitucional welfarista do Estado Democrático Social de Direito e sua preocupação com os hipossuficientes. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

Os direitos econômicos, sociais e culturais, na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada.¹⁵

É por isso que a próxima segmentação temática pretende investigar as transformações paradigmáticas da **ordem metaconstitucional de**

¹⁴ DUBROW, Joshua Kjerulf. Governança global democrática, desigualdade política e a hipótese da resistência nacionalista. Tradução de Liana V. Fernandes. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 15, n. 32, jan./abr. 2013, p. 95 e 100.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 98.

direitos humanos, na qual a questão da eficácia positiva ou simétrica dos direitos humanos transcende as fronteiras dos Estados nacionais soberana, para alcançar dimensão cosmopolita de inspiração kantiana.

2. DESAFIOS DA GOVERNANÇA GLOBAL COSMOPOLITA

Impende iniciar esta segmentação temática destacando desde logo que a ideia de governança global cosmopolita não pressupõe a desconstrução das bases teóricas do constitucionalismo liberal garantista, da mesma forma que também não é incompatível com o constitucionalismo social welfarista.

Isto significa dizer apenas que tanto o constitucionalismo liberal garantista quanto o constitucionalismo social welfarista circunscreveram uma era histórica que se mostrou inapta para garantir direitos cosmopolitas de curso universal, que transcendem as fronteiras soberanas do Estado nacional. É nesse diapasão, portanto, que a era pós-coronavírus impõe a releitura do Estado Democrático de Direito a partir de dimensão metaconstitucional, que se projeta na direção da realização da dignidade do gênero humano, independentemente do local onde se encontre no planeta Terra.

Com a devida sensibilidade acadêmica, o leitor haverá de compreender que a governança global cosmopolita desloca para o epicentro do constitucionalismo da era pós-Covid-19 a sacralização da proteção internacional dos direitos humanos, que somente pode ser viabilizada pelo metaconstitucionalismo de inspiração kantiana.

Ou seja, resta indubitável que a teoria pós-pandemia mundial dos direitos humanos não pode deixar de caminhar no sentido de consolidar o sistema metaconstitucional de governança global, no qual predomina a globalização cosmopolita e, na sua esteira, a universalização kantiana dos

direitos humanos como meio de realização de vida digna para todo e qualquer ser humano na face da Terra.

Espera-se dessarte que o novo coronavírus possa produzir mudanças constitucionais que visem à mitigação do lamentável quadro de miséria humana das periferias dos países de modernidade tardia do Sul Global. Infelizmente essa é a compilação que se faz do quadro constitucional de proteção de direitos humanos dos países pobres, daí a relevância do projeto epistemológico metaconstitucional, calcado na ideia kantiana de sociedade democrática universal de cidadania cosmopolita.

Como bem destacam Gary Slapper e David Kelly, *verbis*: "A noção de que a função principal dos direitos humanos e certamente do Estado de Direito é proteger os fracos dos fortes não é mera sentimentalidade. É o produto de uma era da história em que a igualdade de tratamento e oportunidade tem sido compreendida".¹⁶

Assim, há que se reconhecer que o cenário pós-Covid-19 necessita urgentemente da consolidação da Constituição Cosmopolita, como estágio mais avançado da fase metaconstitucional de proteção dos direitos humanos, cuja dinâmica jurídica projeta a supremacia do Direito Internacional Público (DIP) sobre o Direito Interno dos Estados. Como já dito alhures, mas, repita-se por fundamental, o Estado Metaconstitucional de Direito da era pós-Covid-19 não se confunde nem com o Estado Liberal de Direito e nem com o Estado Democrático Social de Direito da era pré-Covid-19.¹⁷

¹⁶ SLAPPER, Gary. KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33.

¹⁷ Com efeito, em tempos de reconstrução democrática pós-coronavírus, um dos grandes desafios da governança global cosmopolita é engendrar um novo arcabouço estrutural de inspiração kantiana (Constituição Cosmopolita), que se põe em busca de garantir vida digna e acesso universal à saúde para todos os seres humanos do planeta, uma vez que simbolizam direitos inatos da humanidade, posicionados acima das próprias vontades constitucionais soberanas de Estados nacionais.

Nessa mesma toada científica, a visão de Claudio Corradetti quando destaca que:

a ideia de uma constituição cosmopolita reflete um processo histórico de constitucionalização progressiva do direito internacional, a partir da adoção de uma “constituição civil” doméstica e depois convergindo para um arranjo constitucional transnacional incipiente (*phoeduspacificum*). (...) Considero, então, que o construtivismo jurídico de Kant responde à questão geral de como justificar o direito cosmopolita a partir de um método processual para a justificação de um sistema público de direitos.¹⁸

Em consequência, pode-se afirmar que o sistema de governança pós-pandemia mundial caminha entre duas grandes perspectivas que se contrapõem entre si, quais sejam, de um lado, a retomada da globalização neoliberal liderada por uma potência hegemônica, seja a China ou os EUA, nos mesmos moldes da era pré-Covid-19 e, do outro, a consolidação da globalização cosmopolita capitaneada por uma ordem mundial multipolar, caracterizando assim a verdadeira inovação da era pós-Covid-19.¹⁹

Com tal tipo de intelecção em mente, fica mais fácil compreender os impactos da geopolítica mundial pós-coronavírus sobre a governança global cosmopolita, caracterizada pela implantação da ordem metaconstitucional de direitos humanos.

¹⁸ CORRADETTI, Claudio; SARTOR Giovanni. Global constitutionalism without global democracy (?). BadiaFiesolana: Italy, European University Institute, EUI Working Paper LAW 2016/21, 2016, p.4.

¹⁹ É nesse sentido que o estudioso dos direitos humanos, independentemente de ser constitucionalista ou internacionalista, deve compreender o encontro epistemológico entre o poder hegemônico dos países desenvolvidos e o metaconstitucionalismo cosmopolita associado aos sistemas universal e regionais de direitos humanos. Enfim, urge construir um novo arquétipo que possa reaproximar a ética e o direito na realização da vida digna para todos os seres humanos do planeta, independentemente da influência da geopolítica mundial de poder, atribuindo-se força normativa ao direito cosmopolítico kantiano de curso universal.

CONCLUSÃO

Esse artigo procurou analisar as tendências do sistema de governança global que poderá surgir na era pós-coronavírus. Para tanto, examinou as bases teóricas que informam uma possível transição de um sistema global de governança neoliberal para um sistema de governança cosmopolita.

Com efeito, o presente trabalho acadêmico esforçou-se por demonstrar que o sistema mundial pós-Covid-19 tanto pode evoluir para o resgate da vetusta globalização neoliberal, regida pelo poder hegemônico vencedor da luta renhida entre China e Estados Unidos, quanto pode evoluir para uma inédita globalização cosmopolita, regida por uma ordem geopolítica multipolar, na qual diferentes polos de poder global irão garantir a valorização das normas protetivas de direitos humanos.

Em consequência, se o sistema de governança neoliberal prevalecer no mundo pós-coronavírus, já se pode diagnosticar sua conhecida instrumentalização a partir de um plexo de conceitos, que se imbricam de tal modo que acabam desaguando na retomada de uma ordem geopolítica unipolar, na vitória da democracia liberal em detrimento da social democracia, no triunfo do capitalismo financeiro, na neutralização axiológica da Constituição Dirigente, na abertura mundial do comércio sem obstáculos estatais protecionistas, na desconstrução dos direitos sociais, na primazia da livre iniciativa e da autonomia privada, na inexistência de proteção de hipossuficientes, na redução jurídica do Estado, no arquétipo de estatalidade mínima e na relativização do conceito westphaliano de soberania.

De outra banda, se a governança global cosmopolita preponderar na era pós-Covid-19, despontará um novo ciclo democrático de metaconstitucionalização de direitos humanos, edificado sobre a égide de

um verdadeiro Estado Universal de Direito, de iluminação kantiana, cujo eixo dominante será a proteção dos direitos humanos em escala planetária. Assim sendo, na linha epistêmico-conceitual do mundo pós-coronavírus, o Estado Metaconstitucional de Direito ganha relevância transcendental, na medida em que a ética e o direito irão se encontrar na realização de vida digna para todos os habitantes da face da Terra, independentemente da sua nacionalidade ou do catálogo jusfundamental do seu Estado de origem.

Isto significa dizer que a força normativa do direito cosmopolítico kantiano não dimana de normas feitas internamente por Estados soberanos, mas, sim, das normas metaconstitucionais cosmopolitas de curso universal. Certamente a ordem metaconstitucional dos direitos humanos simboliza o mais avançado grau de governança global de cunho multicultural, podendo-se mesmo afirmar que sua implementação depende diretamente da consolidação de uma ordem geopolítica multipolar, sem predominância cêntrica de poderes hegemônicos.

Em conclusão, defende-se aqui a ideia de que, pela primeira vez na História da Humanidade, a ordem mundial pós-coronavírus poderá ser geopoliticamente multipolar, juridicamente metaconstitucional e culturalmente multicivilizacional.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional. Ponderação*,

Direitos fundamentais e Relações Privadas. Organizador Luís Roberto Barroso. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de estado institucional. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CORRADETTI, Claudio; SARTOR Giovanni. *Global constitutionalism without global democracy (?)*. BadiaFiesolana, Italy: European University Institute, EUI Working Paper LAW 2016/21, 2016.

DUBROW, Joshua Kjerulf. Governança global democrática, desigualdade política e a hipótese da resistência nacionalista. Tradução de Liana V. Fernandes. In: *Sociologias*. Porto Alegre, ano 15, n. 32, jan./abr. 2013, p. 94-110. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/soc/v15n32/05.pdf>. Acesso 23 mai 2019.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da história*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: BIBLIEX, 1998, p. 19-21.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989.

OLSSON, Giovanni; SALLES, Eduardo Baldissera Carvalho. A reconfiguração do poder e a governança global com e sem governo: um olhar sobre os novos atores. In: *Revista de Teorias e Filosofias do Estado*. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p.18-35, jul/dez. 2015, e-ISSN: 2525-9652. Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasfilosofias/article/view/668>. Acesso em 23 mai 2019.

ROSENAU, James N. Governance in a new global order. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (Eds.). *Governing globalization: power,*

authority and global governance. Oxford: Polity, 2002. p.70-86.

SLAPPER, Gary. KELLY, David. *O sistema jurídico inglês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O poder familiar e a morte digna dos filhos: breves reflexões sobre o caso Charles Gard¹

Heloisa Helena Barboza²

Resumo

O artigo analisa o caso Charles Gard, com o objetivo de promover reflexões sobre os limites da atuação dos pais no exercício do poder familiar, no que tange à pessoa do filho, quando está em jogo a vida deste. A partir dos dados e fundamentos constantes da decisão proferida pela 1ª Seção da Corte Europeia de Direitos Humanos, tomada em 28 de junho de 2017, no pedido nº 39793/17 – *GardandOthers x The United Kingdom Decision*, será examinado o caso objeto do julgamento à luz do entendimento médico, bioético e jurídico adotado no Brasil. Não se trata de um estudo de direito comparado, mas de uma breve apreciação do caso, que se reveste de grande complexidade, sob os aspectos indicados, naquilo que apresenta de mais relevante para a busca de possível solução de casos similares no Brasil.

¹ O presente artigo contém o texto integral referente à apresentação, feita pela autora durante o VIII Congresso Brasileiro de Direito Médico, promovido pelo CFM em 31.08.2018, do estudo feito pela autora em conjunto com a Professora Doutora Marilena Cordeiro Dias Villela Corrêa e com o Professor Doutor Vitor de Azevedo Almeida Junior, que se encontra publicado sob o título Morte digna na Inglaterra: análise do caso Charles Gard. In: Maria de Fátima Freire de Sá; Luciana Dadalto. (Org.). Direito e Medicina. A morte digna nos tribunais. 1ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2018, v. 1, p. 141-157.

² Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Especialista em Bioética e Ética Aplicada pelo Instituto Fernandes Figueira-IFF/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada). Advogada.

Palavras-chave: poder familiar; melhor interesse; princípio da beneficência; princípio da não maleficência; morte digna.

1 Introdução

Acontecimento rumoroso ocorrido no Reino Unido, que ficou conhecido como caso Charles Gard, dá ensejo a questionamentos de variada natureza, sobretudo os pertinentes aos campos jurídico, bioético e médico. No presente trabalho o foco será limitado ao primeiro aspecto, com incursões no segundo, visto que interessantes questões se colocam, quando se examina o alcance do poder familiar em face da morte digna dos filhos. O objetivo é analisar, à luz do direito brasileiro, até que ponto os pais tem o poder de decidir sobre a morte dos filhos, ou tentar impedi-la, como ocorrido no caso em pauta.

A partir dos dados e fundamentos constantes da decisão proferida pela 1ª Seção da Corte Europeia de Direitos Humanos, tomada em 28 de junho de 2017, no pedido nº 39793/17 – *GardandOthers x The United Kingdom Decision*, e com base em pesquisa bibliográfica, são tecidas considerações sobre o caso à luz do entendimento médico, bioético e jurídico adotado no Brasil, para fins de identificação dos possíveis encaminhamentos que seriam dados para solução à luz da normativa brasileira.

Para tanto, será narrada de modo breve a situação médica de Charles Gard, bem como traçados os contornos atuais da compreensão do poder familiar pelo direito brasileiro, para que se chegue à indicação da solução possível e aplicável a situações dessa natureza. Os princípios bioéticos serão igualmente invocados, por sua inegável importância como fator de legitimação das conclusões apresentadas. Não se trata de um estudo de direito comparado, mas de uma breve apreciação do caso, que apresenta múltiplas faces. Busca-se, em última análise, contribuir para a

solução de situações similares, que envolvam crianças, e, portanto, sempre difíceis em sua delicadeza e complexidade.

3. O caso Charles Gard

Em 04 de agosto de 2016, nasceu Charles Gard, um bebê de aparência saudável. Pouco tempo depois se verificou que a criança não tinha o ganho de peso esperado, bem como apresentava respiração crescentemente letárgica e fraca. Em 11 de outubro de 2016, a criança foi admitida no *GreatOrmond Street Hospital – “GOSH”*, onde permaneceu. Constatou-se, sem divergência, que Charles sofria de *encefalomiopatia mitocondrial*, que deve ser descrita como uma *síndrome*, ou seja, como uma patologia cujos quadros clínicos variam bastante, mas cuja etiologia é partilhada: trata-se de uma anomalia do metabolismo energético de estruturas intracelulares conhecidas como mitocôndrias, vale dizer, de doença multissistêmica, ou seja, que pode afetar muitos órgãos e tecidos, e que tem como manifestações predominantes o envolvimento muscular (paralisias gerais ou parciais) e o cerebral (epilepsia, cegueira, etc). Seu início se dá na infância, sendo uma doença rara. Nem todas as formas clínicas assumem a gravidade extremíssima do caso Gard. A doença genética do pequeno Charles – na forma de *Encefalopatia do DNA mitocondrial de início precoce* (MDDS, como identificada na sigla, em inglês) – é uma doença gravíssima e muito rara, para a qual não existe tratamento e cuja evolução muito sombria conduz invariavelmente à morte precoce.

No caso, em curtíssimo espaço de tempo, se sobrepõe outra sintomatologia extremamente severa e incompatível com a vida: Gard precisa de suporte respiratório permanente para obter o fluxo de oxigênio necessário à manutenção “artificial” da vida; não manifesta o mais vital de todos os comportamentos humanos instintivos (portanto, primitivos) que é a reação à dor; e não apresenta atividade cerebral. Pelos relatos médicos divulgados, não resta dúvida quanto a ser o quadro irreversível,

que configura uma situação de fim de vida. Esforços de prolongamento do tempo de vida nesses casos configuram a chamada a obstinação terapêutica, portanto, esforços fúteis.

De modo mais simples, não havia dúvida quanto a padecer Charles de uma rara e severa doença genética infantil, que atingia todas suas células, privando-o da energia essencial para viver, para a qual não havia tratamento capaz de promover sua reversão. Não obstante, os pais de Charles foram informados sobre uma terapia possível (“tratamento nucleosídeo”), acenada por um médico nos Estados Unidos, que fora usada em pacientes com problema genético menos severo, que não tinha sido, todavia, testada em animais ou humanos, para fins de aplicação à enfermidade de Charles. Havia, porém, em tese a possibilidade de o aludido tratamento beneficiar Charles.

A aplicação do tratamento a Charles deveria, contudo, ser precedida de análise e aprovação de um Comitê de Ética, visto tratar-se de procedimento experimental, na verdade sequer indicado especificamente para a doença de Charles. Contudo, em 13 de janeiro de 2017, antes da apresentação do protocolo de pesquisa ao competente Comitê de Ética, Charles iniciou uma série intermitente de convulsões, em razão de epilepsia, por cerca de dezessete dias. Diante desse quadro, os médicos entenderam que o tratamento experimental previsto, ainda que autorizado, seria fútil e só prolongaria o sofrimento de Charles.

Em fevereiro de 2017 o citado hospital requereu judicialmente autorização para retirada da ventilação e fornecimento de cuidados paliativos, entendendo que tais procedimentos seriam legais e feitos no melhor interesse de Charles. Os pais contestaram o pedido, insistindo no tratamento experimental, apoiados na opinião de um médico que receberia Charles para aplicação do mesmo. A Alta Corte ouviu vários especialistas e visitou Charles no *GOSH*, e em 11 de abril de 2017, deferiu o pedido do hospital, reconhecendo que o melhor interesse da criança compreende sua

situação médica, emocional e todas as outras questões relativas ao bem-estar, o qual deve prevalecer sobre o poder dos pais de consentir no tratamento de seus filhos. Segundo o referido Tribunal, o juiz deve olhar a questão presumindo o ponto de vista da criança.

Os pais de Charles recorreram à Corte de Apelação, afirmando ter havido ofensa ao artigo 8, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em razão de interferência injustificada nos direitos dos pais, dentre outros argumentos. Em 23 de maio de 2017, a apelação foi rejeitada. Houve recurso à Corte Suprema, que veio a ser rejeitado em 08 de junho de 2017. Por fim, o caso foi levado à Corte Europeia de Direitos Humanos que declarou, por maioria, o pedido inadmissível, por não se caracterizar a alegada violação de direitos humanos.

Charles Gard morreu no dia 28 de julho de 2017, aos onze meses de idade, poucos dias antes de completar um ano. Um intenso conflito judicial, que durou cerca de quatro meses, se desenvolveu entre o hospital (*GOSH*), onde o pequeno menino se encontrava, e seus pais. Argumentos relevantes foram apresentados por ambas as partes. Os pais, que insistiam em buscar tratamento (experimental) nos Estados Unidos, impugnaram a interferência arbitrária das cortes internas em sua vida privada e familiar, como acima referido. O hospital, que se encontrava diante do difícil e agudo dilema ético, como assinalado pela Suprema Corte, que consistia em dar (ou não) continuidade a um tratamento que sabia não atender o melhor interesse do paciente, provocou o debate judicial. Buscou, por tal motivo e com base em vários pareceres médicos, autorização para retirada da ventilação e aplicação de cuidados paliativos, como meio de proporcionar bem-estar a Charles. Como concluiu o juiz da Alta Corte, na decisão que ao final prevaleceu, este era o único procedimento no melhor interesse de Charles: “deixá-lo dormir imediata e pacificamente e não sujeitá-lo a mais dor e sofrimento”.

4. O entendimento atual do poder familiar no Brasil

O pedido formulado pelos pais de Charles à Corte Europeia de Direitos Humanos teve por base a alegação de suposta interferência em seus direitos parentais com base no princípio do “melhor interesse” (*bestinterests*) da criança, que somente se justificaria na hipótese de risco de “dano significativo” (*significant harm*) para a criança. Por isso, os pais de Charles argumentavam que não era apropriado que os tribunais tomassem a decisão a respeito da vida de seu próprio filho, o que configuraria ingerência injustificável no âmbito de atuação parental. Este caso descortina a discussão a respeito dos limites do poder familiar em face das práticas médicas, sobretudo quando a orientação clínica conflita com a decisão dos pais.

Na experiência constitucional brasileira, o princípio da parentalidade responsável³, ao lado da dignidade da pessoa humana, funda e informa o direito ao planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º. O escopo do exercício da responsabilidade parental⁴, a partir da livre e consciente decisão sobre a liberdade de procriar, se assenta na assunção de deveres em relação ao filho, seja durante a fase gestacional, em que

³ Em que pese à expressa menção ao termo “paternidade responsável” no art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988, deve-se conjugar este dispositivo com o art. 229, o qual atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, razão pela qual se prefere denominar de princípio da parentalidade responsável. A responsabilidade no cuidado e criação dos filhos cabe a ambos os genitores, cujo objetivo é promover o sadio e livre desenvolvimento dos infantes.

⁴ Leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama que “[...] a consciência a respeito da paternidade e maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão – de procriar –, mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar a permanência da responsabilidade parental principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a adolescência, sem prejuízo logicamente das consequências posteriores relativamente aos filhos na fase adulta”. Em outras palavras, deve-se desvincular da ideia do direito ao estado de filiação para entender que “[...] a parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal, ou com recurso a alguma técnica reprodutiva” (Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de Direito Privado*, n. 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 2004).

deve se garantir o sadio desenvolvimento *in utero* do nascituro e lhe assegurar condições dignas de existência, seja a partir do seu nascimento com vida, em que se efetivam, em concreto, os deveres de assistência, criação e educação dos pais em relações aos filhos menores, conforme disposto no art. 229 da Constituição da República.

Em sede infraconstitucional, pode-se dizer que uma das dimensões do princípio da parentalidade responsável se converte no *múnus* da autoridade parental, a qual, de acordo com o art. 1.634 do Código Civil, compete aos pais exercer em conjunto, guiados pelo prioritário interesse da criança e adolescente, a partir de uma ótica emancipatória e de cuidado⁵. O poder familiar (*rectius*: autoridade parental)⁶ foi um dos institutos da órbita do direito civil centralmente atingidos pelos fenômenos da constitucionalização e funcionalização do Direito, ganhando nova roupagem, bem distante da conformação original moldada a partir de uma sociedade patriarcal, na qual se desconsideravam a autonomia dos infantes e sua condição de sujeitos de direitos. Assim, da pretérita conformação do pátrio poder, cuja origem deita raízes no direito

⁵BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil Jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (orgs.). *Cuidado e Afetividade*. Projeto Brasil/Portugal 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2016, p. 175-191.

⁶A doutrina contemporânea, a nosso ver, de forma correta, tem adotado o termo “autoridade parental” em detrimento ao “poder familiar”, embora a legislação nacional ainda utilize esta em já feliz substituição ao antigo “pátrio poder”. Gustavo Tepedino observa que a “utilização dogmática de uma estrutura caracterizada pelo binômio do direito-dever, típica de situações patrimoniais, apresenta-se como incompatível com a função promocional do poder conferido aos pais. [...] Daqui resulta a crítica justamente oposta por parte da doutrina mais atenta à utilização da expressão *poder* inserida na dicção do Código Civil de 2002, tanto na noção de *pátrio poder* como na de *poder familiar*, adotando-se, ao revés a perspectiva da autoridade parental como ‘múnus, significado que transcende o interesse pessoal’, numa visão dinâmica e dialética de seu exercício, de modo que ‘filhos não são (nem poderiam ser) objeto da autoridade parental’, alvitando-se ao contrário ‘uma dupla realização de interesses do filho e dos pais’”. TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 182-183 (destaque no original). Cf., ainda, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

romano,⁷ até o atual conteúdo do poder familiar, não foram poucas as transformações pelas quais passou o instituto nas últimas décadas.⁸

O legislador ordinário previu uma série de atribuições aos pais em relação aos filhos no art. 1.634 do Código Civil,⁹ reforçando a responsabilidade parental já estabelecida na Constituição (art. 226, § 7º e art. 229, 1ª parte) e assegurando a prioridade de seus interesses, nos termos do art. 227. A autoridade parental se transforma assim em instrumento de valorização da autonomia existencial de crianças e adolescentes, cuja finalidade se volta para a promoção do livre desenvolvimento da personalidade desses que mereceram tutela especial protetiva por parte de legislador constitucional.

A autoridade parental deve ser compreendida, a partir do desenho constitucionalmente previsto, como relação pedagógica direcionada à emancipação do filho, no qual, por um lado, se procura garantir o direito à

⁷ José Carlos Moreira Alves ensina: “A *patriapotestas* (pátrio poder) é o conjunto de poderes que o *pater familias* tem sobre seus *filiifamilias*. Segundo Gaio – e isso é exato, pois, nos tempos históricos, não se encontra em nenhum outro povo instituto jurídico com características semelhantes –, a *patriapotestas* é uma instituição exclusiva do direito romano. A princípio, os poderes do *pater familias* enfeixados na *patriapotestas* são absolutos: o *pater familias* pode ser comparado a um *déspota*. A pouco e pouco, porém – e essa tendência se avoluma decididamente a partir do início do período pós-clássico –, os poderes constitutivos da *patriapotestas* se vão abrandando, até que, no direito justinianeu – mudado o ambiente social, alteradas fundamentalmente as funções e a estrutura da família romana [...]” (*Direito Romano*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 621).

⁸ Para um profundo estudo a respeito dessas transformações, ver Marcos Alves SILVA. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*.

⁹ Código Civil (Lei 10.406/2002): Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

liberdade dos menores, mas, por outro, se acentua o dever de cuidado dos pais.¹⁰ Já se afirmou sobre a autoridade parental que “entre a liberdade e o cuidado cerca-se a atual configuração desse importante instituto do direito de família”¹¹. A rigor, os pais são titulares de um *poder jurídico* que se revela como um conjunto de deveres. Os *poderes* sobre os filhos que lhes são legalmente atribuídos têm que ser exercidos exclusivamente no interesse do filho.

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, “a autoridade parental deve ser um instrumento de garantia dos direitos fundamentais do menor, bem como uma forma de resguardar seu melhor interesse, tendo em vista que deve ser voltada exclusivamente para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho”.¹² Com efeito, as disposições constitucionais e estatutárias impuseram uma reformulação do conteúdo da autoridade parental, que passa a ter como finalidade precípua a promoção da personalidade e a dignidade dos filhos, considerando a situação peculiar

¹⁰ Com clareza, expõe Gustavo Tepedino que: “À luz dos princípios constitucionais [...], há de se encontrar o equilíbrio entre o exercício dos direitos fundamentais dos filhos e a autoridade parental dos pais, de modo a concretizar a liberdade da criança e dos adolescentes no processo educacional que atenda às exigências constitucionais de igualdade e solidariedade. Do ponto de vista da capacidade para o exercício de direitos, mais intensa será a atuação dos pais quanto maior a falta de discernimento. Na medida em que, gradualmente, no curso do processo educacional, os filhos adquirem aptidão para valorar e tomar decisões, a ingerência dos pais deve diminuir, de modo a incentivar o exercício autônomo de escolhas existenciais” (A tutela constitucional da criança e do adolescente. In: *Temas de direito civil*, t. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 211-212). Nesse sentido, acertadamente, também leciona Ana Carolina Brochado Teixeira: “As relações parentais giram em torno dos filhos, orientando-os para uma formação com autonomia, não obstante a imposição de limites. Diante disso, a verdadeira finalidade do instituto é a promoção do autogoverno progressivo dos filhos, proporcionalmente à possibilidade deles assumirem responsabilidades na condução da própria vida, de acordo com seu discernimento” (*Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 218).

¹¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*, v. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 353.

¹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85.

de pessoa em desenvolvimento dos infantes (art. 6º, ECA¹³) e a condição de sujeitos de direito (art. 15, ECA¹⁴), sob orientação do princípio do melhor interesse da criança e adolescente, ao qual se assegura prioridade absoluta (art. 227, CR/1988).

A Constituição da República (CR) de 1988 incorporou, ao ordenamento jurídico brasileiro, a denominada doutrina da proteção integral, que se pode traduzir, portanto, pelo atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (*the best interest of the child*¹⁵), assegurando, com absoluta prioridade, direitos próprios a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 227, CR). A Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)¹⁶, que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, considera criança a pessoa até doze anos incompletos e adolescente o maior de 12 e menor de 18 anos. A Lei, de matriz constitucional, além de assegurar a essas pessoas em desenvolvimento todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, determina que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, em plena consonância com os ditames da Constituição.

Na linha de promoção dos direitos dos infantes, o Estatuto

¹³ “Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

¹⁴ “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.”

¹⁵ A locução foi consagrada na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. Ver sobre o assunto PEREIRA, Tânia da Silva. O “Melhor Interesse da Criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 4.

¹⁶ No presente trabalho adota-se simplesmente a sigla “ECA”.

reconhece a autonomia da criança e do adolescente, apesar de serem pessoas em desenvolvimento (art. 6º), como decorrência do direito à liberdade¹⁷ e ao respeito que lhes é assegurado¹⁸. Uma autonomia que se revela progressiva, na medida em que o desenvolvimento e as habilidades são gradualmente conquistados pelos menores. O direito à liberdade, especificamente garantido aos infantes nos arts. 15 e 16 do ECA reforça a autonomia desse grupo. Além disso, uma interpretação do art. 142, parágrafo único à luz do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente impõe que o poder familiar deve ser exercido em respeito à intrínseca autonomia individual dos menores¹⁹, que na qualidade de pessoas humanas em desenvolvimento gozam de absoluta prioridade na promoção de seus direitos fundamentais, conforme determina o constituinte no art. 227 da Lei Maior²⁰. Visa-se promover a

¹⁷Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, “a criança e adolescente não são apenas titulares do direito fundamental à liberdade do art. 5º da Constituição de 1988, que atinge a toda e qualquer pessoa, mas também, das disposições especiais dirigidas diretamente a eles, tanto da própria Constituição quando do ECA, exatamente em função da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 206.

¹⁸ “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

¹⁹ A melhor doutrina tem construído o conteúdo normativo da autoridade parental à luz do princípio do melhor interesse: “A família democrática impõe uma relação coordenada entre pais e filhos, a assimetria existente entre ambos os polos seja mediada pelo perfil funcional que tem o poder familiar de promoção da pessoa do vulnerável. Cabe à autoridade parental acompanhar o menor no paulatino processo de construção da personalidade, reconhecendo-lhes as possibilidades de protagonizar sua própria história. Como indivíduos em formação, sua personalidade ainda está em desenvolvimento e seu direito geral de liberdade não é pleno. Gozam de uma liberdade assistida, eventualmente vigiada, que vai se expandindo na proporção do seu amadurecimento. A permissão exagerada, embora seja apreciada pela população infante-juvenil, não representará, frequentemente, a solução mais adequada. Por vezes, é a limitação saudável e motivada que promoverá o melhor interesse do adolescente ou da criança”. MENEZES, Joyceane Bezerra de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar*. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 20, mai./ago., 2015, p. 527-528.

²⁰ Ana Carolina Brochado Teixeira entende que: “As relações parentais giram em torno dos filhos, orientando-os para uma relação para uma formação com autonomia,

tutela da criança e do adolescente em perspectiva emancipatória, com fins a formação da sua personalidade e a sua futura independência, funcionalizando a autoridade parental ao melhor interesse de seus filhos.

No julgamento do caso do Charles Gard, a Corte Europeia de Direitos Humanos reiterou que existe um amplo consenso de que todas as decisões relativas às crianças devem levar em conta os seus melhores interesses, embora os pais tivessem exatamente contestado tal justificativa para impugnar a interferência em seus poderes parentais. Ademais, ainda que tal parâmetro não fosse o mais adequado, como argumentaram os pais, o critério do risco de “dano significativo”, suscitado pelos pais para legitimar a interferência no âmbito parental, também foi avaliado pelos tribunais no referido julgamento. Ao analisarem o caso, com base em provas periciais e na manifestação dos envolvidos nos cuidados diários do menino, os tribunais concluíram que era provável que ele estivesse sendo exposto à dor contínua e a sofrimentos inúteis. Com suporte nessas evidências, os tribunais ingleses também consideraram que a submissão a tratamento experimental, sem probabilidade de sucesso, não ofereceria nenhum benefício e prolongaria seu sofrimento.

Portanto, à luz das decisões tomadas pelos tribunais internos ingleses, a Corte Europeia registrou que os fundamentos eram minuciosos e completos, avaliando com igual peso todos os argumentos levantados, com a produção de provas periciais consistentes e de alta qualidade, revisadas em três níveis de jurisdição. Assim, concluiu que as decisões não foram arbitrárias ou visaram interferência desproporcional de autoridade pública na vida familiar, em respeito ao art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

não obstante a imposição de limites. Diante disso, a verdadeira finalidade do instituto é a promoção do autogoverno progressivo dos filhos, proporcionalmente à possibilidade deles assumirem responsabilidades na condução da própria vida, de acordo com seu discernimento”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 218.

No caso do direito brasileiro, o conteúdo normativo da autoridade parental tem sido reconstruído à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o que consiste no seu exercício exclusivamente em favor do filho. O melhor interesse de crianças e adolescentes, portanto, é a medida e o limite de atuação dos pais e é atendido pela observância dos direitos que lhe foram constitucionalmente assegurados.

O caso Charles Gard deixa claro que nem sempre as decisões dos pais quanto aos procedimentos médicos a serem adotados em seus filhos são os melhores e respeitam sua dignidade, sendo legítima a intervenção da autoridade judiciária para resguardar, sobretudo, os interesses do filho que não pode exprimir sua vontade. Tal decisão da Corte Europeia, que manteve o entendimento dos tribunais ingleses, revela que o primordial melhor interesse da criança e do adolescente deve ser sempre analisado a partir de perspectiva do filho, seja com base na sua vontade presumida ou com o auxílio dos princípios bioéticos, mas nunca na direção dos interesses ainda que justificáveis dos pais, mas cujo atendimento cause dano ou sofrimento inútil e evitável à criança.

5 A questão sob o ponto de vista da Bioética aplicada no Brasil

O caso Gard configura uma situação limite que desafia francamente a bioética. Várias questões de natureza ética ali envolvidas vêm sendo objeto de debate pela bioética, nos casos de prolongamento da vida, ou melhor, de adiamento da morte, cabendo algumas considerações em caráter preliminar.

Deve-se destacar, desde logo, que a orientação bioética é de todo importante, em especial quando se trata da decisão sobre a morte de

outrem, o que ocorre com frequência nas situações que envolvem crianças e adolescentes, das quais é bom exemplo a aqui examinada. O respaldo bioético justifica e autoriza eticamente o encaminhamento a ser adotado, vale dizer, confere legitimidade às condutas e decisões médicas e jurídicas que sejam tomadas. Indispensável, por conseguinte, a análise do caso Gard, ainda que breve, sob o prisma bioético.

A Alta Corte (*High Court*), ao admitir o pedido do hospital (*GOSH*), destacou que o ponto inicial é a “presunção de santidade da vida”, conforme expressão utilizada por aquele tribunal, diante do curso da ação que prolongará a vida. Apesar da menção à “santidade” da vida, a apreciação do caso foi feita em bases estritamente jurídicas. Nesse sentido, o Tribunal considerou obrigatório o exame da questão a partir do ponto de vista presumido da criança e do seu “melhor interesse”, expressão que abrange os aspectos médicos, emocionais e outros temas relacionados ao seu bem-estar, reconhecido como fator prevalente para se tomar a decisão. Este tipo de entendimento autoriza o exame da questão sob as diretrizes da bioética laica e o afastamento de indagações pertinentes à bioética de natureza religiosa.

A breve análise proposta será feita à luz dos princípios que constituem a matriz da bioética principialista, não só em razão de sua adoção pelas normas e jurisprudência brasileiras, mas em particular por emergir das decisões judiciais no caso *Gard* a preocupação com a garantia do bem-estar de Charles, o que permite indagar de imediato se pelo menos dois dos princípios bioéticos foram ali contemplados. Em primeiro lugar, deve-se considerar o princípio da beneficência, que valoriza os atos que proporcionam algum bem a terceiros e, em segundo, o princípio da não maleficência, que requer se evitem danos injustificados a terceiros. Observe-se que esses dois princípios correspondem, de certo modo, a princípios da ética hipocrática (*primum non nocere e bonumfacere*), mas que devem ser reinterpretados conforme o contexto atual de saúde, o qual compreende necessariamente qualidade de vida e bem-estar.

Embora não sejam menos importantes, os princípios da autonomia, que atribui valor à escolha livre e intencional de agentes cognitiva e moralmente competentes, e da justiça, que requer sejam ponderados equitativamente benefícios, riscos e custos entre os envolvidos, não serão neste trabalho objeto de direta reflexão. O primeiro em razão da tenra idade de Charles, um bebê de cerca de um ano, incapaz de exercer sua autonomia, ou mesmo de expressar a sensação de dor, em decorrência do mal congênito de que padecia, visto que sequer chorava, conforme consta do relatório da decisão tomada no Pedido nº 39793/17. O segundo escapa, em verdade, ao foco das reflexões propostas, voltadas para o confronto entre os deveres dos pais e os direitos do filho.

Pela mesma razão, a despeito dos julgados envolverem de modo importante temas muito estudados pela bioética, como a pesquisa em seres humanos e a utilização de seus resultados, bem como o debate sobre o que se deve entender por “futilidade” do tratamento, a retirada de aparelhos e a aplicação de cuidados paliativos, conflito de interesses, dentre outros, neste trabalho apenas alguns desses aspectos, e de modo sucinto, serão trazidos à pauta.

Como proposto, é preciso verificar se a conduta ao final adotada no caso, por força de decisão judicial, é condizente ou não com os princípios da beneficência e da não maleficência. Três situações de fato serão consideradas para esse fim: (a) as condições físicas de Charles constantes do relatório acima referido; (b) a inexistência de tratamento para o caso e a irreversibilidade das lesões constatadas; e (c) o sofrimento evitável de Charles.

Logo de início foi assinalado que a rara doença sofrida por Charles afeta severamente seu cérebro, músculos e a habilidade para respirar. O bebê tem falência respiratória progressiva e depende de ventilação. Ele

não pode mais mover seu braços e pernas e não é mais capaz de sistematicamente abrir seus olhos. Em razão de persistente encefalopatia, não há sinais usuais de atividade cerebral normal, tais como capacidade de resposta, interação ou choro. Charles tem surdez congênita e um distúrbio epiléptico severo. Seu coração, fígado e rins estão também afetados, mas não severamente.

De acordo com provas apresentadas pelo hospital (*GOSH*), Charles estava tão lesionado que não havia mais qualquer movimento, nem mesmo evidência de um ciclo de sono/vigília. Para a equipe do hospital não havia mais tratamento que pudesse tirá-lo dessa situação, entendendo um dos especialistas consultados que Charles experimentava dor, mas era incapaz de reagir a ela de modo significativo.

No tocante à possibilidade de tratamento, foi cogitada a submissão de Charles a um tratamento experimental, não testado em animais ou humanos, mas no qual havia uma “possibilidade teórica” de gerar algum benefício para Charles. A aplicação do tratamento seria feita no Reino Unido, mas por sua natureza, exigia prévia autorização de um Comitê de Ética. Contudo, uma série de intermitentes convulsões epiléticas sofrida por Charles frustrou o planejado. Em consequência, os médicos assistentes de Charles concluíram que o tratamento experimental seria fútil e apenas prolongaria o sofrimento do paciente. O significado de “fútil” foi objeto de discussão judicial quanto à existência de distinção entre a definição médica de futilidade e o conceito de futilidade no direito, tendo a Corte de Apelação (*Courtof Appeal*) assinalado que:

[...] a Medicina procura “uma probabilidade de cura ou pelo menos de um paliativo no tratamento das doenças ou enfermidades sofridas pelo paciente”, enquanto, para o Direito, isto coloca um objetivo muito alto nos casos onde o tratamento “pode trazer algum benefício para o paciente mesmo se não há nenhum efeito na doença ou deficiência

subjacente” [...]”²¹

Concluiu a referida Corte que no caso *Gard*, tragicamente, esta é uma diferença sem uma distinção à luz da conclusão do Juízo de que o potencial benefício da terapia experimental seria “zero”, “inútil” e de nenhum benefício efetivo²².

Os pais de Charles desejavam levar Charles para a América onde um médico, mesmo sem ter examinado a criança e reconhecendo que ela se encontrava no estágio terminal de sua doença, gostaria de oferecer a ela o que se podia fazer naquele país. Seria improvável funcionar, mas a alternativa é que Charles morreria.

Como destacou um dos professores consultados, considerado um dos maiores especialistas em doenças genéticas, mesmo que houvesse habilidade para cruzar as barreiras existentes, o tratamento, nunca testado anteriormente, não reverteria os danos estruturais já feitos no cérebro de Charles. Embora concordasse com o médico americano quanto a ser extremamente improvável ajudar Charles, esclareceu que havia uma diferença cultural na filosofia entre o tratamento nos Estados Unidos e no Reino Unido. Neste país se tentaria ter a criança no centro das ações e pensamentos, enquanto nos Estados Unidos, eles tentariam qualquer coisa, enquanto houvesse financiamento.

Os fundamentos constantes das decisões das Cortes do Reino

²¹European Court of Human Rights. *Gardand Others v United Kingdom* (Application n. 39793/17). Disponível em: <https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/gard-and-others-v-united-kingdom-application-no-39793-17#.WrhCTIjwY2x>. Acesso em: 28 fev. 2018. Tradução livre.

²²European Court of Human Rights. *GardandOthers v United Kingdom* (Application n. 39793/17). Disponível em: <https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/gard-and-others-v-united-kingdom-application-no-39793-17#.WrhCTIjwY2x>. Acesso em: 28 fev. 2018. Tradução livre.

Unido evidenciam a ratificação do referido entendimento, na medida em que convergiram quanto à garantia do bem-estar de Charles e prevalência do seu melhor interesse.

Neste sentido, a Corte de Apelação (*Court of Appeal*), ao decidir sobre o pedido de avaliação de “dano significativo”, seguiu a unanimidade dos profissionais e especialistas, segundo os quais mover Charles para tratamento na América seria o mesmo que o expor a dor, sofrimento e angústia continuados, sem qualquer perspectiva de melhora.

Essa orientação foi reiterada pela Suprema Corte (*Supreme Court*), ao salientar que provavelmente Charles sofreria dano significativo se seu padecimento presente fosse prolongado, sem qualquer perspectiva de melhora.

Constata-se, assim, que houve constante preocupação com a submissão de Charles à situação de dor e sofrimento, sem qualquer possibilidade de melhora. Nada justificaria, portanto, a continuidade do tratamento, salvo os cuidados paliativos, propostos pelo hospital (GOSH), proposta que suscitou o debate judicial da questão.

A apertada síntese dos fatos acima feita permite identificar que houve, o quanto possível, observância do princípio da beneficência, entendida, de modo sintético, como o “fazer o bem”, isto é, buscar “o bem do paciente, o seu bem-estar e os seus interesses, de acordo com os critérios do bem fornecidos pela medicina”, mas não de modo absoluto, pois deve ser respeitada a dignidade do paciente. É sempre preciso ponderar se os riscos para o paciente serão muito maiores do que os possíveis benefícios, e respeitá-lo como pessoa humana e não apenas como objeto de pesquisa.²³ Isto foi feito no caso Gard.

²³ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. Disponível

O mesmo pode ser dito com relação ao princípio da não maleficência, ou seja, “primeiramente ou acima de tudo não causar danos (*primum non nocere*)”, o que inclui “prevenir danos e retirar os danos”. Como esclarecem Délio José Kipper e Joaquim Clotet, na maioria das vezes, o princípio de não maleficência envolve abstenção, e é devido a todas as pessoas, enquanto o princípio da beneficência requer ação e, na prática, é menos abrangente. Como recomendam os autores, sua análise deve ser feita conjuntamente nos diversos casos²⁴. Nestes termos, constata-se que o princípio da não maleficência foi igualmente observado.

No caso Gard fica nítida a aplicação dos dois princípios. O tratamento dado pelo hospital até determinado ponto foi benéfico e continuaria sendo, mesmo sob a forma de cuidados paliativos, que dariam algum conforto a Charles. A submissão ao tratamento experimental, considerado fútil, principalmente se houvesse sua movimentação para a América, resultaria em sofrimento e danos a Charles, visto não haver qualquer perspectiva de melhora, mas ao contrário, probabilidade alta de dor ou ao menos de grande desconforto. O atendimento ao princípio da não maleficência se deu pela abstenção, pela não insistência fútil, pelo afastamento da denominada “obstinação terapêutica”, em um tratamento que nada acrescentaria a Charles, se não dor e sofrimento.

É imperativo bioético, sob a ótica laica, que se assegure aos pacientes, principalmente aos que não podem exprimir sua vontade, o quanto possível, a observância do princípio da qualidade de vida, segundo o qual é considerado “legítima qualquer intervenção na vida

<http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIprincipios.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

²⁴ KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIprincipios.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

humana, desde que isso implique em redução do sofrimento evitável e em maior/melhor bem-estar para os sujeitos objeto da intervenção”.²⁵

6 Considerações finais

Como se procurou demonstrar, a decisão tomada em 28 de junho de 2017 pela Corte Europeia de Direitos Humanos, ratificando o entendimento dos Tribunais do Reino Unido, encontra amparo nos princípios bioéticos. No Brasil, o julgamento em igual sentido estaria legitimado pelos mesmos princípios bioéticos e, sob o ponto de vista jurídico, teria fundamento nos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana.

Merece igualmente referência a regulamentação do Conselho Federal de Medicina sobre o tema. No que tange a situações de terminalidade da vida, há mais de dez anos, foi firmado o entendimento no sentido de que na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (Resolução CFM 1.805/2006).

No mesmo sentido dispõe o Código de Ética Médica vigente (Resolução 2.217/2018), que contempla vários aspectos da conduta

²⁵ SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito ‘vida’ em bioética e suas interfaces com a *práxis* biopolítica e os dispositivos de biopoder. In: *Revista Bioética*, 2009, v. 17, n. 3, 2009, p. 377.

médica envolvidos na questão analisada. Assim, o Código estabelece, dentre os Princípios Fundamentais, que “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados (XXII)”. No que diz respeito a tratamentos experimentais, parece clara a posição brasileira, diante do que prevê o item XXIII, do capítulo de Princípios Gerais: “Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção, independência, veracidade e honestidade, com vista ao maior benefício para os pacientes e para a sociedade”.

Ao tratar da Relação com Pacientes e Familiares, o Código de Ética Médica veda ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal, mas admite que “Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal” (art. 41 e parágrafo único).

No que tange ao “representante legal”, quando se tratar de crianças e adolescentes, há de se considerar sempre que, no caso de divergência entre os pais e os médicos, hipótese que exige apreciação judicial para salvaguarda dos direitos de todos os envolvidos no procedimento, o melhor interesse do menor tem prioridade absoluta, por força de norma constitucional como acima esclarecido, observados os princípios bioéticos que lhe conferem legitimidade em cada caso.

O caso Charles Gard, sem dúvida, se mostra de todo útil para reflexão quanto aos questionamentos e encaminhamentos ético-jurídicos a serem dados a situações semelhantes, nas quais esteja em jogo a morte digna de crianças e adolescentes e haja divergência entre a orientação médica e o entendimento/determinação dos pais ou representante do infante. Constata-se, porém, que as normas jurídicas e bioéticas, bem

como a regulamentação médica, existentes no Brasil permitem a busca da solução adequada para cada caso, vale dizer, o que é o melhor para a criança em dada situação, que pode ser, como assinalou o Tribunal do Reino Unido, “deixa-la dormir imediata e pacificamente e não sujeitá-la a mais sofrimento”.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 621.

BARBOZA, Heloisa Helena. Perfil Jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (orgs.). *Cuidado e Afetividade*. Projeto Brasil/Portugal 2016-2017. São Paulo: Atlas, 2016, p. 175-191.

European Court of Human Rights. *Gardand Others v United Kingdom* (Application n. 39793/17). Disponível em: <https://www.familylaw.co.uk/news_and_comment/gard-and-others-v-united-kingdom-application-no-39793-17#.WrhCTIjwY2x>. Acesso em: 28 fev. 2018. Tradução livre.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de Direito Privado*, n. 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 2004, p. 21-41.

KIPPER, Délio José; CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e Não-maleficência. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIprincipios.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*, v. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 353.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*, vol. 20, mai./ago., 2015, p. 527-528.

SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito ‘vida’ em bioética e suas interfaces com a *práxis* biopolítica e os dispositivos de biopoder. In: *Revista Bioética*, 2009, v. 17, n. 3, 2009, p. 377.

SILVA, Marcos Alves. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. O “Melhor Interesse da Criança”. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O Melhor Interesse da Criança: um*

debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 4.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Temas de Direito Civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 182-183.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente. In: *Temas de direito civil*, t. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 211-212.

A repartição constitucional de competências federativas em matéria de saúde em tempos de covid-19: cada um por si e todos contra o vírus

Heron Abdon Souza¹

Resumo

A Constituição de 1988 estabelece uma repartição de competências em matéria de saúde entre os entes federativos que orientou a edição de atos normativos federais, estaduais e municipais no enfrentamento dos efeitos das diversas matizes da crise provocada pela pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2). O presente artigo busca analisar a diversidade desse arcabouço jurídico e sua repercussão na sociedade e no Poder Judiciário.

Palavras-chave: Competências; Constituição; Cooperação; COVID-19; Federalismo.

Abstract

The Constitution of 1988 establishes a division of competences in health matters among the federated entities that guided the edition of federal, state and municipal normative acts in facing the effects of the different shades of the crisis caused by the pandemic of the new coronavirus (SARS-CoV-2). This article seeks to analyze the diversity of this legal framework and its impact on society and the Judiciary.

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Keywords: Competences; Constitution; Co-operation; COVID-19; Federalism.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil e os demais países do mundo vêm enfrentando, nos últimos meses, as implicações sanitárias, sociais e econômicas resultantes da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2).²

Apesar de estarem diante de um “inimigo” comum (o vírus) e um objetivo comum (conter e enfrentar a pandemia), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disputaram hegemonias institucionais esmaecendo o pacto federativo.

A partir da adoção do instrumento jurídico “quarentena”, previsto no inciso II, do art. 2º, da Lei Federal nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020³, as medidas sanitárias restritivas/protetivas (normas infralegais) adotadas mostraram-se variadas e conflitantes entre os entes federativos.

Cabe à União deter a exclusividade na contenção e enfrentamento da pandemia do novo coronavírus e a concentração administrativa para editar normas gerais sanitárias, com vigência nacional, em detrimento do federalismo cooperativo?

² WORLD HEALTH ORGANIZATION. Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV). Genebra, 30 jan. 2020. Disponível em <<https://www.who.int/>>. Acesso em 01/06/2020.

³ Lei Federal nº 13.979/2020. Art. 2º - Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I – (...); e II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em 04/06/2020.

O presente artigo se propõe a analisar a complexa divisão constitucional de competências federativas em matéria de saúde, a amplitude e o descompasso jurídico- federativo na implementação das políticas públicas essenciais para contenção e combate à pandemia do SARS-CoV-2, os limites de cada personagem (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) e o entendimento do Supremo Tribunal Federal.⁴

2 A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DE SAÚDE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

A Constituição de 1988 estabelece uma cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a partir de uma divisão de competências/responsabilidades não hierarquizadas.⁵

A adoção do modelo do federalismo cooperativo pressupõe⁶ igualdade e equilíbrio perante um complexo sistema de repartição

⁴ Nesse sentido, destaca Paulo Gustavo Gonet Branco: "uma vez que não há o direito de secessão na fórmula federativa, os conflitos que venham a existir entre os Estados–membros ou entre qualquer deles com a União necessitam ser resolvidos para a manutenção da paz e da integridade do Estado como um todo. Assumindo feição jurídica, o conflito será levado ao deslinde de uma corte nacional, prevista na Constituição, com competência para isso". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 843)

⁵ MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. Um novo pacto federativo para o Brasil. São Paulo: Celso Bastos. 1999, p. 188.

⁶ Sobre o caráter teórico do federalismo cooperativo: "(...) a prática do federalismo sob a Constituição de 1988 tem sido bem diversa do previsto no texto constitucional. Um exemplo, consequência direta da falta de uma política nacional de desenvolvimento, é a guerra fiscal, travada entre os Estados para a atração de novas indústrias". (BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 95-96).

constitucional de competências entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.⁷

Nesse sentido, destaca-se excerto da ementa do acórdão do Recurso Extraordinário nº 1.247.930-AgR/SP, julgado em 13 de março de 2020 pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes:

[...] 4. A Federação nasceu adotando a necessidade de um poder central, com competências suficientes para manter a união e a coesão do próprio país, garantindo-lhe, como afirmado por HAMILTON, a oportunidade máxima para consecução da paz e da liberdade contra o facciosismo e a insurreição (The Federalist papers, nº IX), e permitindo à União realizar seu papel aglutinador dos diversos Estados-Membros e de equilíbrio no exercício das diversas funções constitucionais delegadas aos três poderes de Estado. 5. Durante a evolução do federalismo, passou-se da ideia de três campos de poder mutuamente exclusivos e limitadores, segundo a qual a União, os Estados e os Municípios teriam suas áreas exclusivas de autoridade, para um novo modelo federal baseado, principalmente, na cooperação, como salientado por KARL LOEWESTEIN (Teoria de la constitución. Barcelona: Ariel, 1962. p. 362). 6. O legislador constituinte de 1988, atento a essa evolução, bem como sabedor da tradição centralizadora brasileira, tanto, obviamente, nas diversas ditaduras que sofremos, quanto nos momentos de normalidade democrática, instituiu novas regras descentralizadoras na distribuição formal de competências legislativas, com base no princípio da predominância do interesse, e ampliou as hipóteses de competências concorrentes, além de fortalecer o Município como polo gerador de normas de interesse local. 7. O princípio geral que norteia a repartição de competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro é o princípio da predominância do interesse, tanto para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, quanto em

⁷ SILVA, José Afonso da. Um pouco de Direito Constitucional Comparado. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 98.

termos de interpretação em hipóteses que envolvem várias e diversas matérias, como na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. 8. A própria Constituição Federal, portanto, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos, União, Estados- Membros, Distrito Federal e Municípios, e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior

descentralização nos Estados-membros e Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I) [...]»⁸

Sobre o federalismo cooperativo, destacou o Ministro Edson Fachin (Relator) em seu voto no julgamento da ADI 5358 em 03 de agosto de 2016:

As transformações sociais mudam, por consequência, as concepções do Estado, inclusive no tocante à sua estruturação, atingindo também a repartição de competências. Determinando-se a igualdade e equilíbrio entre os entes, a Constituição ressalta a necessidade de maximização do exercício destas competências para que o Estado cumpra seu desiderato de pacificação e satisfação social. É este novo olhar que se propõe a partir da nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Um olhar voltado para a otimização da cooperação entre os entes federados; um olhar voltado para a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; um olhar voltado para o respeito e efetividade do pluralismo com marca característica de um Estado Federado.⁹

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 1.247.930-AgR/SP, 1ª Turma. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825659809/agreg-no-recurso-extraordinario-agr-re-1247930-sp-sao-paulo-2010187-7220198260000/inteiro-teor-825659819>>. Acesso em 08/06/2020.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5356. Relator Ministro Edson Fachin, Red. p/acórdão Ministro Marco Aurélio. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4817597>>. Acesso em: 08/06/2020.

O princípio geral que norteia a repartição constitucional de competências entre os entes federativos é o princípio da predominância do interesse. Caberá à União as matérias de interesse nacional, aos Estados as matérias em que prevalecerem o interesse regional e aos Municípios os assuntos de interesse local. Já o Distrito Federal acumula as matérias de interesses regional e local¹⁰.

A repartição constitucional de competências federativas é classificada por Alexandre de Moraes a partir de quatro pontos básicos:

Reserva de campos específicos de competência administrativa e legislativa: União – Poderes enumerados (CF, arts. 21 e 22) Estados – Poderes remanescentes (CF, art. 25, § 1º) Município-Poderes enumerados (CF, art. 30) Distrito Federal – Estados + Municípios (CF, art. 32, § 1º) 2. Possibilidade de delegação (CF, art. 22, parágrafo único) – Lei complementar federal poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União. 3. Áreas comuns de atuação administrativa paralela (CF, art. 23) 4. Áreas de atuação legislativa concorrentes (CF, art. 24) ¹¹

Observa-se, portanto, que a Constituição Federal

estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica.¹²

¹⁰ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 290.

¹¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 318

¹² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 477.

Nesse contexto, bem averba Fernanda Dias Menezes de Almeida que a Constituição Federal estruturou

um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação.¹³

A repartição constitucional de competências federativas em matéria em saúde está prevista nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, respectivamente, competências comuns e concorrentes à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para o planejamento e execução de políticas públicas de saúde, a Constituição atribui competência comum a todos os entes federativos (art. 23, II).¹⁴

A Constituição avaliza a competência legislativa da União para a edição de normas gerais (CF, art. 24) mas também acolhe a competência administrativa/material concorrente de todos os entes federativos¹⁵ que,

¹³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5ª ed., São Paulo: Atlas S/A, 2010, p. 58

¹⁴ CF/1988, Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

¹⁵ Apesar do caput do art. 24 citar apenas União, Estados e Distrito Federal, os Municípios também se submetem à mesma sistemática em razão do disposto no art. 30, II, da Constituição Federal: Art. 30. Compete aos Municípios: I – [...]; II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber. Neste sentido, asseveram Fernanda Dias Menezes de Almeida que “[...] se mostra válido entender que aos Municípios também se conferiu participação na produção normativa concorrente, em virtude do disposto no art. 30, II, que lhes dá competência para complementar a legislação federal e estadual no que couber” (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Comentários ao Art. 24*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 810) e Ana Paula Barcellos que “[...] os Municípios não são mencionados no caput do art. 24, mas o art. 30, II, prevê que compete a eles complementar

quanto aos temas do referido dispositivo, possuem competência para produzirem normas observando o disposto no §1º (a União tem competência para editar normas gerais), §2º (na hipótese de normas gerais editadas pela União, os demais entes estão limitados a competência suplementar), §3º (caso não seja editada norma geral da União, os demais entes possuem competência legislativa plena para atendimento de suas peculiaridades) e §4º (caso a União edite, supervenientemente, normas gerais, as normas dos demais entes que lhes for contrária serão suspensas).

A competência concorrente supõe o primado da norma de maior abrangência, ou seja, o direito/interesse nacional tem primazia sobre o direito/interesse local pois aquele seria a “expressão política máxima com vistas aos efeitos integradores sobre a nação como um todo”.¹⁶

Moreira Neto destaca que há uma dificuldade “em precisar o critério distintivo do que sejam normas gerais e do que sejam normas específicas¹⁷” e procura sintetizar as características das normas gerais:

a) estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestres e regras jurídicas;

a legislação federal e a estadual no que couber. Assim, da conjugação do art. 24 com o art. 30, II, tem-se que as competências legislativas concorrentes podem incluir todos os entes federativos: à União cabe estabelecer normas gerais, aos Estados compete a edição de normas suplementares, e os Municípios poderão ainda suplementar esses dois conjuntos normativos federal e estadual, no que couber” (BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 252).

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 130, abr.-dez. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em 04/06/2020.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 140, abr.-dez. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em 04/06/2020.

- b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado;
- c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos;
- d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas;
- e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito;
- f) devem referir-se a questões fundamentais;
- g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados;
- h) são normas de aplicação direta.¹⁸

Concluindo que as normas gerais são:

[...] declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados- membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.¹⁹

Nesse sentido, observa Eduardo Cambi que na elaboração das normas gerais, a União desempenha atividade diversa daquela que

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 149, abr.-dez. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em 04/06/2020.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 159, abr.-dez. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em 04/06/2020.

exerce quando elabora a legislação federal (autodirigismo). Ao dispor sobre as normas gerais, o Congresso Nacional exerce o poder de prescrever normas nacionalmente uniformes, vinculantes a todos os entes federativos.²⁰

Ainda nesse diapasão, nos dizeres de Fernanda Dias Menezes de Almeida

Parece-nos, efetivamente, que a utilização das competências concorrentes, como idealizada, atende aos desígnios de se chegar a maior descentralização, sem prejuízo da direção uniforme que se deva imprimir a certas matérias. Numa palavra, o caminho que se preferiu é potencialmente hábil a ensejar um federalismo de equilíbrio, que depende, embora, como não se desconhece, também de outras providências.²¹

E de Raul Machado Horta

A legislação concorrente, que amplia a competência legislativa dos Estados, retirando-a da indigência em que a deixou a pletórica legislação federal no domínio dos poderes enumerados, se incumbirá do afeiçoamento da legislação estadual às peculiaridades locais, de forma a superar a uniformização simétrica da legislação federal.

A repartição concorrente cria outro ordenamento jurídico dentro do Estado Federal, o ordenamento misto, formado pela participação do titular do ordenamento central e dos titulares de ordenamentos parciais.²²

Coube a União, nos termos do art. 24, XII da Constituição da República²³, editar a norma geral sobre “proteção e defesa da saúde”

²⁰ CAMBI, Eduardo. Normas gerais e fixação da competência concorrente na federação brasileira. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 252, out-dez. 1998.

²¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5ª ed., São Paulo: Altas S/A, 2010, p. 61

²² HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5ª ed. atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 324.

²³ CF, art. 24, XII: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII - proteção e defesa da saúde.

que estabelece uma política pública nacional e dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. Trata-se da Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Coube aos demais entes federativos, em face do disposto no art. 24, §2º e art. 30, II da Constituição da República, editar legislações suplementares. Ocorre que Estados e Municípios, além do Distrito Federal, na tarefa de adaptação de suas normas específicas às normas gerais da União editaram normas sanitárias de contenção e combate à pandemia do SARS-CoV-2 que despertaram uma crise no pacto federativo. A diversidade de comandos normativos (federais, estaduais e municipais) provocou insegurança jurídica e desorientação na população (inseguranças social e sanitária).

3 O CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE A UNIÃO E OS ESTADOS

Utilizando como referências as orientações gerais da Organização Mundial da Saúde,²⁴ do Ministério da Saúde²⁵ e da Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, os Estados editaram, a partir de março de 2020, medidas sanitárias de alto teor restritivo/protetivo de contenção e enfrentamento ao avanço da pandemia do novo coronavírus: imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio e atividades culturais, recomendação de adoção de trabalho remoto, restrição à locomoção individual e transporte

²⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. Coronavirus disease (COVID-19) pandemic. Disponível em <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em 01/06/2020.

²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Coronavírus COVID 19. O que você precisa saber. Como se proteger. Disponível em <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#como-se-proteger>>. Acesso em 01/06/2020.

interestadual/intermunicipal e funcionamento apenas de serviços públicos e atividades consideradas essenciais.²⁶

O art. 3º, III – somente serão permitidas as seguintes atividades, ‘J’: “segurança privada, bem como serviços de manutenção, segurança, conservação, cuidado e limpeza em ambientes privados de qualquer natureza, abrangendo empresas, residências, condomínios, entidades associativas e similares”.²⁷

O Governo Federal para conter a heterogeneidade federativo-normativa, criar condições jurídicas para uma concentração administrativa e deter a exclusividade na implementação de políticas públicas (edição de normas sanitárias) para contenção e enfrentamento da pandemia do novo coronavírus em detrimento da cooperação com os

²⁶ Alguns exemplos: Estado do Rio de Janeiro: Decreto nº 46.980, de 19/03/2020 (Disponível em

<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTAγMjQ%2C>).

Acesso em 12/06/2020). Estado do Ceará: Decreto nº 33.519, de 19/03/2020. Estado

de São Paulo: Decreto nº 64.881, de 22/03/2020

(Disponível em

<http://www.pge.sp.gov.br/acompanhe/covid/arquivo/DecretoN64881.pdf>). Acesso

em 12/06/2020). Estado do Ceará: Decreto nº 33.519, de 19/03/2020. Estado do

Amazonas: Decreto nº 42101, de 23/03/2020. (Disponível

em [https://diversidadeamazonica.com.br/wp-content/uploads/2020/03/DECRETO-](https://diversidadeamazonica.com.br/wp-content/uploads/2020/03/DECRETO-N.-42.101-DE-23-DE-MAR%C3%87O-DE-2020.pdf.pdf.pdf)

[N.-42.101-DE-23-DE-MAR%C3%87O-DE-2020.pdf.pdf.pdf](https://diversidadeamazonica.com.br/wp-content/uploads/2020/03/DECRETO-N.-42.101-DE-23-DE-MAR%C3%87O-DE-2020.pdf.pdf.pdf)). Acesso em

12/06/2020). Estado do Pará: Decreto nº 609, de 16/03/2020. (Disponível em

<http://www.pge.pa.gov.br/content/legislacoescovid19>). Acesso em 12/06/2020).

Estado de Pernambuco: Decreto nº 48.834, de 20/03/2020.

(Disponível

em <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=6&numero=48834&complemento=0&ano=2020&tipo=&url>

[≡](https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=6&numero=48834&complemento=0&ano=2020&tipo=&url)). Acesso em 12/06/2020).

²⁷ Decreto nº 35.784 de 03/05/2020. Disponível em

<https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/wp-content/uploads/2020/05/DECRETO-35.784-DE-3-DE-MAIO-DE-2020.pdf>). Acesso em 06/06/2020.

Estados e Municípios e competências destes, editou em 20 de março de 2020 a Medida Provisória nº 926²⁸, que:

- a) Alterou o caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020:

Art. 3º - Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

- b) Acrescentou o §8º ao caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020: Art. 3º, §8º - “As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.”

- c) Acrescentou o §9º ao caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020: “Art. 3º, §9º - O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o §8º.”

- d) Acrescentou o §10 ao caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020:

Art. 3º, §10 - As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

²⁸ Medida Provisória nº 926, de 20/03/2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em 04/06/2020.

- e) Acrescentou o §11 ao caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020:

Art. 3º, §11 - É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no §9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

- f) Alterou a redação do inciso VI do caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020:

Art. 3º, VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:

- a) entrada e saída do País; e
- b) locomoção interestadual e intermunicipal.

Ressalte-se que:

- a) Os incisos I, II e VI do caput do art. 3º da Lei nº 13.979/2020 vinculam-se diretamente ao inciso II do §7º do caput do art. 3º da mesma lei:

Art. 3º, §7º - As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: I - [...];

II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V e VI do caput deste artigo.

- b) Os incisos I e II do caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020 não sofreram alterações em suas redações:

Art. 3º - Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

- I – isolamento;
II – quarentena

Sobre o mesmo contexto, em 22 de março de 2020 foi editada a Medida Provisória nº 927²⁹ que:

- a) alterou a redação do §6º do caput do art. 3º da Lei 13.979/2020: Art. 3º, §6º - “Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput.”
- b) acrescentou o §6º-A ao caput do art. 3º da Lei nº 13.979/2020: Art. 3º, §6º-A - “O ato conjunto a que se refere o §6º poderá estabelecer delegação de competência para a resolução dos casos nele omissos.”
- c) alterou a redação do §6º do caput do art. 3º da Lei 13.979/2020: Art. 3º, §6º - “Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde,

²⁹ Medida Provisória nº 927, de 22/03/2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em 04/06/2020.

da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput.”

- d) acrescentou o §6º-A ao caput do art. 3º da Lei nº 13.979/2020: Art. 3º, §6º-A - “O ato conjunto a que se refere o §6º poderá estabelecer delegação de competência para a resolução dos casos nele omissos.”

Foram viabilizadas as premissas legais para que o Governo Federal editasse normas sanitárias infralegais de baixo teor restritivo/protetivo com objetivo de cumprimento obrigatório em todo território nacional.

Em 20 de março de 2020 foi editado o Decreto Federal nº 10.282³⁰ o qual indicara um rol de serviços públicos e atividades essenciais “indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população (...)” e que deveriam ter seu exercício e funcionamento resguardados pelas “pessoas jurídicas de direito público interno, federal, estadual, distrital e municipal, e aos entes privados e às pessoas naturais.”³¹

Em 08 de maio de 2020, o Decreto Federal nº 10.344 acrescentou o inciso LVI ao §1º do caput do art. 3º do Decreto nº

³⁰ Posteriormente alterado pelos Decretos nº 10.288, de 22/03/2020, nº 10.292, de 25/03/2020, nº 10.329, de 28/04/2020, nº 10.342, de 07/05/2020 e nº 10.344 de 08/05/2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/_decretos2020.htm>. Acesso em: 04/06/2020.

³¹ Decreto nº 10282, de 20 de março de 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em 04/06/2020.

10.282/2020: “Art. 3º, LVI - salões de beleza e barbearias, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde.”³² Foram incluídas como atividades essenciais e, portanto, com funcionamento permitido durante a pandemia.

Ocorre que o Governo do Estado de Sergipe, nos termos da alínea ‘b’, do inciso I, do art. 2º do Decreto Estadual nº 40.567 de 24 de março de 2020, proibira a abertura de “salão de beleza” por considerá-lo uma atividade não essencial.³³

Um barbeiro da cidade de Itabaiana (Estado de Sergipe), inconformado com a impossibilidade de não poder trabalhar, impetrou, em 14 de maio de 2020, mandado de segurança (com pedido de liminar) no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe³⁴ requerendo que não se submetesse às regras do Decreto Estadual nº 40.567/2020 com fundamento no conflito direto com a permissibilidade prevista no Decreto Federal nº 20.282/2020 e, conseqüentemente, que fosse autorizado a reabrir o seu estabelecimento comercial.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Ricardo Múcio Santana de A. Lima, em 15 de maio de 2020 concedeu

³² Decreto nº 10.344, de 08/05/2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10344.htm>. Acesso em 04/06/2020.

³³ Decreto nº 40.567 de 24/03/2020. Disponível em <<https://www.pge.se.gov.br/decretos/>>. Acesso em 05/06/2020. Ressalte-se que o prazo de vigência descrito no caput do art. 2º (17 de abril de 2020) foi sucessivamente prorrogado pelos Decretos nº 40.576, de 16/04/2020; nº 40.587, de 23/04/2020; nº 40.588, de 27/04/2020; nº 40.592, de 07/05/2020; nº 40.598, de 18/05/2020; nº 40.600, de 25/05/2020; nº 40.605, de 01/06/2020. Disponível em <<https://www.pge.se.gov.br/decretos/>>. Acesso em 05/06/2020.

³⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. Mandado de Segurança nº 0004311-66.2020.8.25.0000. Disponível em <<https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>>. Acesso em 06/06/2020.

a ordem para suspender a aplicação do Decreto Estadual nº 40.567/2020 pois entendeu que

[...] o Presidente da República pode editar Decretos sobre a pandemia e os Estados e Município possuem competência concorrente, sendo certo que todas as normas federais, estaduais e municipais devem atender à razoabilidade.

Gramaticalmente falando, não podemos considerar que uma barbearia seja um salão de beleza, tanto assim é, que o Decreto presidencial refere-se aos dois estabelecimentos. Neste caso, o óbice de funcionamento poderia ser enquadrado na expressão ‘comércio em geral’ constante do Decreto estadual.

[...]

Ora, a partir do momento que um Decreto presidencial libera o uso de ‘barbearia’, os decretos estaduais e municipais só podem efetivar uma proibição que seja razoável.

Então, em casos em que a pandemia se demonstre diversa de outros locais, o decreto estadual encontra razoabilidade. Assim, por exemplo, o Estado do Ceará, que apresentou um índice de contaminação alto em comparação com os demais estados do nordeste.

Sergipe vem enfrentando a pandemia com índices normais que não justificam medidas que podem se apresentar mais nocivas que a própria pandemia, considerado o interesse social.

A abertura de uma barbearia atendendo a normas ditas pelos organismos de saúde, em nada difere dos bancos e supermercados. Ou melhor, apresentam um movimento bem inferior e menor risco de contaminação.

Por estes argumentos, fundado no princípio da razoabilidade e considerando o Decreto Presidencial, que inseriu os salões de beleza como atividade essencial [...]

DEFIRO a liminar para que o Impetrante possa desenvolver sua atividade de **BARBEARIA**, durante o período de restrição imposto pelo Decreto nº 40.567/2020 [...]

O Estado de Sergipe ajuizou, em 18 de maio de 2020, no Supremo Tribunal Federal a Suspensão de Segurança nº 5383 (com pedido de medida cautelar) ³⁵destacando o potencial efeito multiplicador da decisão e a grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas. Sustentou, ainda, que as barbearias não poderiam ser classificadas como serviços essenciais e que o Poder Judiciário não deveria se inserir na esfera de atuação do Poder Executivo para contornar os termos de Decreto Estadual nº 40.567/2020.

Em 19 de maio de 2020, o Ministro Dias Toffoli (Relator) deferiu o pedido para suspender, liminarmente, os efeitos da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que concedeu a ordem para suspender a aplicação de Decreto Estadual nº 40.567/2020. Aduziu o Relator que a competência da União para legislar sobre assuntos de interesse geral não afasta a incidência das normas estaduais e municipais expedidas com base na competência concorrente, devendo prevalecer aquelas de âmbito regional, quando o interesse em análise for predominantemente de cunho local. O Ministro concluiu que a abertura de estabelecimentos comerciais (barbearias), especialmente durante uma pandemia, não aparenta ser um tema de interesse nacional.

Um outro caso de descompasso normativo-federativo foi a abordagem do tema “transporte interestadual e intermunicipal” presente simultaneamente no Decreto Federal nº 10.282/2020 (art.3º,V) ³⁶e em

³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SS 5383. Relator Ministro Presidente Dias Toffoli. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS5383.pdf>. Acesso em 08/06/2020.

³⁶ Texto original do Decreto nº 10.282 de 20/03/2020: art. 3º, V - transporte intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros e o transporte de passageiros por táxi ou aplicativo. Nova redação dada pelo Decreto nº 10.329, de 28/04/2020: V - trânsito e transporte interestadual e internacional de passageiros. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em 06/06/2020.

decretos estaduais, por exemplo, no Decreto Estadual (Governo do Estado da Bahia) nº 19.549, de 18 de março de 2020 (art. 5º, I e II) ³⁷e no Decreto Estadual (Governo do Estado do Rio de Janeiro) nº 46.980, de 19 de março de 2020 (art. 4º, VIII e IX).³⁸

Em 26 de março de 2020, a Confederação Nacional do Transporte propôs no Supremo Tribunal Federal a ADPF 665 (com pedido de liminar),³⁹Relator Ministro Luiz Fux, questionando decretos estaduais⁴⁰ que determinaram o fechamento indiscriminado das divisas intermunicipais e interestaduais com o objetivo de conter os efeitos da pandemia do novo coronavírus. Alegou que as medidas ofendiam o

³⁷ Decreto nº 19.549/2020. Art. 5º - Ficam suspensas, pelo período de 10 (dez) dias, a partir da primeira hora do dia 20 de março de 2020, a circulação e a saída, e, a partir da nona hora do dia 20 de março de 2020, a chegada: I - de qualquer transporte coletivo intermunicipal, público e privado, rodoviário e hidroviário, nas modalidades regular, fretamento, complementar, alternativo e de vans, nos Municípios de Salvador, Feira de Santana, Porto Seguro, Prado, Lauro de Freitas, Simões Filho, Vera Cruz e Itaparica; II - de ônibus interestaduais, no território do Estado da Bahia. Disponível em <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos?categoria%5B0%5D=2>>. Acesso em 07/06/20

³⁸ Decreto nº 46.980, de 19/03/2020: art. 4º, VIII - a partir da 0h (zero hora) do dia 21 de março de 2020, a circulação do transporte intermunicipal de passageiros que liga a região metropolitana à cidade do Rio de Janeiro, à exceção do sistema ferroviário e aquaviário, que operarão com restrições definidas pelo governo do Estado em regramento específico, para atendimento a serviços essenciais nas operações intermunicipais entre a capital e os municípios da Região Metropolitana do Rio de Janeiro; (...) IX - a partir da 0h (zero hora) do dia 21 de março de 2020, a circulação de transporte interestadual de passageiros com origem nos seguintes Estados: São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Distrito Federal e demais estados em que a circulação do vírus for confirmada ou situação de emergência decretada. Compete

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 665. Relator Ministro Luiz Fu x. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882713>>. Acesso em 07/06/2020

⁴⁰ Decretos dos Estados da Bahia (Decreto nº 19.549 de 18/03/2020), Goiás (Decreto nº 9.638 de 20/03/2020), Mato Grosso (Decreto nº 419 de 20/03/2020), Paraná (Decreto nº 10648 de 18/03/2020), Pernambuco (Decreto nº 48.834 de 20/03/2020), Rio de Janeiro (Decreto nº 46.980 de 19/03/2020), Rio Grande do Sul (Decreto nº 55.128 de 19/03/2020) e Santa Catarina (Decreto nº 525, de 23/03/2020).

pacto federativo pois invadiram a competência da União para legislar sobre normas gerais, como estabelecido no art. 24, §1º, da Constituição da República, e foram tomadas sem observar os critérios gerais definidos pela autoridade central competente (União) dispostos na Lei Federal nº 13.979/2020 (alterada pela Medida Provisória nº 926/2020) e no Decreto Federal nº 10.282/2020.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se em 30 de março de 2020:

Cabe a todos os entes federados atuar de forma conjunta na execução de ações e serviços de vigilância epidemiológica e de controle do surto de Covid-19 (novo coronavírus), em decorrência da competência material comum delineada pelo art. 23, II, da Constituição Federal e pormenorizada pelos arts. 16 e 18 da Lei 8.080/1990. 2. Há de se dar de forma linear e coordenada entre as unidades federadas o tratamento normativo da restrição do direito de locomoção, no contexto de implementação de medidas necessárias para mitigar as consequências da pandemia de novo coronavírus no território nacional. 3. Imposição unilateral de medidas tendencialmente voltadas ao fechamento de fronteiras, por meio da restrição ao transporte coletivo de passageiros e de cargas, bem como da restrição de ingresso de pessoas de outras unidades da Federação, aparenta desbordar dos limites da competência normativa dos Estados e dos Municípios e avança sobre o campo reservado à União para legislar sobre trânsito, transporte e normas gerais de proteção da saúde (Constituição Federal, arts. 22, XI, e 24, XII e § 1º). 4. Perigo na demora processual decorre dos riscos de lesão a direitos fundamentais – em especial aos direitos sociais à saúde e à alimentação –, devido ao fato de os atos normativos atacados não levarem em consideração, na imposição das medidas restritivas ao transporte coletivo de passageiros e cargas, os condicionamentos previstos pela Lei federal 13.979/2020, sobretudo as exigências de certeza científica quanto à eficácia das medidas (art. 3º, § 1º), recomendação técnica da Anvisa (art. 3º, VI, "b") e preservação das atividades e serviços de caráter essencial (art. 3º, §§ 8º a 11). Parecer pelo deferimento da medida cautelar.

Os autos encontram-se conclusos ao Relator desde 14 de maio de 2020.⁴¹

O conflito de competência entre a União e os Estados no que cerne a edição de normas sobre “locomção/transporte interestadual e intermunicipal” na contenção dos efeitos da pandemia do SARS-CoV-2 também foi objeto da ADI 6343 (com pedido de medida cautelar⁴²), proposta pelo Rede Sustentabilidade em 24 de março de 2020, Relator Ministro Marco Aurélio, argumentando que, após o Governo Federal editar a Medida Provisória nº 926/2020, que alterou a Lei nº 13.979/2020, iniciou-se uma “patente demonstração de queda de braço com os Estados” pois diversos governadores editaram decretos no sentido de combater a propagação da pandemia em seus territórios. Segundo o requerente, o Presidente da República editou a “citada medida provisória com o fim deliberado de lhe subordinar a competência constitucionalmente atribuída aos entes federados, ou seja, uma verdadeira inversão do pacto federativo”. Sustentou, ainda, a presença de um “verdadeiro emaranhado de exigências com o fim único de corromper a essência do pacto federativo” (“tríplice limitação”) após a edição da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020:

[...] a MP 926, de 2020, trouxe a limitação de que a restrição de locomoção intermunicipal seja condicionada à recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia federal. Por outro ponto, pela posição topográfica dessa mesma

41

Informação extraída do andamento do processo eletrônico. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882713>>. Acesso em 15/06/2020.

⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6343. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 07/06/2020.

alteração na Lei 13.979, de 2020, fica exigida a autorização do Ministério da Saúde para adotar a restrição supra. Já no que toca à MP 927, de 2020, estabelece-se para essa restrição a necessidade de disposição em ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura.

O Requerente destacou que com a publicação da Medida Provisória nº 926/2020 a redação do inciso VI, do art. 3º, da Lei nº 13.979/2020 foi alterada, permanecendo seu vínculo ao disposto no inciso II, do §7º, do art. 3º da mesma lei e ampliando a necessidade de autorização do Ministério da Saúde inclusive para “locomoção intermunicipal” (alínea ‘b’, do inciso VI, art. 3º da Lei nº 13.979/2020) ingressando, dessa forma, no âmbito de competência dos Estados. Nesse sentido foram apresentados na petição inicial os seguintes fundamentos:

a) Julgado do STF:

Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação de serviços de transporte intermunicipal. (...) A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito. [ADI 2.349, rel. min. Eros Grau, j. 31-8-2005, P, DJ de 14-10-2005.] = RE 549.549 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 25-11-2008, 2ª T, DJE de 19-12-2008.

b) Lei 12.587/2012, art. 17, I:

Art. 17. São atribuições dos Estados: I - prestar, diretamente ou por delegação ou gestão associada, os serviços de transporte público coletivo intermunicipais de caráter urbano, em conformidade com o § 1º do art. 25 da Constituição Federal.

- c) CF, Art. 30, V: “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.”

No tocante a Medida Provisória nº 927/2020, o Rede Sustentabilidade atentou que, após a sua publicação acrescentando o §6 ao caput do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, passou-se a exigir um ato conjunto de três Ministros – Saúde, Justiça/Segurança Pública e Infraestrutura – para dispor sobre o prescrito no inciso VI do caput do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, ingressando, mais uma vez, no âmbito de competência dos Estados no que cerne ao tema “locomoção intermunicipal”.

Concluiu a requerente que, mantidas as exigências das Medidas Provisórias nº 926/2020 e nº 927/2020, para um Estado tratar do transporte intermunicipal em seus domínios territoriais dependeria:

1. recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, (2) autorização do Ministério da Saúde e (3) observar as disposições de ato conjunto dos Ministros da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura. Um verdadeiro pandemônio burocrático com única finalidade de ceifar a autonomia dos Estados.

Ao final requereu o deferimento de medida cautelar para a suspensão: a) do trecho “e intermunicipal” da alínea ‘b’, do inciso VI, do artigo 3º da Lei nº 13.979/2020, conforme redação dada pela Medida Provisória nº 926/2020; b) do §6º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, conforme redação dada pela Medida Provisória nº 927, caso se trate de medidas adotadas por Estados e Municípios dentro de suas competências constitucionais; c) do trecho “desde que autorizados pelo Ministério da Saúde” do inciso II, do §7º, do art. 3º da Lei nº

13.979/2020, caso se trate de medidas adotadas por Estados e Municípios dentro de suas competências constitucionais.

Em 06 de maio de 2020, a maioria do Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente a cautelar para:

[...] i) suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal; e ii) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos no sentido de que as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo [...]

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PANDEMIA DO FEDERALISMO COOPERATIVO

Concomitantemente a análise individual da validade formal e material de atos normativos específicos dos entes federativos para contenção e enfrentamento da pandemia do SARS-CoV-2⁴³, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a pronunciar-se numa perspectiva teleológica mais abrangente sobre o conflito constitucional de competências entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios na ADPF 672 e ADI 6341.

A ADPF 672 (com pedido de medida cautelar⁴⁴) foi proposta, em 01 de abril de 2020, pelo Conselho Federal da Ordem dos

⁴³ Tratado no item anterior do presente artigo: locomoção/transporte interestadual e intermunicipal; e funcionamento de barbearia/salão de beleza.

⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 672. Relator Ministro Alexandre de Moraes.

Advogados do Brasil alegando que o Presidente da República praticou ações irresponsáveis e contrárias às orientações da Organização Mundial de Saúde e do próprio Ministério da Saúde que indicavam o distanciamento social como instrumento de prevenção e contenção da pandemia do novo coronavírus.

Argumentou o requerente que Governadores e Prefeitos que praticam medidas de contenção e enfrentamento da pandemia - com fundamento na Lei nº 13.979/2020, art. 23, II e art. 24, XII da Constituição de República - como suspensão de aulas, recomendação de adoção de trabalho remoto, fechamento de shoppings, comércios e parques, interrupção de atividades culturais e recreativas foram criticados e censurados pelo Presidente da República que, dessa forma, violou os preceitos fundamentais do direito à vida (art. 5º, caput, da CF), do direito à saúde (art. 6º, caput, e art. 196 da CF), o princípio federativo (art. 1º, caput, da CF) e a independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF).

Em 08 de abril de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes (Relator) asseverou que “na condução dessa crise sem precedentes recentes no Brasil e no Mundo” faz-se mister a otimização do federalismo cooperativo:

Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes [...]. Lamentavelmente [...] é fato notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades

federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade.

[...]

A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública [...].

Decidiu o Ministro Alexandre de Moraes que as medidas tomadas pelos Governadores e Prefeitos “quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração” devem ser respeitadas pois

Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Igualmente nos termos do artigo 24, XII [...] prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II [...].

Concluiu o Relator pela concessão parcial da medida cautelar determinando

[...] a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio,

atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIENCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.

A ADI 6341 (com pedido de medida cautelar)⁴⁵ foi proposta, em 23 de março de 2020, pelo Partido Democrático Trabalhista alegando que a Medida Provisória nº 926/2020 alterou e/ou incluiu vários dispositivos ao caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020 redistribuindo às competências dos entes federativos para a adoção de providências sanitárias no enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do SARS-CoV-2. A inicial destacou os seguintes dispositivos/temas impugnados:

[...] a redistribuição de poderes de polícia sanitária feita pela MP nº 926/2020 na Lei Federal nº 13.979/2020 interferiu nos contornos do regime de cooperação entre os entes federativos, pois confinou à “Presidência da República” (art. 3º, §§ 8º e 9º) ou ao “órgão regulador ou ao Poder concedente ou autorizador” (art. 3º, §§ 10º) as prerrogativas de isolamento (art. 3º, I), quarentena (art. 3º, II), interdição de locomoção (art. 3º, VI), de serviços públicos e atividades essenciais (art. 3º, § 8º) e de circulação (art. 3º, § 11).

O Requerente apontou várias inconstitucionais da Medida Provisória nº 926/2020 e, por arrastamento, do Decreto Presidencial nº 10.282/2020 que detalhou o *modus operandi* da execução das medidas sanitárias de isolamento, quarentena, restrição de locomoção e interdição de atividades e serviços essenciais, na medida que subtraiu a competência (CF, art. 18: violação da autonomia) administrativa

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6341. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em 08/06/2020.

comum dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde (CF, art. 23, II), dirigir o sistema único (CF, art. 198, I) e executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica (CF, art. 200, II) e promoveu uma “centralização de competência na ‘Presidência da República’ e no ‘órgão regulador ou ao Poder concedente ou autorizador’ (Lei Federal nº 13.979/2020, art. 3º, §§ 8º a 11, com redação da MP nº 926/2020)”

Ao final requereu o Partido Democrático Trabalhista o deferimento de medida cautelar para declarar a nulidade dos incisos I, II e VI, bem como dos §§ 8º, 9º, 10 e 11, todos do caput do artigo 3º da Lei Federal nº 13.979/2020, com redação dada pela MP nº 926/2020, e, por arrastamento, do Decreto nº 10.282/2020

[...] pronunciando-se sua inconstitucionalidade no sentido em que conota exclusividade à União para dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais – mediante decreto do Presidente da República (art. 3º, §§ 8º, 9º e 11) – e adotar as medidas descritas nos incisos I, II e VI do caput do artigo 3º da Lei Federal nº 13.979/2020 – “desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador” (art. 3º, §§ 10) –, resguardando-se, nos termos do artigo 18 da Constituição, a autonomia de polícia sanitária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para implementar as referidas providências, de competência administrativa comum (CF, art. 23, II; 198, I, e 200, II).

Em 24 de março de 2020, o Ministro Marco Aurélio (Relator) decidiu pela concessão da medida cautelar destacando que necessárias providências da União não afastam atos a serem praticados pelos Estados, Distrito Federal e pelos Municípios nos termos do artigo 23, inciso II da Constituição da República. Asseverou o Ministro que “O

Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.”⁴⁶

Em 15 de abril de 2020 a medida acauteladora foi submetida ao crivo do Plenário do Supremo Tribunal Federal ⁴⁷que

[...] por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.⁴⁸

A Corte enfatizou a gravidade da atitude do Governo Federal de tentar impedir que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementassem as políticas públicas essenciais ao enfrentamento da pandemia do novo coronavírus. Asseverou que a Lei nº 13.979/2020 sobreveio da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica., entretanto, isso não afastaria a necessidade de resguardar a competência concorrente dos demais entes federativos na tomada de providências normativas e administrativas, no exercício de suas autonomias, na execução dos serviços de saúde.⁴⁹

Pertinentes as transcrições de trechos dos votos de alguns Ministros:

⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6341. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>> Acesso em 12/06/2020.

⁴⁷ Primeira sessão do Plenário do STF realizada inteiramente por videoconferência (Resolução 672/2020/STF)

⁴⁸ Primeira sessão do Plenário do STF realizada inteiramente por videoconferência (Resolução 672/2020/STF)

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Compilação dos Informativos n. 972 a 975. Abril de 2020. Data da divulgação 13/05/2020, p. 06. Disponível em <[www.stf.jus.br > arquivo > cms > anexo > Informativomensaldeabrilde2020](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/anexo/Informativomensaldeabrilde2020)>. Acesso em 11/06/2020.

a) Ministro Alexandre de Moraes

Obviamente que a competência comum administrativa não significa que todos podem fazer tudo. Isso gera bagunça. Significa que a partir da predominância do interesse, a União deve editar normas de interesse nacional, os estados, regional e os municípios visando o seu interesse local. Não é possível que ao mesmo tempo a União queira ter monopólio da condução normativa da pandemia sobre estados e municípios. Isso não é razoável. Como não é possível que os municípios queiram se tornar repúblicas autônomas dentro do Brasil.⁵⁰

b) Ministro Gilmar Mendes

[...] a despeito da competência da União, subsistem as competências dos Estados e Municípios para lidar com o tema. Diante do intrincado e complexo regime jurídico de repartição de competências federativas, o STF tem buscado esclarecer, de forma mais didática, que é competência comum dos entes federativos a adoção de ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da Covid-19. Assim, a princípio, tanto a União, quanto os Estados e os Municípios podem (e devem) adotar imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas.

[...]

há duas lealdades que precisam ser explicitadas. Os órgãos constitucionais têm que atuar de forma leal e fiel ao texto constitucional. Além disso, eles devem reciprocamente lealdade federativa. O Presidente da República não pode atropelar competências federativas, assim como os Estados e Municípios não podem atropelar as competências da União. [...] É preciso entender nesse

⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Comarca de Araras, 2ª Vara Cível. Decisão. Processo Digital nº:1002498-40.2020.8.26.0038. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/A288315ADEFB6F_arara_sflexibilizacaoquarentena.pdf>. Acesso em 11/06/2020.

sentido de que há um dever recíproco de respeito e coordenação no exercício dessas competências federativas.⁵¹

c) Ministro Edson Fachin

[...] no âmbito do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição da República, a delegação de competência a um dos poderes do Estado não pode implicar, sob o ângulo material, a hierarquização dos poderes ou das esferas de Governo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou da repartição constitucional de competências federativas em matéria de saúde em tempos do novo coronavírus, destacando que houve um desprezo ao federalismo cooperativo na medida que foram indicados caminhos normativos diversos provocando inseguranças jurídica, social e sanitária.

Em 25 de maio de 2020 o Ministro Luís Roberto Barroso foi empossado presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Ao final de seu discurso deixou uma reflexão: “Tem se falado que, depois da crise, haverá um novo normal. E se não voltássemos ao normal? E se fizéssemos diferente?”

Essa conduta “diferente” no tocante ao pacto federativo será o estabelecimento de um diálogo institucional e republicano entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no sentido de que o enfrentamento da continuidade dos efeitos da pandemia do SARS-CoV-2, até que uma vacina esteja disponível, seja uma meta comum e conciliável para que o debate raso do varejo político não suplante a

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6341. Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://www.conjur.com.br>> voto-gm-competencia-concorrente>. Acesso em 11/06/2020.

promessa constitucional (CF, art. 196) de que a saúde de todos será garantida mediante políticas públicas com propósito na redução do risco de doenças.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Comentários ao Art. 24**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed., São Paulo: Altas S/A, 2010.

BAHIA. **Decreto nº 19.549 de 18 de março de 2020**. Declara Situação de Emergência em todo o território baiano, afetado por Doença Infecciosa Viral - COBRADE 1.5.1.1.0, conforme a Instrução Normativa do Ministério da Integração Nacional nº 02, de 20 de dezembro de 2016, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19, e dá outras providências. Disponível em <
<http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos?categoria%5B0%5D=2>
>. Acesso em 07/06/2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de Direito Constitucional*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020.** Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.344, de 08 de maio de 2020.** Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10344.htm>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>> Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020.** Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Coronavírus COVID 19. O que você precisa saber. Como se proteger.** Disponível em

<<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#como-se- proteger>>. Acesso em 01/06/2020.

CAMBI, Eduardo. **Normas gerais e fixação da competência concorrente na federação brasileira**. Revista de Processo, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 244-261, out-dez. 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5ª ed. atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

MARANHÃO. **Decreto nº 35.784 de 03 de maio de 2020**. Disponível em: <<https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/wpcontent/uploads/2020/05/DECRETO-35.784- DE-3-DE-MAIO-DE-2020.pdf>>. Acesso em 06/06/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gutavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. **Um novo pacto federativo para o Brasil**. São Paulo: Celso Bastos. 1999

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p.127-162, abr.-dez. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em 04/06/2020.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 46.980 de 19 de março de 2020**. Atualiza as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (covid-19) em decorrência da situação de emergência em saúde e dá outras providências. Disponível em <<https://pge.rj.gov.br/covid19/estadual/decretos>>. Acesso em 06/06/2020.

SERGIPE. **Decreto nº 40567, de 24 de março de 2020**. Atualiza, consolida e estabelece novas medidas de enfrentamento e prevenção à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus) no Estado de Sergipe, e dá outras providências. Disponível em <<https://www.pge.se.gov.br/decretos/>>. Acesso em 05/06/2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007

_____. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 665**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882713>>. Acesso em 07/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 672**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>>. Acesso em 07/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5356**. Relator Ministro Edson Fachin, Red. p/acórdão Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4817597>>. Acesso em 08/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em 08/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://www.conjur.com.br> > voto-gm- competencia-concorrente>. Acesso em 11/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em <<https://www.conjur.com.br> > voto-edson-fachin-acoes-competencia>. Acesso em 11/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6343**. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em:<
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>.
Acesso em: 07/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Compilação dos Informativos n. 972 a 975**. Abril de 2020. Data da divulgação 13/05/2020, p. 06. Disponível em <www.stf.jus.br > arquivo > cms > anexo > Informativomensaldeabrilde2020>. Acesso em 11/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 1.247.930-AgR/SP**, 1ª Turma. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825659809/agra-no-recurso-extraordinario-agr-re-1247930-sp-sao-paulo-2010187-7220198260000/inteiro-teor-825659819>>. Acesso em 08/06/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **SS 5383**. Relator Ministro Presidente Dias Toffoli. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS5383.pdf>. Acesso em 08/06/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Comarca de Araras, 2ª Vara

Cível. Decisão. Processo Digital nº: 1002498-

40.2020.8.26.0038. Disponível em

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/A288315ADEFB6F_ararasflexibilizacaoquarentena.pdf>. Acesso em 11/06/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. **Mandado de Segurança nº 0004311-66.2020.8.25.0000**. Disponível em:

<<https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>>.
Acesso em 06/06/2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL **Discurso de posse do Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 25 de maio de 2020.** Disponível em
<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/discurso-de-posse-ministro-luis-roberto-barroso-25-05-2020/rybena_pdf?file=http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/discurso-de-posse-ministro-luis-roberto-barroso-25-05-2020/at_download/file>. Acesso em 10/06/2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV).** Genebra, 30 jan. 2020. Disponível em
<<https://www.who.int/>>. Acesso em 01/06/2020.

_____. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic.** Disponível em
<<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em 01/06/2020.

Juegos de azar y casinos: la experiencia española y una sugerencia de debate doctrinal para Brasil

José Eugenio Soriano García¹
Cláudia Ribeiro Pereira Nunes²

Resumen

La tradicional aproximación doctrinal a los juegos de azar, solía hacerse desde dos *Códigos*, el Civil, para limitarlo, y el Código Penal para prohibirlo. Pero la moderna regulación de juegos de azar se ordena desde el Derecho Público y más concretamente desde el Derecho Administrativo, en cuanto se trata de una intervención pública sobre un tipo de esparcimiento de carácter recreativo, vinculado al ocio y al turismo. Ese es el objetivo general del artículo, que resulta del esfuerzo conjunto entre académicos de Brasil (UVA) y España (UCM) sobre este tema concreto, juegos de azar y casinos. En particular, se analiza la experiencia española, con la brevedad que requiere el caso, al objeto de ofrecer una experiencia comparada que pueda resultar útil para ayudar el debate doctrinal.

Palabras-llaves: Posible función social. Regulación. Riesgo aleatorio.

¹PhD. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid (UCM). E-mail: jesorian@der.ucm.es .

²PhD. Professora Colaboradora do Mestrado. Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Visiting Fellow at Yale University. E-mail: claudia.ribeiro@yale.edu .

Abstract

The traditional approach to the Spanish gambling regulation has fallen traditionally within the scope of the two Codes: the Civil Code, which set up their limits, and the Penal Code, which defines the prohibited practices. But the modern approach to gambling and games of chance regulation is done from the Public Law, and in particular, the Administrative Law on the grounds of the public intervention on recreational practices linked with leisure and tourism. The general objective of this paper, which results from the joint analysis of scholars from Brazil (UVA) and Spain (UCM), is focused in gambling and casinos. Particularly, it analyses in short the Spanish experience, in order to allow a comparative study that can be useful to foster further doctrinal debates.

Keywords: Games of chance, Social function. Gambling Regulation. Random risk.

Consideraciones Preliminares

La existencia de juegos de azar es tan antigua como la civilización misma. Reconocidos desde la Grecia clásica, sus fundaciones se remontan a la propia mitología, con Mercurio y Selene, y a la filosofía, con Platón y sus comentarios sobre los egipcios en Las Leyes – 709b. En Roma, la Diosa Fortuna de los romanos, con su rueda y cornucopia, representa el azar.

Pasando los siglos, el viejo puritanismo expresa su frontal oposición, tal como expresa en la carta que George Washington dirigió a su sobrino en 1783, hacía del juego “la madre de todos los vicios”.

Podríamos dedicar, literalmente, cientos de páginas a la historia

del juego, inclusive con expresión cinematográfica (¿Quién no recuerda “El Golpe” – “The Sting”, “Casino” o mismo “El Rey del Juego”, entre otras muchas de películas?), en fin constatase su decisivo impacto en la sociedad mundial.

Hay que distinguir entre juegos privados y los organizados por el propio Estado, los primeros prohibidos en gran medida, se desarrollan en ámbitos no propiamente lucrativos sino meramente lúdicos, mientras los públicos, por el contrario, se fomentan por su impacto en el erario público a través de tasas y exacciones.

En este artículo, los juegos de azar dejan de ser tratados en este ámbito personalista y son abordados desde la perspectiva regulatoria pública, con un claro componente social, donde la participación de los demás es, resueltamente fomentada con la posibilidad de intervenir en el dinero ganado en dicho riesgo aleatorio en beneficio de la cosa pública.

La metodología empleada en este artículo, es la revisión de literatura integrada de autores españoles, y la jurisprudencia relevante, con el fin de introducir el debate en Brasil desde la vis atractiva del Derecho Público.

1 La tradición de juegos de azar y su numerosos cambios hasta el día de hoy

El primer ordenamiento español, de Alfonso X - el Sabio – condenaba sólo a los tahúres.

Tiempo después, ya en siglo XIX, el Código Civil Español de 1889, y referido a los juegos privados, venía incluyendo los juegos

dentro de los contratos aleatorios³ y, específicamente, respecto de los juegos y apuestas, indicando en su Capítulo III - Del juego y de la apuesta, *in verbis*:

Artículo 1798 CP: La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes.

Artículo 1799. Lo dispuesto en el artículo anterior respecto del juego es aplicable a las apuestas. Se consideran prohibidas las apuestas que tienen analogía con los juegos prohibidos.

Artículo 1800. No se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota y otros de análoga naturaleza.

Artículo 1801. El que pierde en un juego o apuesta de los no prohibidos queda obligado civilmente. La Autoridad judicial puede, sin embargo, no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruzó en el juego o en la apuesta sea excesiva, o reducir la obligación en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia.

Es decir, en el Derecho Civil, los juegos y apuestas, como regla general, están prohibidos, pero es una prohibición meramente civil. Esto es, podía practicarse, pero daba lugar a una mera *obligación natural*, una especie de derecho suave o *soft law*, que permitía que se hiciera el juego pero que no suponía obligación de pago; eran en su caso, derechos no ejercitables. También, había una excepción, (ejercicio del cuerpo), lo que hoy llamaríamos “deporte”, porque dependían al final de la destreza propia y no del azar. Ratificando el pensamiento, las “Circulares de la

³Código Civil Español de 1889. DISPOSICIÓN GENERAL. Artículo 1790. *Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.*

Fiscalía del Tribunal Supremo” como la de 14 de octubre de 1889, venía a confirmar que era el azar lo que se prohibía⁴.

Comienza el cambio con la despenalización del juego en el Real Decreto Ley 16, de 25 de febrero de 1977 se regulan los Aspectos Penales, Administrativos y Fiscales de los Juegos de Suerte, Envite o Azar y Apuestas y una Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de febrero de 1988, que ya admite una interpretación favorable al pago, con carácter claramente contractual y de cumplimiento exigido. Ello gracias a que en el Derecho Público ya se admitió, bien que regulado, dicha exigencia de pago de la ganancia obtenida en los juegos y apuestas⁵.

En seguida, la Constitución Española de 1978, el artículo 148. 18, atribuye a las Comunidades Autónomas “la adecuada utilización del ocio”, al mismo tiempo que la legislación económica y financiera fundamental del Reino de España, sigue siendo estatal. Los distintos tipos de juego, su naturaleza pública o privada, la demanda y oferta, la seguridad jurídica, fiabilidad, ludopatías, organización administrativa del juego, juego “en línea” (en la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2009 sobre la integridad de los juegos de azar en línea) o juego virtual en Internet, blanqueo de capitales, protección a la infancia y menores de edad, régimen fiscal, disciplina sancionatoria, etc.

La Ley 13, de 27 de mayo de 2011, tras la regulación del juego supuso un cambio notable en la consideración del juego, como un instituto en Derecho Público y regulado por el Derecho Administrativo. Y todo ello, teniendo presente las normas europeas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en múltiples aspectos.

⁴ LAFAILLE, Jean-Marc. SIMONIS, Guy. El juego diseccionado. Un análisis conceptual sobre los jugos de zar, Madrid: IPOLGOB-UC3M, 2005, p. 29.

⁵ LAFAILLE.SIMONIS. *Op. Cit.*, 2005, p. 34.

2 Aspectos de la Ley 13/2011, de 27 de Mayo, de Regulación del Juego en España y algunas sugerencias para debate en Brasil

Importa destacar que esencialmente se trata de una Ley típicamente administrativa, esto es, que lo que interesa a esta legislación es, con carácter fundamental, disponer de una serie de instrumentos de intervención pública que se atribuyen a las Administraciones Públicas.

El núcleo fundamental de la Ley es pues la regulación. Y se parte de un conjunto de prohibiciones, definiciones, y potestades de control sobre la actividad del juego. Se somete a títulos habilitantes – esto es, los títulos administrativos que permiten la realización de la actividad lúdica, y que esencialmente son licencias y autorizaciones – y a un importante régimen sancionador (aspecto típico de toda actividad intervenida públicamente).

Típicamente, el juego a que se refiere esta Ley es aquél en que se crucen cantidades de dinero, no el juego que consista en puro pasatiempo o deporte :(Se entiende por juego toda actividad en la que se arriesguen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables en cualquier forma sobre resultados futuros e inciertos, dependientes en alguna medida del azar, y que permitan su transferencia entre los participantes, con independencia de que predomine en ellos el grado de destreza de los jugadores o sean exclusiva o fundamentalmente de suerte, envite o azar. Los premios podrán ser en metálico o especie dependiendo de la modalidad de juego).

El objeto de la Ley es claro: la regulación de la actividad de juego, en sus distintas modalidades, que se desarrolle con ámbito estatal con el

fin de garantizar la protección del orden público, luchar contra el fraude, prevenir las conductas adictivas, proteger los derechos de los menores y salvaguardar los derechos de los participantes en los juegos.

Hay que tener en cuenta, además, lo establecido en los Estatutos de Autonomía (equivalente, *pari passu* a las Constituciones de los Estados federados).

Y hay que tener en cuenta, tema importante, que cualquier modalidad de juego no regulada se considerará prohibida (mala prohibida, es decir, son actos ilícitos porque lo dispone así la ley). Por tanto, hay una reserva de actividad, lo cual, supone que no se puede realizar juego alguno en que se cruce dinero. Hay una prohibición con reserva de dispensa, ya que *quod non est permissum prohibitum intelligunt*.

Ello llevó inicialmente a que fuera el Ministerio del Interior el encargado de otorgar las licencias y autorizaciones para el desenvolvimiento de la actividad. Esto es, se consideraba una actividad de *policía* (dentro del tríptico tradicional de actividades administrativas: policía, fomento y servicio público).

Sin embargo, más modernamente, se ha trasladado el eje de la intervención administrativa, desde la intervención basada en orden público (en sentido amplio) a la intervención fundada en recaudación fiscal. Está primando desde luego, hoy en día, la Hacienda Pública sobre la propia del Ministerio de Interior. Y, creemos, que se puede considerar que el paso futuro estará ligado a su vez, a fomento, esto es, a la actividad de promoción exterior, basada en el turismo. De ahí que indique la Ley (art. 5.1) “El Ministerio de Economía y Hacienda establecerá, por Orden Ministerial, la reglamentación básica para el desarrollo de cada juego o, en el caso de juegos esporádicos, las bases generales para la aprobación

de su práctica o desarrollo”.

En todo caso, existen una serie de prohibiciones objetivas (*in genere* la dignidad de las personas) y objetivas, basadas en circunstancias concretas: (*in genere* que exista un conflicto de interés- tales como árbitros, miembros del equipo jugador, o de la Comisión Nacional del Juego, y, caso curioso de auto prohibición, los de las propias personas que hayan solicitado que se les impida a ellas mismas jugar).

La exigencia de tales “títulos habilitantes” (licencias y autorizaciones) llega al punto de extenderse a la publicidad y patrocinio de todo juego. Es decir, el título que habilita mediante la oportuna decisión administrativa a la realización de la actividad en que el juego consiste, se expande, extendiéndose a todos los aspectos ancilares y vinculados a la propia actividad de juego. Los títulos administrativos tienen pues una “fuerza expansiva” muy notable en todo lo que hace a los juegos de azar.

Tema importante y que afecta al derecho de la competencia, es el referido a la limitación del número de licencias.

Art. 10.1 Las bases que rijan la convocatoria no limitarán el número de licencias que pudieran ser otorgadas, salvo que a propuesta de la Comisión Nacional del Juego y sobre la base del procedimiento instruido a tal efecto en el que se dará audiencia a los posibles interesados, se considere necesario dimensionar la oferta del juego objeto de la convocatoria y limitar el número de operadores. La limitación del número de operadores se fundará exclusivamente en razones de protección del interés público, de protección de menores y de prevención de fenómenos de adicción al juego.

En nuestra opinión, debería en estos casos de limitación, informar, aunque con carácter no vinculante, la correspondiente Autoridad de Competencia (en Brasil, el CADE). Es clave que exista

conurrencia entre operadores, pero, teniendo en cuenta todos los bienes públicos en juego (control policial, fiscalidad, atracción turística...) parece aceptable que exista esta limitación. Lo cual lleva, sin solución de continuidad, a que tales licencias se otorguen por concurso – subasta, y siempre con carácter temporal, para garantizar el mejor fruto para los intereses generales y la fluidez en los operadores económicos. Normalmente las licencias se otorgan por 10 años.

Además, naturalmente, de los requisitos comunes de este tipo de licencias y autorizaciones, tal como dice la Ley en este mismo precepto, que permiten que en las bases de la convocatoria se podrán incluir como criterios que habrán de ser tenidos en cuenta en el otorgamiento, la experiencia de los concurrentes licitadores, su solvencia y los medios con los que cuenten para la explotación de la licencia.

Entre los requisitos de las licencias, y muy ligado a la lucha contra la corrupción, figura el que en todo caso se tendrá presente la prevención del blanqueo de capitales (y de la financiación del terrorismo, que es un tema hoy fundamentalmente europeo, pero que en Brasil debería estar ligado al crimen organizado).

Evidentemente si se incumplen las condiciones de las licencias y autorizaciones, cae por su base el título habilitante y debe resultar caducado, debiendo cesar en la actividad.

La organización administrativa tiene dos ejes principales. De un lado, el propio Ministerio de Economía y Hacienda. Y, en segundo lugar, la Comisión Nacional del Juego (luego derogada y extinta, y cuyas atribuciones pasaron directamente a la Administración General del Estado, a través de una Dirección General) cuyo modelo, no obstante, los cambios legislativos, consideramos más útil todavía para Brasil que el modelo centralizado, dado el carácter federal de la Constitución

brasileña.

De ahí que continuemos hablando de la Comisión Nacional del Juego, donde estarían representados todos los Estados brasileños.

Hoy, la regulación principal y básica corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda. La Comisión, atiende al desarrollo de esa regulación básica y a los criterios técnicos del juego, así como la presencia efectiva *in situ* mediante inspecciones, auditorías, etc.

Finalmente, existe como en toda regulación administrativa, un régimen sancionador. Corresponde a esa Comisión la imposición de las sanciones. Las infracciones administrativas en esta materia se clasifican en muy graves, graves y leves.

Se trata de reprimir las conductas que atenten a la ordenación del juego, a las exigencias propias de un juego de azar. Conviene, descriptivamente, recordarlas. Son infracciones muy graves:

- a) La organización, celebración o explotación de las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley careciendo del título habilitante correspondiente.
- b) Realizar, promocionar, permitir o consentir, expresa o tácitamente, la organización, celebración o explotación de las actividades objeto de esta Ley en medios o soportes o por canales de distribución no autorizados y, en particular, mediante el empleo de software, sistemas de comunicación, materiales o equipos no autorizados o no homologados.

- c) La cesión del título habilitante, así como su transmisión en los supuestos previstos en el artículo 9.3 de esta Ley, sin la previa autorización de la Comisión Nacional del Juego.
- d) La obtención de las correspondientes autorizaciones o licencias mediante la aportación de documentos o datos falsos e inciertos.
- e) El impago injustificado y reiterado de los premios que correspondieren a los participantes de los juegos.
- f) La alteración o manipulación de los sistemas técnicos previamente homologados o de cualquier otro elemento relativo a la obtención de premios en perjuicio de los participantes.
- g) La realización de actividades de juego infringiendo la reserva establecida en el artículo 4 de esta Ley.
- h) La comisión de dos infracciones graves en el plazo de dos años, con sanción definitiva en vía administrativa.
- i) El desarrollo y la comercialización a través de Internet de actividades de juego en el ámbito de aplicación de esta Ley, que no sean realizadas en el sitio web específico bajo «.es» establecida en esta Ley.
- j) El incumplimiento de la obligación de redireccionamiento referida en esta Ley.

Puede comprobarse como se trata de los ataques más severos a los títulos habilitantes. Se exponen simplemente, ya que ahora, en este trabajo, lo que se pretende es iniciar el estudio a los juegos de azar, por lo que solamente una monografía completa nos ofrecería espacio para su comentario. Asimismo, y con graduación clara, existen las infracciones graves. Obsérvese de nuevo la graduación de las infracciones. Son infracciones graves:

- a) El incumplimiento de los requisitos y condiciones fijados en el título habilitante y, en particular, de los deberes de control para garantizar la seguridad de los juegos.
- b) Permitir el acceso a la actividad de juego a las personas que lo tienen prohibido, de conformidad con el artículo 6 de esta Ley, siempre que la entidad explotadora de juegos conozca o deba conocer la concurrencia de tales prohibiciones.
- c) La concesión de préstamos o cualquier otra modalidad de crédito a los participantes por parte de los operadores.
- d) Efectuar la promoción, patrocinio y publicidad de los juegos objeto de esta Ley, o actuaciones de intermediación, cuando quienes lo realicen carezcan de título habilitante o se difundan con infracción de las condiciones y límites fijados en el mismo o infringiendo las normas vigentes en esta materia, cualquiera que sea el medio que se utilice para ello.
- e) El incumplimiento de los requerimientos de información o de cese de prestación de servicios dictados por la autoridad encargada de la regulación del juego que se dirijan a los proveedores de servicios de pago, prestadores de

servicios de comunicación audiovisual, prestadores de servicios de la sociedad de la información o de comunicaciones electrónicas, medios de comunicación social, agencias de publicidad y redes publicitarias.

- f) La obstrucción, resistencia o excusa a la función de inspección y control así como la ocultación o destrucción de la información, documentos o soportes de la misma.

- g) La negativa reiterada de los operadores u organizadores a facilitar la información que le sea requerida por la Comisión Nacional del Juego.

- h) La negativa reiterada a atender las reclamaciones o quejas formuladas por los participantes o la Comisión Nacional del Juego.

- i) El incumplimiento de las obligaciones de comunicación de aquellas modificaciones efectuadas en la composición, sede, capital y titularidad de las acciones o participaciones de las personas jurídicas habilitadas, en el plazo de tres meses desde que se hubieran realizado.

- j) El incumplimiento de los requisitos técnicos de los reglamentos o del pliego de bases relativos al software y a los sistemas de comunicación.

- k) La utilización de sistemas técnicos no homologados o no autorizados.

- l) La fabricación, comercialización, mantenimiento o distribución de material de juego propiedad de los operadores que desarrollen actividades de juego objeto de reserva en esta Ley sin la debida autorización.
- m) El impago de los premios que correspondieren a los participantes en los juegos.
- n) La comisión de dos infracciones leves en el plazo de dos años, con sanción definitiva en vía administrativa.

Finalmente, existen infracciones leves:

- a) La participación en actividades de juego, contraviniendo las prohibiciones establecidas en esta Ley.
- b) Los incumplimientos de las obligaciones contenidas en esta Ley, cuando no estuvieren expresamente tipificadas como infracciones graves o muy graves.
- c) No colaborar con los inspectores o agentes de la autoridad en relación con el desarrollo de las actividades de juego o lo relacionado con la comprobación del sorteo o evento en cuya virtud se obtengan los premios.
- d) No informar debidamente al público de la prohibición de participar a los menores de edad y a las personas incluidas en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego.

- e) No informar al público sobre el contenido del título habilitante del operador de juego.

Por ultimo, cabe indicar que las sanciones son acordes con la infracción cometida

1. Las infracciones calificadas como leves serán sancionadas por la Comisión Nacional del Juego con:
 - a) Apercibimiento por escrito.
 - b) Multa de hasta cien mil euros.

2. Las infracciones calificadas como graves serán sancionadas por la Comisión Nacional del Juego con las siguientes sanciones:
 - a) Multa de cien mil a un millón de euros.
 - b) Suspensión de la actividad en España por un plazo máximo de seis meses.

3. Las infracciones calificadas como muy graves serán sancionadas por el titular del Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Juego, con multa de un millón a cincuenta millones de euros.

Además de la multa, podrá imponerse la pérdida del título habilitante, la inhabilitación para la realización de las actividades previstas en el artículo 1 de esta Ley por un período máximo de cuatro años o la clausura de los medios por los que se presten servicios de la sociedad de la información que soporten las actividades de juego.

3 La idea de los sectores o categorías del Jugos de Azar en

Europa Y las Posibilidades para Brasil

A) Loterías

A.1) Lotería Nacional. En España es un juego antiguo. El primer sorteo fue celebrado el 10 de diciembre de 1763, realizado por impulso del Monarca Carlos III, quien previamente había sido Rey de Nápoles, y utilizó la fórmula que hoy conocemos como “Lotería Primitiva”, esto es, el juego consistente en acertar una combinación numérica tras rellenar un boleto a mano por el jugador.

Luego, tras la Guerra de la Independencia contra Napoleón, en 1811, adoptó la forma actual consistente en un juego de azar por el que el jugador compra un “billete”, que se divide en “décimos” y tras un sorteo público, quien acierta el número, se lleva el premio; y existen segundos y terceros premios, cada uno con una recompensa numérica.

Aunque hay sorteos periódicos, el más importante es “El Gordo”, que corresponde con el Sorteo Extraordinario de Navidad, probablemente el mayor sorteo de lotería de todo el mundo. Es todo un acontecimiento nacional, cultural, insertado en la mente de las familias, de los pueblos y villas, retransmitido por televisión y aceptado como elemento importante de las fiestas de Navidad. Luego hay otros varios sorteos importantes y también semanales, unidos a los extraordinarios que pueden atender a diversas causas.

La extraordinaria popularidad de este juego se basa en un bien descrito fenómeno “psicológico – económico”, denominado “envidia preventiva” (alarma individual consistente en que toque el premio a los amigos, conocidos...y además enterarse). Por eso, es frecuente la compra colectiva (en empresas, organizaciones de todo tipo) en que todos compran el mismo número... por si acaso. También se une cierta generosidad, al repartir entre amigos y familiares, con el deseo, de “felicidad preventiva”, esto es, de comprobar que uno actúa como un

Ángel repartiendo prosperidad a los demás. Cara y cruz de la misma moneda, ello lleva a que se juegue anualmente una cantidad cercana a los 5.000 Mills., de Euros, repartiendo en premios unos 3.300 Mills., de Euros., y ofreciendo al Estado, unos 1700 Mills., de Euros (cifra global promediada de los últimos 25 años, aproximadamente y de forma general para ofrecer un panorama al lector)⁶. Su transparencia es total, siendo la clave de su subsistencia a lo largo de varios siglos.

A.2) Lotería Primitiva. Como en muchas sociedades latinas, el juego, forma festiva y recreativa, es un componente lúdico del ocio que permite al ciudadano una distracción y felicidad enorme. Lo cual se traduce en que, debidamente fomentado por los poderes públicos, no exista una sola variedad de juego, ni siquiera dentro de los mismos géneros.

Y eso sucede con la Lotería, en que además de la fuerte presencia de la Lotería Nacional, cobra fuerza creciente la original “Lotería Primitiva”, ya descrita *ut supra*. A su vez, la Lotería Primitiva, se desglosa en diferentes variantes: “La Primitiva”, “El Joker”, “Bonoloto”, “El Gordo de la Primitiva”, “Euromillones”.

Las ventas anuales, globalmente consideradas, rondan aproximadamente los 4.000 Mills., de Euros. Los premios alcanzan cerca de los 2.000 Mills. de Euros. Y por tanto el beneficio para las arcas públicas, en forma de margen, otros 2.000 Mills. de Euros⁷.

B) Apuestas Deportivas

Aquí, el juego de azar se combina con el conocimiento del jugador, quien se supone apuesta sabiendo por su experiencia quien es el mejor deportista. Hoy son crecientes las apuestas en línea si bien las

⁶YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Anuario del Juego en España. Madrid: Fundación CODERE. 2016, p. 148.

⁷ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Op. Cit. , 2016, p. 149.

prototípicas en España han sido las futbolísticas e hípcas.

En las futbolísticas presenciales de gestión pública, la financiación de los distintos clubes de fútbol vía derechos de imagen, obliga a dispersar la retransmisión televisiva, fragmentándola en horarios incompatibles con la atención continuada al resultado de los partidos. La consecuencia es una cierta disminución del volumen de apuestas y la creación de un mercado “nicho” para aficionados estrictos al balompié. Así en el año 2015, generó un volumen de ventas de 268,5 Mills. de Euros. En premios repartió 157,5 Mills. de Euros. Y el impuesto para el Estado fue de 59 Mills. de Euros. Otra fórmula llamada Gol (acertar número de goles) genera apenas 10 Mills. de Euros⁸.

Y en cuanto a las apuestas hípcas, debido a la mala gestión de los hipódromos, apenas genera un volumen de 5 Mills. de Euros⁹.

En ambos casos, la regulación es estatal, se gestionan por la SELAE, y continúan una larga tradición, en que tampoco hubo escándalos ni corrupciones, lo que permitió que estos juegos, que nacieron en una gallera de Santander en 1929, hayan podido continuar (Bar gallera, “La calle altera”). Pero están destinados a reducirse paulatinamente, aunque siempre tendrán su público.

Al mismo tiempo, existen apuestas deportivas de gestión privada, que en salones de juegos, bares, (además de Internet), están autorizadas en determinadas Regiones. Y su volumen ya sí es alto, alcanzando en 2015 los 1.215 Mills., de Euros¹⁰.

C) Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE)

⁸ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 150.

⁹ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 150-151.

¹⁰ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 152.

La ilusión del juego organizado por esta Corporación de Derecho Público supervisada por la Administración Pública se combina con su acción social. Es pues privada, como toda corporación, aunque tenga una fuerte intervención pública, similar a la de un Colegio profesional (de Abogados por ejemplo). Pero, además, se extrema la supervisión administrativa con el fin de garantizar que su amplio patrimonio acumulado durante décadas, continúe intacto al servicio de sus finalidades sociales, que sabemos consiste en el cuidado de los ciegos y, después, de otros colectivos necesitados por su discapacidad.

Actualmente sufre la competencia de otras variedades de lotería, lo que lleva a un cierto estancamiento en sus ventas, pese a su popularidad. El carácter solidario ha sido un incentivo para su mantenimiento, pero la existencia de esa concurrencia, hay que insistir, lleva a una cierta hibernación de su penetración en los mercados de juegos de azar. En el último año registrado (2015) su volumen de negocios fue de 1806 Mills., de Euros¹¹.

D) Bingos

En el último año registrado, 2015, en España había 308 salas de Bingo abiertas, algunas más en fase de cierre¹². Normalmente de naturaleza estrictamente privada, pero como todo el juego, sujeto a supervisión para evitar cualquier clase de estafa. Las localidades alcanzan 110.000 con una media de 335 por cada Sala de Bingo¹³. Las normas son de carácter regional (estatal en Brasil), y son muy diferentes, ya que hay Regiones que establecen limitaciones al número de salas y otras que fijan distancia entre las salas y finalmente, otras que permiten la completa libertad de establecimiento. Unen en muchas ocasiones máquinas de juego que complementan el clásico “cartón” de bingo. El

¹¹ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 154.

¹² YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 156.

¹³ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 157.

número de visitas alcanza la estimación de 37, 5 millones de jugadores¹⁴.

El Bingo va conociendo la modalidad de “Bingo electrónico” que sin duda va creciendo y la totalidad de facturación alcanza la cantidad de 1846,54 Mills. de Euros¹⁵.

E) Casinos

Sin duda alguna, ligados al sector turístico – del que también deben formar parte- al constituir un centro de atracción permanente, estable, perfectamente identificado y en el que el viajero y el turista conoce de antemano la existencia de un lugar de esparcimiento, de carácter recreativo en el que puede resultarle grata estancia por algún tiempo para su diversión lúdica. Y ello multiplicado por los cruceros, que pueden desembocar en los puertos brasileños para incorporar a turistas y viajeros a sedes de diversión formalizadas en las que exactamente el Casino sea el centro de gravedad permanente de su recreo. Se multiplica así la oferta turística, sin duda. Así ocurre en lugares bien conocidos mundialmente, como Estoril en Portugal o Mónaco.

Por consiguiente, es clave que todas las políticas y sus regulaciones, sobre los Casinos, estén unidas a una estrategia turística, sin la cual, el público nacional por sí solo, no dará suficiente para constituir un recurso generador de toda una escala de negocio. Hay que pensar en el turista – interior y extranjero- e incorporar el Casino dentro de una política y derecho del turismo.

En España, hoy, la legislación del juego tiene gran parte de regional, sin perjuicio de algunas reglas básicas nacionales. En total, existen unos 50 casinos en España (incluyendo salones de juego con permiso de jugar ruleta y póker)¹⁶.

¹⁴ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 159.

¹⁵ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 163.

¹⁶ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 174.

Ello comporta la ventaja de una cierta “competencia entre legislaciones”, configurando distintos mercados de juego en casinos.

Pero no se puede ocultar que tal fragmentación implica también una dispersión que puede ofuscar al jugador, de forma que haga más difícil al turista y al viajero, tener una idea clara de la oferta turística global; lo cual supone una desventaja en determinados ofrecimientos de atracción turística. Porque quien ocupa su tiempo en el ocio, normalmente, desea simplemente la diversión esporádica. Y ésta es la gran masa de turistas y viajeros. Ciertamente hay jugadores casi profesionales y eventualmente algunos ludópatas. Pero, estadísticamente, tales nichos de mercado no son relevantes, y cualquier consultor estratégico apostaría – permítase el juego de palabras – por lograr una armonización legal y administrativa que permitiera unas mayores facilidades de identificación del juego de azar en Casinos.

El citado “Anuario” indica que es relevante la contribución a la conservación del patrimonio histórico artístico, ya que existen Casinos que se han instalado en edificios emblemáticos, en antiguas y tradicionales salas de cine – así preservadas de la demolición – lo que supone una vertiente cultural no desdeñable, a la que puede sumarse, en su caso, la edificación de nuevos Casinos con grandes arquitectos que innoven la ciudad, que aporten genuinos centros de atracción que en sí mismo constituyan otro “faro” turístico¹⁷.

El producto clásico de los casinos, la ruleta – en sus distintas variantes- tiene unido ya, indisolublemente, las máquinas, las cartas – con una especial especificidad respecto del juego del póker – y paulatinamente aparecen añadidos diferentes (restauración, eventualmente salones para otros recreos). Y, como bien señala el citado Anuario las clases sociales que juegan, no son necesariamente de status

¹⁷ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 183-186.

social alto, sino incluye también el medio.

El póker, con reglas de disciplina bien establecidas universalmente, con sus diferentes variedades, exige un conocimiento y habilidad específicos. Bellamente lo expresa la citada publicación: “Hay otro segmento muy claro, el de los jugadores de póker, en el que el rasgo distintivo es el conocimiento de las reglas del juego, y una concepción del juego como competición, como demostración de que se juega mejor que los rivales. Dicho de otra manera, los juegos de casino son la esencia de los juegos de pasión racionalizada, de habilidad y entretenimiento, pero también para socializar con personas con bastantes afinidades, además, es la ocasión para ganar dinero, pero esto no es lo que mueve principalmente a los clientes”.

Clave en los Casinos sigue siendo la absoluta fiabilidad de los juegos, siendo capital que toda la legislación permita garantizar por distintas vías, que la famosa escena de Casablanca, “He dicho el 22”, no se repita. Literalmente, sin hipérbole, un Casino como el Rick`s no puede darse: el efecto “contagio reputacional” hundiría la totalidad del sector y Brasil quedaría señalado como un país al que no se puede ir a jugar, con la pérdida considerable también en el sector turístico.

En consecuencia, la legislación sobre Casinos, ha de ser estricta, con una fuerte presencia interventora e inspectora de la Administración, que a su vez, tiene que ser examinada por “asuntos internos”.

Los ingresos de los Casinos, se sitúa en torno al 20%¹⁸. Los nuevos jugadores, tras la crisis, dejan menos propinas, reduciéndose así un ingreso extraordinario pero típico.

En crisis todavía, las cantidades entre fichas y máquinas en los

¹⁸ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 187.

casinos españoles, alcanzó la cantidad de 1636 Mills. de Euros¹⁹. El margen de los casinos fue de 307,5 Mills. de Euros. Y los impuestos llegaron a la cantidad de 61,8 Mills. de Euros²⁰.

Y un dato importante, que hay que relacionar es el número de visitantes a los casinos, que pagan entradas, aunque no jueguen, que cenan o almuerzan o beben en sus barras y restaurantes, y que se desplazan con todo el movimiento indirecto que supone ese punto de atracción. Alcanzó en 2015 los 5.171.0000 visitantes²¹, cifra no desdeñable y que puede multiplicarse exponencialmente en Brasil. De nuevo hay que insistir: el impacto turístico sería excepcional, con todo lo que ello conlleva.

Indudablemente, Internet también revoluciona el juego en los casinos. El juego en línea, transforma también al clásico casino presencial y entre los miembros de la “generación digital”, provoca una creciente afición. Por ello, dado que este tipo de casino será previsiblemente creciente, la insistencia en los casinos clásicos unidos a una oferta turística que obligue a la presencia, esto es, espectáculos, restauración, hotel, dentro de un circuito completo de oferta viajera, es esencial. Es la manera de rentabilizar esas inversiones, de que produzcan a su vez, impacto sobre el resto de los sectores ligados al turismo, de aumentar el atractivo de la visita al país.

4 Una Perspectiva Binaria: España y Brasil

Un elemento capital aparece como esencial: transparencia y datos claros. Sin una decidida voluntad política de disponer de números, estadísticas y hechos, en fin, sobre la realidad del juego en todas sus

¹⁹ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 188.

²⁰ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 189.

²¹ YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Idem, 2016, p. 190.

modalidades, la Hacienda Pública carecerá de medios para exigir impuestos, que es la fuente de la riqueza pública en este sector. Asimismo, sin transparencia, pueden surgir de inmediato corrupciones y toda su secuela delictiva (mafias) que ocasionarán graves daños sociales y personales.

La “tasa social de beneficios” debe ser muy alta para que el juego sea productivo en una sociedad. Es decir, no nos encontramos ante un juego de “suma cero” si introducimos una legislación sobre juegos de azar; al contrario, será de suma positiva o negativa. Si existe una regulación apropiada que logre que la tasa social de beneficios, en forma de impuestos, empleo, turismo... aumente, será un elemento claramente beneficioso para la sociedad brasileña. Si, por el contrario, nos encontramos ante introducción del juego en una forma poco transparente, sin publicidad jurídica, sin control administrativo, sin concurrencia en la adjudicación, sin seguimiento en su desempeño, la tasa social de beneficios será negativa, existirán pérdidas netas en forma de delincuencia, corrupción, desprestigio estatal, etc.

De ahí, la enorme importancia de contar con una legislación apropiada y un régimen jurídico preventivo y sancionador, basado en criterios independientes, en los que la imparcialidad, objetividad, neutralidad del juzgador, que ha de ser totalmente despolitizado, constituya la base de un criterium claro, que conforme una atractiva y amigable legislación para toda clase de inversores, incluidos los extranjeros (por lo que adelantamos ya, es imprescindible acudir al arbitraje para solventar con rapidez y especialidad los conflictos que se planteen, tema que nos ocupará al final de este trabajo) .

Asimismo, en Brasil, como en España, al ser Estados descentralizados, se corre el riesgo de la dispersión normativa, de forma que cada Estado tenga su propia legislación, administración y al final, percepción muy distinta sobre lo que los juegos de azar significan. Pero

Brasil, como oferta unitaria turística (aspecto muy unido al juego en el aspecto exterior) exige que se disponga de una homogeneización que permita tanto al jugador extranjero como al nacional, tener una idea clara y previa, de cómo funcionará el juego.

Cada tipo de juego, a su vez, tiene su propia “intrahistoria”, siendo muy diferentes de unos sitios a otros y desde luego resultando esencial la cultura popular y general de cada país. Y es que son múltiples, variados y evolutivos los diferentes tipos de juego. Así, toda clase de Loterías, -públicas y privadas, clásicas y primitivas - rifas y tómbolas, apuestas de muy diverso tipo, juegos virtuales en Internet, Casinos, Bingos, Quinielas de Fútbol, etc., etc.

Sectores que dan empleo directo a 80-761 persona e indirectos a 160.000 personas, lo que no es desdeñable. Y los impuestos sobre el juego, en total, agregadamente, alcanzaron la cifra de 1.638 Mills. € .

Conviene destacar, quizás como peculiaridad española, que en España, además de juegos organizados por Administraciones Públicas (como Loterías y Apuestas del Estado, de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.A. (SELAE), y las loterías privadas (muy presentes “on line”) existe tradicionalmente una organización social de loterías muy típica e históricamente muy fuerte, la ONCE, Organización Nacional de Ciegos Españoles, que ha sido un prototípico avance, desde el 13 de diciembre de 1938, y cuyos famosos boletos han impulsado una inmensa obra social de recuperación de los ciegos y luego, por extensión, de otros minusválidos. Sería de gran interés, explorar asimismo en Brasil una organización semejante, con la finalidad que se considere oportuna, mimetizando el papel que tienen las “charities” en el mundo anglosajón, pero con una regulación similar a la española de juegos de azar.

De otra parte, en el ámbito privado, tanto en el plano presencial como en el plano virtual, es clave recordar que “el Juego no es un juego para no iniciados”, porque las empresas han de contar con una fuerte y

robusta estructura organizativa y tecnológica. De ahí que, sin constituir un oligopolio, el número de actores en el sector empresarial no pueda ser muy amplio, más bien es pequeño en lo que hace a los grandes juegos de masa, con destinatario universal. Simultáneamente, en los pequeños juegos (rifas, tómbolas...) existen numerosos y cambiantes pequeños operadores, que ofrecen sus productos en villas, pueblos, pequeñas ciudades... O que simplemente, centren su actividad en determinados juegos, como algunos salones de bingo, máquinas tragaperras, máquinas de juego, etc.

Sin embargo, en el ámbito de los grandes juegos de masa, destinados a millones de ciudadanos, y ahora, a través de Internet, con carácter universal, la tendencia al oligopolio es fuerte. Ello es debido a la ingente tecnología que se necesita para atender a tal demanda, garantizar la legalidad y limpieza de los juegos y lograr una aceptación doble: social y estatal. Social, ya que quienes juegan han de confiar en el operador siempre, de forma que el prestigio ganado tras esfuerzo continuado puede verse destruido por un solo caso de alteración o trampa, y estatal, ya que se trata de que el Estado, a través de su Administración Pública, disponga de todos los instrumentos necesarios para garantizar los derechos de los jugadores y al mismo tiempo, obtener la fiscalidad correspondiente, fijada previamente en normas claras, precisas y fácilmente aplicables.

La existencia de tales oligopolios, implica automáticamente, la necesaria aplicación del derecho de la competencia. Es decir, que haya unas barreras de entradas perfectamente determinadas y legalmente superables, y que se eviten posiciones de dominio, incluidas las posiciones dominantes colectivas, típicas de los oligopolios.

Es importante destacar que el Estado, puede regular, por razones de garantía de juego limpio – en definitiva, una aplicación del concepto de “policía de espectáculos públicos” (que son simplemente espectáculos

dedicados al público y realizados en lugar público, aunque sean sujetos privados los que los realicen), las propias “reglas del juego”, el otorgamiento de autorizaciones o concesiones – con inclusión de distancias mínimas entre establecimientos de juego, licencias de apertura, horarios, policía “*strictu sensu*”, facilidades y esparcimientos asociados al juego, etc., en definitiva, la totalidad prácticamente de los elementos que configuran el propio mercado del juego. De nuevo, la razón última es la doble argumentación de la fiscalidad y del juego limpio, esto es, la protección del Estado en la obtención de recursos y la de los ciudadanos en la de los premios.

Lo cual lleva, sin solución de continuidad, a la exigencia ineludible de un órgano independiente, experto, permanente, vigilante y vigilado al mismo tiempo, en el que la transparencia y publicidad de sus actuaciones, incluidas sus resoluciones, sea clave para asegurar la limpieza del mercado de juego.

A destacar en tal organización administrativa, tanto la experiencia, como su solvencia técnica, y desde luego, admitiendo que solamente un órgano permanente, puede abordar la complejidad organizativa en que se desenvuelven estas empresas y los grupos empresariales que participan en este mercado (complejidad que no es conocida ni valorada por el público en general, pero que basta con examinar cualquier juego de carácter universal, dedicado a todos los públicos, para comprender de inmediato lo complicado y complejo que resulta ser esta actividad).

En otras palabras, los mercados de juego, según los diferentes niveles, son, al modo de las viejas “Ferias y Mercados” medievales, protegidos e intervenidos por el Poder público, para garantizar, de nuevo al igual que en el Medioevo, la fiabilidad del propio mercado. Y ello, incluye también el control y supervisión de grupos empresariales internacionales en cuanto operen en el país de destino, sea Brasil, sea España, sea el que fuere. Se advierte en este sentido del inmenso poder

de las organizaciones multinacionales, por lo que el organismo correspondiente deberá tener una visión internacional mediante el Acuerdo o Tratados con organismos semejantes con los que sería recomendable que actuara “en red”, continuamente.

Por ello, es imprescindible que exista una Memoria Anual del organismo Federal correspondiente, que incluya todo el histórico del juego y también propuestas de mejora.

Histórico, que ha de recoger toda la diversa estructura empresarial, por distintos tipos de juego, así como la organización administrativa cuando el operador sea público.

En el caso de operadores privados, asimismo ha de contener esa Memoria, la referencia a las patronales del juego, ya que ahí, precisamente ahí, en las organizaciones patronales, puede surgir la posibilidad de acuerdos contra el derecho de la competencia . Es típico que sean las organizaciones las que, al tener unidos colectivamente a los diferentes operadores, sean quienes den ocasión a la existencia de cárteles de todo tipo. En consecuencia, esa Autoridad u Órgano que se cree en Brasil, ha de tener una estrecha relación con el CADE, y en la legislación correspondiente tiene que establecerse esa ligazón, ese enlace entre la Autoridad de Competencia y la Autoridad de Juego. Ahora bien, dicho lo anterior, también habría que destacar que para la propia Administración tiene interés que exista una “Federación” de las distintas Asociaciones patronales, evitando la dispersión que supone para el Estado Brasileño que existan múltiples patronales pequeñas, fragmentando la interlocución. Un interlocutor general, aunque en su interior, en su seno, tenga varias voces, puede ser útil para los grandes temas (fiscalidad, por ejemplo, o policía de espectáculos, protección de menores...etc.). La debilidad patronal puede traducirse en ineficiencia administrativa, ya que toda decisión se retrasaría, sería enormemente lenta, pesada, complicada y con intereses muy distintos. En definitiva, que junto con las Asociaciones patronales locales o por sectores de juego,

puede ser muy recomendable que se impulse una Federación o al menos una Confederación Nacional para determinados grandes temas, para tener una completa “visión de la jugada”, una visión general también.

5 Breve Reflexión Final

Los juegos de azar, han pasado por varias fases a lo largo de su evolución histórica. Siempre ligados a actividades lúdicas, desde la Antigüedad, en el mundo occidental tuvieron una fase crítica ligada al puritanismo, cuando se cruzaba dinero en las diferentes combinaciones que la suerte o fortuna, permitía.

Son múltiples y de naturaleza diversa, desde los que se basan en la pura *alea* hasta los que combinan la misma con la destreza y habilidad; desde los meramente deportivos, basados en el esfuerzo y reglas del juego del deporte, hasta los que suponen un simple riesgo basado en el puro albur, siendo aquí la mera contingencia la decididora del resultado favorable o desfavorable.

Jurídicamente han pasado del ámbito estrictamente civil, al propiamente administrativo, cuando la permisión del juego alcanzó a todas las clases sociales y a todos los diferentes tipos de combinaciones.

El Estado, inicialmente, reguló el juego por vía civil y como actividad estrictamente de la esfera privada, dándole la consideración de obligación natural, esto es, la que no supone un deber estricto de cumplimiento, pero que sí produce efectos jurídicos, fundamentalmente, el derecho de retención por quien resulta acreedor en el resultado del juego, supuesto que hubiera pagado quien resulte deudor.

Luego, cuando de forma masiva, el juego pasa a ser considerado un elemento más de la actividad social, y por tanto la cotidianeidad es lo

común, el Estado interviene. Primero como protector de los intereses del común de los jugadores, a través de la técnica de la policía administrativa. Luego, suma a dicha consideración, la puramente fiscal, esto es, se aproxima desde la visión de la Hacienda Pública.

Y hoy en día, está en juego, valga la redundancia, que los juegos de azar sean signo de atracción turística, por lo que la oferta turística será un elemento fundamental en su consideración administrativa.

Las tres técnicas tradicionales administrativas, de fomento (turismo), servicio público (juegos del Estado) y policía (títulos habilitantes en juegos privados) se dan cita en este mundo del juego.

Jugar bien estos tres títulos, como si de tres cartas de naipes fuera, será lo que permita al Estado brasileño, obtener el gran premio en que consiste el juego: un saneado ingreso fiscal, un polo de atracción turística y una transparencia atractiva para los inversores.

6 Referencias

ESPAÑA, Leyes. Código Civil Español, de 1889 y Ley 13, de 27 de mayo de 2011.

LAFAILLE, Jean-Marc. SIMONIS, Guy. El juego diseccionado. Un análisis conceptual sobre los jugos de zar, Madrid: IPOLGOB-UC3M, 2005.

OLMEDA, Alberto Palomar. Sobre la nueva regulación del juego. In: Revista Aranzadi Doctrinal, ISSN 1889-4380, N° 7 (noviembre 2011), 2011, págs. 49-62.

_____. Juego, apuestas y deporte: algunas consideraciones para una reflexión general. In: Estudios jurídicos, ISSN-e 1888-7740, N° 7, 2007. 269

_____. La regulación del mercado de juego en España: justificación, modelo previsto y perspectivas de futuro. In: En torno al juego de azar: actividad, regulación y actores / coord. por Alberto Palomar Olmeda, Rafael Baena Zapatero, 2013, ISBN 978-84-9903-749-3, págs. 31-122

_____. Los títulos habilitantes para el ejercicio de la actividad de juego. In: El nuevo régimen jurídico de los juegos de azar: comentario a la Ley Estatal 13/2011, de regulación del juego / coord. por Olga Herráiz Serrano, 2012, ISBN 978-84-8126-669-6, págs. 389-434

_____. La delimitación de la actividad de juego y las actividades asimiladas. Régimen administrativo y distribución competencial. In: El juego *on line*. Coord. por Alberto Palomar Olmeda, 2011, ISBN 978-84-8355-919-2, págs. 265-366

_____. La ordenación legal del juego en España: El papel de las administraciones públicas en materia de juego: Régimen del juego en España / coord. por Alberto Palomar Olmeda, 2006, ISBN 84-9767-648-3, págs. 77-130

_____. (Coord.), Rafael Baena Zapatero (Coord.). En torno al juego de azar actividad, regulación y actores. Madrid: Editorial Aranzadi, 2013.

_____. (Coord.) Régimen del juego en España. Madrid: Editorial Aranzadi, 2006.

PARLAMENTO EUROPEU, Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009 sobre la integridad de los juegos de azar en línea. YÁÑEZ, J.A. Gómez et all. Anuario del Juego en España. Madrid: Fundación CODERE. 2016.

Habermas e Honneth: leitores de Mead

Maria Eugenia Bunchaft¹

Resumo

Mead foi um filósofo pragmatista americano que desenvolveu uma linha de pensamento denominada como interacionismo simbólico. Para o psicólogo social, somente pode existir um sentido de “eu” se houver um senso correspondente de um “nós”. A teoria de Mead é fundamental para Habermas e para Honneth, pois não recorre ao individualismo metodológico, explicando os fenômenos sociais e o comportamento social em uma perspectiva intersubjetiva. Defende-se que a preocupação fundamental de Habermas, em sua releitura da psicologia social de Mead, se concentra em que o desenvolvimento do *self* alcance um nível de pós-convencionalidade. A preocupação de Honneth, ao resgatar Mead, vincula-se aos contextos de vulnerabilidade moral, ou seja, à possibilidade de evitar os danos que o *self* possa sofrer na formação da identidade pessoal. Sustenta-se, finalmente, que uma releitura da psicologia social de Mead com base no paradigma normativo da autorrealização não possui recursos teóricos com potencialidade para avaliar as injustiças contemporâneas e atender aos desafios propostos pelos novos movimentos sociais, porquanto a ampliação das dimensões de reconhecimento não pode basear-se em uma apologia da psicologia moral do sofrimento. Busca-se, portanto, apresentar um diálogo entre Habermas e Honneth sobre a psicologia social de Mead.

Palavras-chave: identidade; reconhecimento; Mead; Habermas; Honneth.

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Pós-Doutora em Filosofia pela UFSC. Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Pesquisadora da FUNADESP.

Abstract

Mead was an American pragmatist philosopher who developed a line of thought called symbolic interactionism. To the social psychologist there can only be a sense of the self if there is a corresponding sense of "us." Mead's theory is central to Habermas (2002, 2012) and Honneth, it does not resort to methodological individualism, explaining social phenomena and social behavior in an intersubjective perspective. It is argued that the fundamental concern of Habermas, in rereading the social psychology of Mead, focuses on the development of the self to reach a level of post-conventionality. Concern Honneth, to redeem Mead, binds to the contexts of moral vulnerability, ie the possibility to avoid the damage that the self may suffer in the formation of personal identity. It is argued, finally, that a reinterpretation of the social psychology of Mead based on the normative paradigm of self-realization has no theoretical resources with the potential to assess contemporary injustices and meet the challenges posed by the new social movements, since the expansion of the dimensions of recognition does not may rely on a defense of moral psychology of suffering. Search is therefore present a dialogue between Habermas and Honneth on the social psychology of Mead.

Keywords: identity; recognition; Mead; Habermas;Honneth.

1– Introdução

Mead (1934), filósofo pragmatista americano, desenvolveu uma linha de pensamento denominada como interacionismo simbólico. Para o psicólogo social, somente pode existir um sentido de “eu”, se houver um senso correspondente de “nós”. Nesse cenário, o indivíduo só toma consciência de si mesmo na posição de objeto, ou seja, por meio da capacidade de produzir em si mesmo o sentido de sua ação na perspectiva

do outro, suscitando a possibilidade de referir-se a si próprio como objeto das ações do seu parceiro de interação.

Nesse sentido, com base em Mead (1934), Axel Honneth (2003; 2009) e Habermas (2002; 2012) estruturam os pressupostos intersubjetivos da construção da identidade. Cada um dos autores irá desenvolver diferentes releituras filosóficas sobre a psicologia social que o filósofo pragmatista (1934) sustenta, introduzindo diferentes compreensões sobre a formação da identidade.

Nessa perspectiva, a filosofia de Axel Honneth (2003) pretende conectar as condições psíquicas da formação da identidade e a evolução moral da sociedade, de forma a reconstruir os pressupostos filosóficos de uma Teoria Crítica do reconhecimento. Tal empreendimento supõe o fato de que a formação da identidade constitui um processo intersubjetivo de luta para alcançar o reconhecimento mútuo. Indubitavelmente, a influência hegeliana (1984) é fundamental para a compreensão da luta por reconhecimento delineada por Honneth (2003). O projeto teórico do jovem Hegel (1984) assume relevância na compreensão dos processos de confrontação social que constituem o cerne das lutas por reconhecimento estabelecidas por Honneth. (2003).

Entretanto, a atualização da filosofia do jovem Hegel (1984) por Honneth (2003) sucede por meio da psicologia social de Herbert Mead (1934). Por que a estratégia teórica de Mead (1934) se revela promissora para Honneth (2003; 2009)? É possível conceber inconsciente e linguagem como mecanismos constitutivos da individuação - e não obstáculos, como pretendem a psicanálise e a filosofia da linguagem? É precisa a releitura de Honneth em considerar o *I* de Mead como fonte de potencialidade infinita a ser realizada através de lutas por reconhecimento? (Mead, 1980 *apud* Honneth, 2003). Existe correspondência entre a concepção de *I* delineada por Mead (1934) e o conceito de inconsciente da psicanálise?

Nesse particular, é premente questionar: seria possível manter a noção de individuação sem cair na ideia clássica de sujeito autônomo?

Como se deseja demonstrar, a distinção entre *I* e *Me* possibilita a Honneth (2009) manter a concepção de individuação sem retornar ao conceito clássico de autonomia, incorporando as críticas da psicanálise e da filosofia da linguagem à concepção de autonomia, à luz da teoria da intersubjetividade.

Com efeito, propugna-se sustentar que a distinção entre *I* e *Me* permite a Honneth (2003) articular os conceitos de realidade e de potencialidade. No ensejo, assume-se o objetivo de defender que o instrumental teórico de Mead (1934) se mostra promissor para Honneth (2003; 2009), por pressupor a evolução moral da sociedade como um processo de ampliação das lutas intersubjetivas, por meio das quais os sujeitos ampliam a concessão de direitos que resguardam sua autonomia pessoal.

Por sua vez, Habermas (2012), fundamentando-se em Mead (1934), propõe que tanto individuação, quanto socialização constituam processos comunicativos nos quais a interação linguística configura papel fundamental. A teoria de Mead (1934) se revela conceitualmente relevante, para Honneth (2003; 2009) e Habermas (2002; 2012), por pressupor a individuação não como um processo de autorrealização decorrente de um indivíduo atomizado, mas como um caminho linguisticamente mediado, que se efetiva por meio da socialização.

Assim, como se imputou a perspectiva de defender, a releitura habermasiana (2002; 2012) relativa à psicologia social de Mead (1934) aponta para uma filosofia voltada ao desenvolvimento do *self* reflexivo. Sustenta-se, com base em Habermas (2012), que Mead (1934) não compreendeu a relevância dos acordos racionalmente motivados e sua potencialidade de inspirar normas coercitivas compartilhadas e estruturas de personalidade afinadas com a realização de certos papéis. Nesse ponto, surge um diálogo entre Habermas (2002; 2012) e Honneth (2003; 2009) sobre a psicologia social de Mead (1934).

Como se objetiva analisar, o percurso teórico fundamental de Habermas (2002; 2012) - em sua releitura da psicologia social de Mead (1934) - visa permitir que o *self* atinja um patamar de pós-

convencionalidade. Ademais, se quer aqui afirmar que a estratégia de Honneth (2003; 2009), por sua vez, ao resgatar Mead (1934), incorpora a necessidade de superar as experiências de vulnerabilidade moral que podem ocorrer na construção da identidade do *self*. Por fim, sublinha-se que a releitura da psicologia social de Mead com base no paradigma da autorrealização - proposto por Honneth - se revela insuscetível de atender aos desafios propostos pelas lutas de reconhecimento nas sociedades contemporâneas.

2- A releitura da psicologia social de Herbert Mead por Axel Honneth

De início, para Mead (1934), fenômenos de consciência não se situam em uma perspectiva monológica, pois são expressão dos fenômenos linguísticos ou dos fatos que só adquirem relevância por meio de expressões linguísticas. Em *Mind, Self and Society*, Mead (1934) leciona que a linguagem suscita um renovado princípio de organização e uma nova perspectiva sobre indivíduo e sociedade. Para Mead (1934), a construção do *self* pressupõe relações socialmente estabelecidas que expressam interações simbólicas, por meio das quais ele constitui o mundo e a si mesmo.

Em face desta leitura, o autor se contrapõe ao behaviorismo de Watson, para o qual a consciência se limita a reações condicionadas. A estratégia teórica de Mead (1934) visa demonstrar que Watson (*apud* Mead, 1934) minimiza a centralidade do elemento relativo à linguagem humana, entendida como a possibilidade do sujeito falante de se identificar com outros sujeitos por meio da capacidade de estabelecer símbolos, atribuindo-lhes sentido. Segundo Mead (1934), tal capacidade estabelece uma diferença entre o condicionamento de reflexos - no caso de animais - e o processo humano de pensar por meio de símbolos. Portanto, o processo reflexivo individual de consciência é substituído por

um processo social mediado linguisticamente, estabelecendo um novo sentido para a ação humana.

Diante dessa estrutura conceitual, Mead (1934) pondera que o ser humano tem a capacidade de produzir em si o sentido que sua ação possui para o outro, sendo tal atributo decorrente dos símbolos significantes. Para expressar tal potencialidade, parte da distinção entre *I* e *Me*. O *I* é a esfera da espontaneidade que propicia a atuação do indivíduo frente à situação social, respondendo à constituição social por meio de impulsos e de respostas originais. Corresponde a um reservatório de energias psíquicas, o domínio das possibilidades inesgotadas de identidade.

O *Me*, por sua vez, é a adoção da atitude dos outros, cujas perspectivas atingem a conduta de cada um. Nas palavras de Honneth, o *Me* descrito pelo autor pragmatista representa *as normas convencionais que o sujeito procura constantemente ampliar por si mesmo, a fim de poder conferir expressão social à impulsividade e criatividade do seu Eu*. (Mead, 1980 *apud* HONNETH, 2003, p. 141). Mead (1980 *apud* Honneth, 2003) desenvolve uma perspectiva analítica na qual o processo de evolução moral das sociedades prevê uma dialética moral, em que os impulsos espontâneos do *I* reagem às normas convencionais do *Me*, de forma a suscitar um processo contínuo de expansão das relações de reconhecimento.

Nesse quadro teórico, Honneth (2003), em *Luta por Reconhecimento*, promove uma releitura da filosofia hegeliana (1984), por meio da análise empírica do processo de formação da individualidade à luz da psicologia social de Mead (1934), partindo das três dimensões de reconhecimento delineadas por Hegel (1984). De acordo com PatchenMarkell(2007), a psicologia social de Mead (1934) possibilita a Honneth (2003) traduzir Hegel(1984) para um vocabulário pós-metafísico, permitindo-o também articular dois problemas relativos à tensão entre reconhecimento compreendido como resposta a algo preexistente e reconhecimento compreendido como ato criativo.

Por outro lado, a distinção entre *I e Me* viabiliza a Honneth (2009) preservar a noção de individualidade sem retornar à ideia clássica de sujeito autônomo. Para Honneth (2009), no ensaio “Autonomia Descentrada”, a dimensão do inconsciente e da filosofia da linguagem lança o conceito clássico de autonomia em profunda crise. Honneth (2009) quer superar a crise do conceito clássico de autonomia, assimilando as críticas da filosofia da linguagem e da psicanálise e sua reformulação à luz de uma teoria da intersubjetividade. O autor interpreta a autonomia à luz da teoria da intersubjetividade, considerando inconsciente e linguagem como forças constitutivas da individuação - e não obstáculos, como sustentavam a psicanálise e a filosofia da linguagem.

Sob essa ótica, as capacidades do sujeito autônomo devem ser reinterpretadas no contexto intersubjetivo, levando em conta a descentralização da autonomia. A autonomia possui, em Honneth (2009), três dimensões: a relação do indivíduo com sua própria natureza, a organização da própria vida e com as exigências morais do meio. Conforme a concepção clássica de sujeito, a autonomia tem como pressuposto a transparência das necessidades, ou seja, o conhecimento das suas necessidades pessoais e a intencionalidade de sentido, que passam a ser questionadas pela crítica moderna do sujeito.

É de se mencionar que o sujeito forma a imagem de si mesmo a partir de tensão entre pulsões e referências das expectativas dos outros, já que, para Honneth (2009), a questão é como formar autonomamente a identidade de forma autodeterminada e consciente. Para o autor (2009), os indivíduos criam a imagem positiva acerca de si mesmos tanto a partir dos impulsos, como das referências que os outros dão. Alega ser necessário abandonar as ideias clássicas de autodeterminação (seguir cegamente princípios abstratos) e de autotransparência (todos seus impulsos têm que ser racionalmente conhecidos).

Diante do exposto, em Honneth (2009), a partir da psicanálise, a ideia de transparência é substituída pela ideia de transformação processual do inconsciente em linguagem, de forma que a pessoa autônoma seria aquela capaz de transformar em linguagem os aspectos inconscientes de sua personalidade. Nas palavras de Honneth (2009, p. 287), uma pessoa autônoma, nesse sentido, *não só é livre de motivos psíquicos que lhe impõem de maneira inconsciente reações de comportamento rígidas e forçadas, mas também que está em condições de descobrir impulsos de ação sempre novos e inexplorados e de convertê-los em material de decisões reflexivas.*

Por fim, Honneth (2009) também substitui a ideia clássica de consistência biográfica por coerência narrativa da vida, sendo que a orientação por princípios não é trocada, mas complementada por uma concepção de sensibilidade moral contextual. Diferentemente do individualismo romântico - que trata da autonomia da pessoa a partir da satisfação radical de suas pulsões, desconsiderando os seus parceiros de interação - Honneth (2009) argumenta que o indivíduo se torna autônomo por uma relação reflexiva com os princípios morais do seu contexto.

Outrossim, não pode alcançar autonomia moral o indivíduo que, por meio de práticas comunicativas, *se oriente estritamente por princípios universalistas, e sim, aquele que sabe aplicar com responsabilidade tais princípios com participação afetiva e sensibilidade pelas circunstâncias concretas do caso particular.* (HONNETH, 2009, p. 290). Honneth (2009) assevera que o indivíduo pode obedecer a princípios - e não a normas - faticamente existentes; contudo, deve complementar tal visão pelo contexto social. Trata-se de uma relação reflexiva, em que pode obedecer a princípios universais, embora o contexto social no qual ele esteja inserido, não os reconheça. Assume relevância a ideia de reflexão, compreendida como a capacidade de meditar sobre impulsos próprios, motivações e sobre valores do

ambiente, assumindo uma posição que pode até negá-los.

As forças descentralizadoras do inconsciente e da linguagem não são obstáculos à individuação, mas condições constitutivas da formação da autonomia pessoal. Honneth (2009,p. 285) contempla *as forças incontroláveis do inconsciente e os sucessos de significação linguísticos como os dois polos do sujeito cuja oposição marcada de tensão produz a obrigação à individuação humana*. E conclui: *Tratam-se de condições constitutivas para o desenvolvimento da identidade do eu*. (HONNETH 2009,p. 285).

É mister lecionar que Honneth (2003) resgata a distinção entre *I* e *Me* de Mead(1934), concebendo o *Me* como representativo da comunidade, ou seja, como o resultado da postura de olhar para si próprio, por meio dos olhos dos outros, internalizando suas avaliações. Já como leciona Markell, *Mead não reduz o self ao Me; diferentemente, ele atribuiu ao self o poder de reagir e resistir aos julgamentos sociais e convenções que o Me incorpora*. (Mead, 1934 *apud* MARKELL, 2007, p. 110) Esse potencial criativo é representado pelo *I*, que, nas palavras de Markell (2007, p. 110), constitui *um reservatório de energias psíquicas que nutrem cada sujeito com uma pluralidade de possibilidades inexploradas para formação da identidade*. Para Honneth (2003), é a partir do confronto entre *I* e *Me* que surgem as lutas por reconhecimento.

No ensejo, o que interessa a Honneth (2003), na psicologia social de Mead (1934), é a constatação de que o sujeito somente alcança um patamar de autoafirmação, em que satisfaz as pretensões do *I*, quando se insere na perspectiva de uma comunidade jurídica ampliada. Segundo Mead (1934), o sujeito somente se encontra em condições para autoafirmação, confirmando as pretensões singulares do *I*, quando assume o ponto de vista de uma comunidade jurídica ampliada - e não da vontade coletiva existente. É esse movimento que impulsiona a evolução

social. São as antecipações de reconhecimento ampliadas que inspiram uma coletividade capaz de conceder mais espaço para a autonomia individual.

É relevante sublinhar que, para Markell, a distinção entre *I* e *Me* permite a Honneth resgatar as ideias de realidade e potencialidade, compreendendo o *Me* como realidade *no sentido de que ele necessita de aceitação – ou seja, do apoio de relações realmente existentes de reconhecimento – de maneira a ser capaz de transformar os impulsos em ação.* (Honneth, 2003 *apud* MARKELL, 2007, p. 111). O *I* representa a potencialidade, *o domínio das possibilidades não realizadas.* (MARKELL, 2007, p. 111). Em razão da independência do *I* em relação ao *Me*, *é possível falar do progresso no desenvolvimento de relações de reconhecimento: diferentes formações do Me podem ser mais ou menos receptivas a novas possibilidades que surgem através desse I.* (MARKELL, 2007, p. 111). O processo de efetivação do potencial criativo é sempre incompleto e inesgotável.

Sob esse prisma, Markell (2007) considera problemático interpretar o *I* como fonte de potencialidade infinita que necessita ser realizada através de lutas por reconhecimento. Na sua compreensão, Mead caracteriza o *I* como realidade. (Mead, 1934 *apud* Markell, 2007). Tanto Honneth (2003), como Markell (2007) encontram em Mead (1934) uma estratégia teórica valiosa para responder a uma das questões mais importantes da filosofia moral: como é possível resistir à injustiça?

Não obstante, Markell (2007) não pretende transformar o *I* de Mead (1934) no inconsciente freudiano (1969). Todavia, segundo Silva (2007), Markell (2007) estabelece uma leitura de Mead, em termos pragmatistas, evitando a dicotomia rígida entre potencialidade e realidade. Honneth (2003), por sua vez, percebe a noção de individuação de Mead (1934) como produto da contraposição entre inconsciente e consciente. Markell (2007), a seu turno, vê o *I* não como fonte de potencialidade, que deve ser efetivada pelas lutas por

reconhecimento, da maneira como sublinha Honneth (2003), mas como ação, enquanto resposta real. (Honneth, 2003 *apud* Markell, 2007).

Em síntese, analisando as contribuições de Honneth (2003) e de Markell (2007), Filipe Carreira da Silva (2007) postula que há uma diferença fundamental entre a concepção de *I* delineada por Mead (1934) e o conceito de inconsciente da psicanálise. Segundo Freud (1969), o *id* corresponde à esfera dos instintos, a parte mais primitiva e menos acessível da personalidade que desconhece o julgamento de valores, o bem e o mal, sendo regido pelo princípio do prazer.

Diferentemente, o *ego* é o sistema que procura preservar as pretensões do *id*, as exigências da realidade e as determinações do superego. Por fim, o *superego* decorre do complexo de Édipo, pressupondo a internalização das proibições, dos limites e da autoridade. Para Silva (2007), o modelo tripartite freudiano (*id*, *ego*, *superego*) não possui equivalente funcional com o *I* de Mead (1934). Em contraposição ao inconsciente freudiano, o *I* de Mead (1934) é sensível à mudança histórica.

Assim, cabe mencionar que a estrutura conceitual de Mead (1934) ganha relevância para Honneth (2003), por conceber a evolução moral da sociedade como um processo de ampliação das relações intersubjetivas, na esfera do reconhecimento jurídico. De acordo com Mead (1934), o motor que alimenta a evolução moral das sociedades é a luta intersubjetiva por meio da qual os sujeitos ampliam a atribuição de direitos que satisfazem sua autonomia pessoal. A construção teórica do autor americano (1934) se mostra promissora para Honneth (2003), por estabelecer uma leitura materialista da filosofia hegeliana (1984) que, por sua vez, baseava-se em uma perspectiva idealista de luta por reconhecimento.

Em suma, o percurso teórico desenvolvido por Mead (1934) e incorporado por Honneth (2003), pretende evidenciar como a

socialização se concretiza por meio da internalização de norma de ação. A contribuição decisiva de Mead (1934), para Honneth (2003), consiste no fato de que, a partir da dialética entre o *I* e o *Me*, surge a internalização de papéis, rompendo com os pressupostos da filosofia da consciência, que percebe a construção da identidade como processo reflexivo individual.

Mead (1934) toma como parâmetro, para a construção da subjetividade, o próprio processo de socialização, no qual a criança só toma consciência do sentido moral de suas ações quando reage às mesmas na perspectiva do outro generalizado. A teoria de Mead (1934) é promissora para Honneth (2009), por conectar a perspectiva da formação do sujeito (dimensão psicológica) com a dimensão de um sistema linguístico intersubjetivo, por meio do diálogo entre o *I* e o *Me*. É isso que interessa a Honneth (2009). Mead (1934) compreende a dimensão linguística como uma esfera que é compartilhada intersubjetivamente - mas também impessoal, visto que não há ninguém que controle essa esfera: não há controle consciente dos indivíduos sobre a esfera da linguagem.

Portanto, a teoria de Mead (1934) oferece respostas às críticas feitas pela psicanálise à filosofia da linguagem. Trata-se de uma teoria da formação do indivíduo que leva em conta tanto a dimensão do inconsciente ressaltada pela psicanálise (Freud, 1969) por meio da crítica à noção clássica de sujeito, como a dimensão do jogo linguístico descrito por Wittgenstein (2000) - que pressupõe o indivíduo inserido em um contexto linguístico sobre o qual ele não tem controle. Mead (1934) interessa a Honneth (2009), por elencar as duas dimensões - linguística e do inconsciente - como condições de constituição da identidade - e não como obstáculos.

Com efeito, Honneth (2003; 2009) irá resgatar as categorias do *I* e do *Me*, delineadas por Mead (1934), para esboçar o processo intersubjetivo de construção da identidade individual. À medida que o

indivíduo se compreende na perspectiva do seu parceiro de interação, surge o conceito de *Me* como decorrente dessa autorrelação dialética, refletindo a própria imagem que o sujeito recebe de si, representando uma instância de controle.

Mead (1934) exemplifica o processo de socialização humana, por meio do qual a criança passa a orientar a sua conduta mediante o *game*, internalizando normas de ação que assumem a perspectiva do outro generalizado, representado pelos companheiros de jogo. Para Mead (1973 *apud* HONNETH, 2003, p. 135), o processo de socialização em geral efetua-se *na forma de interiorização das normas de ação, provenientes da generalização das perspectivas de comportamento de todos os membros da sociedade.*

Diante dessa estrutura conceitual, se a criança internaliza, portanto, as expectativas normativas de seus parceiros de jogo, os indivíduos interiorizam padrões socialmente generalizados de comportamento estabelecidos por meio de normas que preconizam direitos e obrigações. Honneth (2003) sublinha que, ao mesmo tempo em que o indivíduo aprende a se perceber a partir da perspectiva do seu parceiro de interação - internalizando expectativas de comportamento juridicamente institucionalizadas - também passa a se conceber como sujeito de direitos. Mediante a concessão social desses direitos, é viável avaliar se, efetivamente, o indivíduo é aceito em sua singularidade pela sociedade - ou seja, se sua identidade é socialmente valorizada.

Em face desta leitura, é possível verificar se o indivíduo é aceito na coletividade e quais direitos lhe pertencem. Mead (1973 *apud* Honneth, 2003) refere-se, nesse sentido, à ideia de dignidade por meio da qual o indivíduo está seguro do valor de sua identidade pelos membros da coletividade. Mead também remete à ideia de autorrespeito, que ocorre quando “são individualizadas as respectivas propriedades ou capacidades para as quais o sujeito encontra confirmação por parte de

seus parceiros de interação.” (Mead, 1973 *apud* HONNETH, 2003, p. 137).

Nesse quadro teórico, destaca Honneth, com base no autor americano, que o indivíduo que aprende a se conceber na perspectiva do outro generalizado, incorpora a possibilidade de ser reconhecido como pessoa de direito. (Mead, 1973 *apud* Honneth, 2003). Para Honneth, com a adoção das normas sociais que regulam as relações de cooperação da coletividade, *o indivíduo em crescimento não aprende só quais obrigações ele tem de cumprir em relação aos membros da sociedade; ele adquire, além disso, um saber sobre os direitos que lhe pertencem (...)*(HONNETH, 2003, p. 136-137). O Direito representa o outro generalizado, permitindo ao cidadão conceber-se como sujeito de direito.

Sob essa ótica, Honneth incorpora de Mead a ideia de outro generalizado para afirmar que reconhecer-se reciprocamente, como pessoa de direito, significa que ambos os sujeitos incluem em sua própria ação, com efeito de controle, a vontade comunitária de efetividade em suas normas, intersubjetivamente reconhecidas. (Mead, 1973 *apud* Honneth, 2003). Segundo Mead, a adoção da perspectiva do outro generalizado permite aos parceiros de interação saberem quais obrigações devem ser observadas e quais são os direitos decorrentes, de forma que ambos são titulares de pretensões individuais. (Mead, 1973 *apud* Honneth, 2003).

De um lado, Honneth pondera que Mead pretendeu desvincular os pressupostos intersubjetivos da autorrealização das condições axiológicas de uma coletividade particular na concretização das regras da divisão funcional do trabalho. (Mead, 1973 *apud* Honneth, 2003). A concepção de Mead, para Honneth, propugna minimizar a centralidade dos pressupostos valorativos na escolha do caminho para a autorrealização, tal como ocorre nas sociedades tradicionais, sendo suficiente o cumprimento eficiente dos deveres profissionais. (Mead, 1973 *apud* Honneth, 2003).

Por outro lado, Mead, segundo Honneth, desenvolve uma resposta pós-tradicional ao problema hegeliano (1984) da eticidade, afirmando ser suficiente para o reconhecimento intersubjetivo, por meio do qual os indivíduos são confirmados por suas propriedades particulares, um sistema transparente de divisão funcional do trabalho, independentemente dos valores éticos da coletividade. (Mead, 1973 *apud* Honneth, 2003).

Diante do exposto, depreende-se que crítica de Honneth (2003) a Mead (1934) ocorre no sentido de afirmar que a divisão funcional do trabalho não pode ser considerada um sistema axiologicamente neutro, *que abrangesse as regras implícitas segundo as quais o indivíduo poderia examinar, de certo modo objetivamente, sua contribuição particular para a coletividade.* (HONNETH, 2003, p. 152). Para Honneth (2003), essa estratégia teórica objetivamente redutora de Mead (1934) fracassa, porque o reconhecimento das singularidades socialmente úteis na esfera da divisão do trabalho depende dos valores e das finalidades abrangentes de uma coletividade.

É de se mencionar que, de acordo com Honneth (2003), embora não haja em Mead (1934) um substituto adequado para o conceito romântico de amor, sua teoria, assim como a hegeliana, irá inspirar a distinção de três formas de reconhecimento recíproco: reconhecimento jurídico, assentimento solidário e dedicação emotiva. Mead, segundo Honneth, destaca *das relações primárias do outro concreto, as relações jurídicas e a esfera do trabalho enquanto duas formas distintas de realização do outro generalizado.* (Mead, 1973 *apud* HONNETH, 2003, p. 152).

Entretanto, o que inspira a dialética entre o *I* e o *Me*? Para Honneth (2003), tal interação é impulsionada pelas experiências de

sofrimento vivenciadas pelos sujeitos. Nem Hegel (1984), nem Mead (1934), porém, explicaram como a experiência de desrespeito e de vulnerabilidade moral podem se converter na base motivacional que impulsiona os conflitos sociais. Pretendendo sanar tal lacuna teórica, Honneth estabelece uma releitura da teoria psicanalítica de Dewey, segundo o qual os sentimentos *constituem reações afetivas ao contrachoque do sucesso ou insucesso de nossas intenções práticas*. (Dewey, 1894 *apud* HONNETH, 2003, p. 221). O pressuposto motivacional que inspira os motivos de resistência social e rebelião são as experiências morais de desrespeito decorrentes da violação das pretensões de reconhecimento que se formaram em um entorno sociocultural.

Outrossim, as experiências de desrespeito, inicialmente desagregadas, ao serem universalizadas, convertem-se nos motivos morais de uma luta por reconhecimento. Nas palavras de Honneth (2003, p. 221), *os sentimentos aparecem no horizonte de vivências do ser humano somente na dependência positiva ou negativa com a realização das ações(...)* O autor alemão (2003) enfatiza que, sempre que os defrontantes sociais não atendem às expectativas normativas, surge um contexto de vulnerabilidade moral, cujo potencial impulsiona a dialética entre o *I* e o *Me*.

É mister elucidar que a releitura habermasiana (2002; 2012) relativa à psicologia social de Mead (1934) objetiva a análise do desenvolvimento do *self* reflexivo.

3 - A releitura habermasiana da psicologia social de Mead

De início, é relevante sublinhar que o elemento fundamental do empreendimento filosófico de Habermas (2012) constitui a afirmação da centralidade da ação comunicativa voltada para o entendimento, que é fator de transformação social. Através de práticas dialógicas, os

indivíduos reconstróem sua relação com o mundo, articulando novos valores culturais e regras sociais no mundo da vida, capazes de influenciar as instâncias de tomada de decisão.

No ensejo, o indivíduo que é interpretado na perspectiva sistêmica, restringe-se à função de adaptação aos parâmetros funcionais do sistema, tornando-se insuscetível de alcançar a integração social e a autodeterminação moral. Com o intuito de evitar tal perspectiva, Habermas (2012), em *Teoria do Agir Comunicativo*, resgata Mead (1934), inserindo o desenvolvimento do *Eu* no caminho da autonomia em uma postura intersubjetiva.

Sob esse prisma, para desvincular-se da adaptação sistêmica, é fundamental garantir ao indivíduo os pressupostos para que realize sua individuação, por meio de um processo de socialização que incorpore os mecanismos linguísticos da ação comunicativa. A teoria de Mead (1934) se revela promissora, para Habermas (2012; 2002) e para Honneth (2003; 2009), uma vez que considera a individuação não a partir da autorrealização de um sujeito isolado, mas decorrente de um processo linguisticamente mediado inerente à socialização. A preocupação de Mead (1934), ao refutar o individualismo metodológico das teorias liberais sociais, assume relevância para ambos os autores.

Assim, segundo Mead (1934), por meio da internalização de normas, são formados valores compartilhados e papéis sociais individuais que permitem a formação do *self*. A teoria de Mead (1934) interessa a Habermas (2002; 2012), já que permite uma abordagem da racionalidade da ação que seja, desde o princípio, intersubjetiva, distanciando-se dos pressupostos da filosofia da consciência e incorporando a necessidade de reverter o diagnóstico negativo da Escola Frankfurt.

Nesse ponto, Mead (1969 *apud* Habermas, 2012) propugna articular três elementos que concretizam simultaneamente o processo de individuação e de socialização: a estrutura de papéis, a formação da

consciência e a autonomia dos indivíduos. Não há uma prevalência da individuação sobre a socialização e vice-versa, pois ambos os processos de efetivam simultaneamente.

Em síntese, o ponto de partida é social, pretendendo explicar como seres humanos partem de um tipo de convivência não humana para uma convivência humana, tendo como ponto de partida o surgimento da linguagem. Mead (1934) explica que a evolução das sociedades humanas pressupõe a passagem de um nível de convivência societal para outro nível, ou seja, de uma convivência social não humana para uma convivência social humana.

Em suma, Habermas (2012) resgata duas contribuições da teoria de Mead (1934): a primeira diz respeito à compreensão da consciência como constituída simbolicamente. A segunda relaciona-se à percepção da individuação como um processo linguisticamente mediado pela socialização, afastando-se da ideia de construção da identidade na perspectiva da consciência reflexiva individual e afirmando a centralidade da ação simbólica. Tais considerações revelam a importância de Mead (1934) para a filosofia habermasiana (2012), por permitir a compreensão do *Eu* através de uma dimensão intersubjetiva.

Com efeito, a contribuição fundamental de Mead (1934), para o projeto habermasiano (2012), consiste em permitir compreender a individuação como um processo associado à integração social, impedindo que a identidade seja apreendida na perspectiva da teoria dos sistemas. Para Habermas (2012), a socialização possui um duplo sentido. De um lado, representa o processo por meio do qual o indivíduo forma sua identidade em um contexto de relações sociais.

Por outro lado, constitui um processo de integração do indivíduo à sociedade. Diferentemente, em Honneth (2003), a questão fundamental não é a integração social, mas a integridade das identidades individuais, superando contextos de vulnerabilidade moral. Isso não significa que

Habermas negligencie questões relativas à fragilidade das identidades individuais, mas que a sua releitura de Mead (1934) possui mais uma dimensão sociológica.

Em face desta leitura, à medida que Habermas (2012) articula a individuação social ao processo de racionalização do mundo da vida, surge a possibilidade de enfrentar os argumentos da teoria sistêmica. Para o autor, a tentativa de interpretação da individuação na perspectiva da teoria dos sistemas, se configura inadequada, pressupondo um indivíduo isolado, que percebe uma multiplicidade de papéis e de escolhas a serem decididas em função do sistema.

Diante dessa estrutura conceitual, a teoria sistêmica compreende a racionalização do mundo da vida em uma dimensão unilateral, percebendo a dissolução tradicional das formas de vida como um processo que reflete a inviabilidade de efetivação da integração social por meio de normas voltadas para o entendimento, ocorrendo um ajuste funcional das condutas individuais aos imperativos sistêmicos.

Nesse sentido, para a teoria sistêmica, o *self* torna-se desprovido de dimensões normativas, restringindo sua conduta a um simples ajuste à função sistêmica, sendo incapaz de se inserir no processo de integração social em um mundo racionalizado e de realizar uma autorreflexão moral. Para distanciar-se de tal ponto de vista, Habermas (2012) resgata a contribuição de Mead (1934), articulando o *Eu* no caminho da autonomia e da intersubjetividade.

Nessa linha de raciocínio, para Habermas (2012), afastar-se da perspectiva sistêmica exige dois requisitos: garantir os pressupostos da individuação por meio da socialização e ter a certeza de que as condutas individuais não sejam restringidas pelos imperativos funcionais do sistema, permitindo a construção da identidade do *self* pós-convencional. A proposta de Mead (1934) distancia-se do uso da linguagem na

perspectiva do observador, assumindo relevância o seu direcionamento para a pragmática linguística, na perspectiva dos participantes.

Sob esse aspecto, a crítica habermasiana (2012) sublinha que Mead (1934) consegue reconstruir a passagem para a linguagem por sinais, a partir da linguagem por gestos, apenas supondo que o participante da interação adota a perspectiva do outro. Mas, para que haja a transição para a linguagem de sinais, argumenta Habermas (2012), aquele gesto precisa ter significado idêntico para os participantes.

Nesse particular, a estratégia de Habermas (2012), em *Teoria do Agir Comunicativo*, é complementar a teoria de Mead (1934) com a teoria contemporânea da linguagem de Wittgenstein (2000). A passagem da interação por gestos para a interação por símbolos pressupõe uma regra de uso, de modo que as interações entre indivíduos são normatizadas e há uma interpretação compartilhada a respeito de cada símbolo.

Nesse quadro teórico, Wittgenstein (2000) certifica que os símbolos somente possuem sentido se houver um significado atribuído a eles segundo uma regra que é compartilhada por falantes, pois não há sentidos privados, ou seja, inexistente linguagem privada. Os significados dependem do compartilhamento de regras de uso por falantes de uma comunidade linguística.

Sob essa ótica, a abordagem de Wittgenstein (2000) é, portanto, mais radicalmente intersubjetiva que a de Mead (1934). A origem dos significados está na própria prática social de compartilhamento de regras, razão porque a transição para símbolos sugere regras compartilhadas de uso, uma práxis linguística compartilhada de indivíduos inseridos em certos jogos de linguísticos específicos nos quais certos comportamentos adquirem certo significado.

É de se mencionar que, em conformidade com Mead (1934), em certo momento, os sinais se convertem em símbolos, tornando possível interpretar a conduta não em termos de um sinal instintivo, mas de um símbolo que carrega um significado. Habermas (2012) percebe que a

transição da interação por sinais para a interação por símbolos ocorre no saber cultural, mas não tem uma ancoragem institucional, nem nas estruturas da personalidade. A interpretação de Mead (1934) não explica como seres humanos conseguem se organizar e interagir uns com outros a partir dos símbolos e como foi possível que a interação deixasse de ser por esquemas instintivos, mas a partir de esquemas linguísticos.

No nível institucional, é necessário reorganizar normas, aptidões e motivações para que os indivíduos consigam se comportar em conformidade com as normas, não sendo suficiente a mudança no saber cultural. Assim, Mead (1934) não percebeu a centralidade dos acordos racionalmente motivados capazes de formar normas coercitivas compartilhadas e estruturas de personalidade dispostas e motivadas para realizar determinados papéis.

Diante do exposto, Mead (1934), para Habermas (2012) não compreende que, quando a interação por sinais evolui para a interação por símbolos, estes passam a ter valor proposicional, incorporando pretensões de validade que são defendidas com base em razões e que podem ser respondidas criticamente, em termos de aceitação ou de negação. O que Habermas (2012) pondera é que o acordo racionalmente motivado faz com que indivíduos entendam papéis sociais e se sintam motivados para agir conforme papéis sociais fora dos esquemas instintivos.

Outrossim, o acordo racionalmente motivado cria uma nova possibilidade de socialização humana que não depende do instinto, legitimando uma forma de vida social que seja, ao mesmo tempo, convincente e motivadora para todos. Essa insuficiência teórica de Mead (1934) é introduzida na *Teoria do Agir Comunicativo*. Segundo Mead (1934), o surgimento da linguagem torna possível a constituição de normas. Já para o autor alemão, a linguagem assume três papéis: entendimento, socialização e integração social. Habermas (2012, p. 51),

em passagem elucidativa, frisa que:

(...)enquanto eles levantam, mediante seus atos de fala, pretensões à validade daquilo que é emitido, eles alimentam a expectativa de estarem buscando um consenso racionalmente motivado que lhes permita coordenar seus planos e suas ações, sem a necessidade de lançar mão de coações para influir nos motivos concretos do outro ou de apoiar-se na perspectiva de recompensas, como é o caso dos imperativos simples.

Sob esse prisma, os acordos racionalmente motivados criam novas possibilidades de socialização humana que transcendem o instinto, estabelecendo novas instituições, papéis sociais e motivações para os indivíduos. Constituem também a força propulsora para que os indivíduos adotem novos esquemas de comportamento, que não aqueles inscritos no instinto.

Nesse cenário, Habermas destaca que Mead (1934) concentra-se na linguagem como *meio de coordenação da ação e da socialização*. *Porém, negligencia a linguagem como meio do entendimento*. (HABERMAS, 2012, p. 52) E conclui: *simplifica a tarefa de reconstrução da passagem da interação mediada simbolicamente para a interação regida por normas, ao pressupor como já preenchidas as condições para uma interação civilizadora entre pais e filhos*. (HABERMAS, 2012, p. 52).

É mister lecionar que Mead (1934) analisa a interação mediada simbolicamente, ao introduzir a noção de ato social por meio do qual o gesto é a primeira parte. Para Hinkle, Habermas critica esse aspecto da teoria de Mead (1934) *por sua desatenção à força ilocucionária do gesto simbólico e, portanto, por ignorar como a ação comunicativa difere da interação comportamental e como os atores são tanto falantes e ouvintes*. (Habermas, 1981 *apud* HINKLE, 1992, p. 321). Para a perspectiva de Habermas (2012), a concepção de Mead (1934) - relativa à assunção da perspectiva do outro - não deve ser interpretada em termos

de respostas comportamentais, mas de intenção comunicativa dos falantes e ouvintes, que orientam suas ações por pretensões de validade.

Um problema identificado por Habermas (2012), em *Teoria do Agir Comunicativo*, consiste no fato de que a explicação de Mead (1934) sobre a formação do *self* e a adesão a normas sociais é psicológica, situando-se no plano ontogenético. Habermas (2012) entende que Mead (1934) deveria ter estabelecido uma explicação filogenética.

No ensejo, Mead (1934) não responde à seguinte questão: como é possível a sociedade se estruturar? Para Mead (1934), a partir do momento em que o ser humano teve acesso à linguagem, ele adquiriu a capacidade de propor novas formas de organização diversas dos esquema instintivos, conduzindo à formação de uma comunidade estruturada linguisticamente. A explicação de Mead (1934) infere uma sociedade já existente com uma forma de vida, um saber cultural, valores, normas e papéis sociais estruturados.

É relevante sublinhar que, em *Teoria do Agir Comunicativo*, o elo entre identidade do *Eu* e comunidade ilimitada de comunicação agora é capaz de contemplar uma relação ontofilogenética, que é incorporada por Habermas (2012). Em *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*, tal tentativa do autor (1983) de transcendência da ontogênese para a filogênese não teve sucesso devido à afirmação da centralidade da psicologia do desenvolvimento. Nesta obra, assim como em *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, Habermas (1983; 1989) busca estabelecer uma homologia entre os níveis de desenvolvimento do *Eu* e as diversas fases de reflexão e de evolução da sociedade, tanto no que se refere ao desenvolvimento cognitivo, como no que concerne à formação da identidade e, por fim, no que diz respeito à consciência moral.

Nesse ponto, na década de 1970, a preocupação fundamental de Habermas era o desenvolvimento da consciência moral. O equilíbrio

ontofilogenético não é alcançado em *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*, em razão de uma abordagem psicológica voltada para a dimensão individual. A estratégia de Habermas (2012), em *Teoria do Agir Comunicativo*, é vincular identidade e linguagem, de forma que a ideia de comunidade ilimitada de comunicação não pressuponha mais a consciência moral de Kohlberg (1976). Isso não significa afirmar que Habermas (2012; 1989), em *Teoria do Agir Comunicativo*, tenha descartado totalmente a psicologia do desenvolvimento desenvolvida em *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, mas que a passagem do nível convencional para um contexto pós-convencional decorre de uma categoria mais abrangente do que a consciência moral.

Assim, Habermas (2012), em *Teoria do Agir Comunicativo*, prognostica que a categoria essencial que fundamenta o processo socioevolutivo, é a estrutura da linguagem - e não mais a consciência moral de Kohlberg (1976). Tal substituição teórica é responsável por garantir uma relação harmônica entre as dimensões individual e social, delineando uma teoria da evolução social que transcende o papel meramente ontogenético. Para suprir o vazio filogenético de Mead, Habermas (2012) irá recorrer à teoria de Durkheim (2003). A ideia requer complementar Mead (1934), resgatando de Durkheim (2003) o aspecto do simbolismo religioso como elemento arcaico da consciência normativa.

Em síntese, a estratégia habermasiana visa reconstruir o conceito durkheimiano (2003) de consciência coletiva para verificar *uma raiz pré-linguística do agir comunicativo, dotada de caráter simbólico; isso torna possível sua introdução numa análise destinada a reconstruir o agir conforme normas*. (HABERMAS, 2012, p. 86). Conforme Durkheim (1981 *apud* Habermas, 2012), a expressão religiosa representa um fenômeno responsável por garantir a unidade do grupo social. A religião é uma verdadeira instituição social que, enquanto sistema solidário de crenças e de práticas decorrentes do elemento sagrado,

mantém a disciplina e a integração social, impondo obrigações.

Em suma, Habermas considera como origem pré-linguística do agir comunicativo, o simbolismo religioso descrito por Durkheim, responsável pelo consenso normativo tradicional e pela reprodução simbólica do mundo da vida. (Durkheim, 1981 *apud* Habermas, 2012). O sagrado que, antes, era responsável pela reprodução simbólica do mundo da vida, na modernidade, é substituído pelo consenso racional inspirado pelo agir comunicativo. A ruptura da unidade simbiótica entre sociedade e religião ocorre quando as estruturas da ação comunicativa se tornam eficazes, a partir da linguistização do sacro.

No entanto, para Habermas (2012), a teoria de Durkheim (2003) deixa sem respostas as seguintes questões: como a identidade coletiva permite uma solidariedade social que se desdobra nas instituições? E como compreender a individualidade dos membros do grupo social, partindo do conceito de identidade coletiva?

Ademais, nas palavras de Habermas, Durkheim (2003) *não faz uma distinção clara entre a comunidade da prática ritual, gerada por meio de símbolos religiosos e a intersubjetividade produzida mediante a linguagem.* (HABERMAS, 2012, p. 86) Além disso, a desconsideração de Durkheim (2003) em relação à dimensão do entendimento linguístico suscita certo dualismo na explicação sobre o relacionamento entre indivíduo e sociedade. É clara a assertiva de Habermas (2012, p. 86):

(...)Porém, ele subsume apressadamente a comunidade do consenso normativo, realizado mediante normas, e a intersubjetividade do saber, produzida por meio de atos de fala, sob o mesmo conceito de consciência coletiva. Por isso, não fica claro o modo como as instituições extraem sua validade a partir das fontes religiosas da solidariedade social. Tal problema só pode ser solucionado quando levamos em conta que a prática cotidiana ou profana flui através de processos de entendimento diferenciados linguisticamente, obrigando a uma especificação de pretensões de validade

para ações adequadas à situação no contexto normativo de papéis e instituições. O agir comunicativo, que Durkheim não valorizou suficientemente, constitui o ponto de engate para as energias da solidariedade social. O descuido em relação à dimensão do entendimento lingüístico provoca o dualismo insatisfatório que transparece nas explicações de Durkheim acerca da relação entre indivíduo e sociedade. (...)

Com efeito, a Teoria da Ação Comunicativa pretende superar essa insuficiência teórica de Durkheim (2003), com base em Mead, ao supor *que a formação da identidade se realiza pela comunicação lingüística*. (Mead, 1969 *apud* HABERMAS, 2012, p. 109). Na sua percepção, a estratégia de Mead (1934) é mais convincente que a de Durkheim (2003), uma vez que destaca que o processo de socialização constitui um processo de individuação. (Mead, 1969 *apud* Habermas, 2012).

Em face desta leitura, Habermas (2012) realça que Durkheim (2003) não fornece uma explicação suficiente que explicita de que modo as formas de solidariedade mecânica evoluem para formas orgânicas, permitindo uma transformação da consciência coletiva. O autor, segundo Habermas (2012) não explica consistentemente o fio condutor da evolução, a partir da ação comunicativa.

Por fim, para Habermas, embora Durkheim (2003) acene para a ideia de linguistificação do sagrado, não estabelece uma elaboração detalhada. Nesse ponto, a teoria de Mead (1934) denota-se promissora para a ética discursiva, pois *entende a diluição comunicativa de instituições apoiadas na tradição e na autoridade sagrada como racionalização*. (HABERMAS, 2012, p. 167). Mead (1934), para o filósofo alemão, consegue responder ao seguinte questionamento: *que estruturas uma sociedade deveria assumir, caso sua integração social abandonasse inteiramente as bases sagradas e passasse a adotar o consenso obtido por vias comunicativas?* (HABERMAS, 2012, p. 167).

Com o objetivo de fundamentar linguisticamente a lógica da evolução social, Habermas (2012) recorre a Mead (1934), pois somente este consegue fundamentar a moral universalista *de modo que ela possa*

ser entendida como o resultado de uma racionalização comunicativa, isto é, como consequência da liberação do potencial de racionalidade contida no agir comunicativo. (HABERMAS, 2012, p. 168).

Nesse sentido, segundo Habermas (2012), Mead (1934) modifica o argumento kantiano, ao delinear uma teoria da sociedade que fundamenta a validade social das normas morais. Habermas (2012) alega que o julgamento de questões morais pressupõe a consideração imparcial do interesse geral de todos os afetados. Para tal empreendimento, Habermas (2012) assimila de Mead (1934) a ideia de uma comunidade de comunicação ideal, visto que o sujeito que julga moralmente, não pode analisar monologicamente a validade de uma norma para o interesse geral dos afetados, assumindo relevância o mecanismo de assunção de perspectivas.

Sob esse aspecto, no artigo “Individuação através de socialização - sobre a teoria da subjetividade de George Herbert Mead”, Habermas (2002, p. 220) pondera que a comunidade ilimitada de comunicação constitui uma *suposição idealizadora de uma forma de vida universalista, onde cada um pode assumir a perspectiva de cada um dos outros e onde cada um pode contar com o reconhecimento recíproco por parte de todos.* Habermas (2002, p. 226), em passagem elucidativa, postula que:

(...)No agir comunicativo, as suposições de auto-determinação e de auto-realização mantêm um sentido rigorosamente intersubjetivo: quem julga e age moralmente tem de poder esperar o assentimento de uma comunidade de comunicação ilimitada e quem realiza uma história de vida assumida responsabilmente tem de poder esperar o reconhecimento dessa mesma comunidade. De acordo com isso, a minha identidade própria, ou seja, minha autocompreensão como um ser individuado que age autonomamente, só pode estabilizar-se se eu for reconhecido como esta pessoa.

Nessa perspectiva, a ideia de uma comunidade universal constitui uma suposição ideal que permite a compreensão de um *self* inserido em uma comunidade projetada, porquanto nenhum argumento, em princípio,

é imune a processos dialógicos de reflexão crítica. O resgate dessa comunidade ampla propicia a formação de um sujeito autônomo que orienta suas ações por princípios universais. Nas palavras de Habermas, Mead atribui a toda pessoa que *desempenha o papel de um participante de um discurso universal, a autonomia eforça de autorrealização espontânea, as quais permitem que ela se desvincilhe das amarras inerentes às condições vitais concretas e habituais.* (Mead, 1969 *apud* HABERMAS, 2012, p. 177)

Portanto, Habermas (2012) cria um vínculo entre identidade do *Eu* e comunidade de comunicação universal. Em suas palavras, *a comunidade de comunicação ideal tem como característica própria uma identidade do eu que possibilita a autorrealização na base de um agir autônomo.* (HABERMAS, 2012, p. 180)

Antes de tudo, é relevante considerar que o modelo intersubjetivo de ego produzido socialmente, desenvolvido por Mead (1969 *apud* Habermas, 2012), supõe o papel constitutivo do reconhecimento do outro na construção da subjetividade. Analisando a gênese comunicativa do *self* reflexivo, Habermas salienta que a individuação depende da *internalização das agências que monitoram o comportamento, que migram, por assim dizer, de fora para dentro.* (HABERMAS, 2002, p. 186-187). Compreende-se que a individuação não ocorre em uma perspectiva monológica de um sujeito solitário, mas se insere em um contexto de socialização, por meio do qual a ação comunicativa estabelece processos intersubjetivos mediados linguisticamente.

Todavia, o significado das instâncias do *I* e *Me* é diverso para Habermas (2002; 2012) e para Mead (1934). Mead (1934) enfatiza que o *I* deve ser compreendido em um sentido de espontaneidade, concebido em termos de respostas originais, mas que devem ser contextualizadas. Esse momento de espontaneidade não se confunde com a ideia habermasiana de reflexividade autônoma.

Nesse quadro teórico, Habermas (2002) considera o *Me* de Mead

como o elemento convencional do *self* ao qual se contrapõe o *I*. Nesse particular, analisando o desenvolvimento do *self* reflexivo, HalphIngsBannell ressalta que o *Me* de Mead, em Habermas, *pode ser considerado como uma consciência moral convencional*. (Habermas, 2002 *apud* BANNELL, 2006, p. 108). Leciona Bannell acerca da perspectiva habermasiana, que o *Me* de Mead, *representa uma força conservadora, dependente das formas de vida e instituições praticadas e reconhecidas em uma determinada sociedade*. (Habermas, 2002 *apud* BANNELL, 2006, p. 108).

Não obstante, o *I* constitui um elemento não convencional do *self*, cujos impulsos libertários passam a problematizar tais padrões, sendo capaz de contrapor-se aos controles convencionais do *Me*, pois, no nível convencional da evolução moral da sociedade, a dialética entre o *I* e o *Me* é delineada em termos de um controle opressivo do primeiro pelo segundo.

No entanto, para Habermas (2002), na identidade pós-convencional, o *I* tem potencialidade de se distanciar reflexivamente dos padrões considerados legítimos em uma sociedade. A questão fundamental, para Habermas(2002), é: se o *self* se forma em um contexto intersubjetivo que pressupõe a internalização do outro generalizado, como o indivíduo pode transcender reflexivamente as contingências de uma forma de vida específica, em uma perspectiva pós-convencional?

Diante dessa estrutura conceitual, tal dilema teórico é resolvido de maneira bastante original por Habermas (2002). O *I* projeta um novo *Me*, que se traduz em uma nova dimensão intersubjetiva de condições de comunicação de um discurso universal, tornando possível a passagem para uma moralidade pós-convencional. A comunidade ilimitada de comunicação constitui uma *suposição idealizadora de uma forma de vida universalista, onde cada um pode assumir a perspectiva de cada um dos outros e onde cada um pode contar com o*

*reconhecimento recíproco por parte de todos.*² (HABERMAS, 2002, p. 220).

Por conseguinte, em face dessa trajetória filosófica, a projeção da comunidade universal encontra fundamento na própria estrutura linguística, permitindo ao indivíduo, não um desengajamento, mas uma inserção em uma comunidade projetada. É de se mencionar que, segundo Habermas (2002), a partir desta comunidade idealizada, o *self* se autodefine como tendo uma história de vida que não é circunscrita por qualquer papel particular. A identidade do *self* pós-convencional somente pode autoestabilizar-se por meio da antecipação de relações simétricas de reconhecimento recíproco.

É mister sublinhar que, ao desenvolver o processo de evolução das sociedades como um aperfeiçoamento dos níveis de aprendizagem, Habermas (2002) aposta nas estruturas da racionalidade desenvolvidas no nível cultural, como um substrato linguístico capaz de inspirar formas mais aprimoradas de integração social. No entanto, Aboulafia (1995) acentua a maneira problemática de acordo com a qual Habermas (2012; 2002) conecta as noções de autonomia e de individuação.

No ensejo, Aboulafia sobreleva que, *ao apelar para uma comunidade ilimitada de comunicação, ele acredita que encontrou um momento de liberação do nível convencional que lhe permite ser autônomo.* (ABOULAFIA, 1995, p. 105). Sob tal prisma, Aboulafia (1995) critica a proposta habermasiana de transformar o problema da individuação em uma espécie do problema da autonomia.

² Nesse sentido, leciona Mitchell Aboulafia, acerca da perspectiva habermasiana, que o filósofo, ao apelar para uma comunidade universal de comunicação, considera que o *self* somente se torna autônomo quando rompe com a perspectiva convencional. (Habermas, 1992 *apud* Aboulafia, 1995). Aboulafia (1995, p. 95-113) menciona que: *mesmo que concordemos que as condições para a possibilidade de autonomia poderão ser melhor alcançadas ao considerar o papel de uma comunidade de comunicação ilimitada, isso não implicaria que um sentido pós-convencional de individuação seria melhor alcançado dessa forma.*

Outrossim, destaca também que, para Habermas, *tanto autodeterminação como autorrealização exigem serem resguardadas do limite sufocante da convencionalidade do Me. Mead não vê o Me nesta dimensão.* (Habermas, 1992 *apud* ABOULAFIA, 1995, p. 107). Por fim, Aboulafia (1995) enfatiza que a noção de comunidade ilimitada de comunicação, em vez de ser concebida como parâmetro ideal de interação - o que Mead (1934) defenderia - para Habermas, constitui uma *condição para a possibilidade da autonomia e história de vida individuada.* (Habermas, 1992 *apud* ABOULAFIA, 1995, p. 111)

É premente ponderar que a questão da formação da identidade, em Habermas (2002), possui dois aspectos importantes: a constituição intersubjetiva da identidade e o projeto normativo de autonomia do sujeito. Assim, em relação ao primeiro aspecto, MaeveCooke(1994), professora da *UniversityCollege Dublin*, na Irlanda, em sua obra *LanguageandReason*, notabiliza que a noção habermasiana (2012) de subjetividade “não prejudicada” pressupõe o estabelecimento de relações simétricas de reconhecimento mútuo vinculadas ao processo de racionalização do mundo da vida. É pertinente o seguinte comentário de MaeveCooke:

(...)Habermas também expressa o conteúdo utópico da ideia de racionalidade comunicativa em termos de “racionalização do mundo da vida”. Nós podemos ver como ele alcança este aspecto, se nós nos lembrarmosna sua identificação de três componentes estruturais na reprodução simbólica do mundo da vida – tradições culturais, integração social e o desenvolvimento das identidades individuais – e aplicarmos cada um destes à noção de busca por entendimento através da avaliação crítica e aberta de pretensões de validade. Essa produz a ideia de uma sociedade na qual (a) há uma permanente revisão das interpretações e práticas tradicionais, de forma que nenhum elemento dos quais é considerado como sendo isento de crítica, (b) as identidades dos sujeitos individuais são autorreguladas através de processos de reflexão crítica e, num nível elevado, destacadas dos contextos culturais concretos. (...) (COOKE, 1994, p. 44).

Diante do exposto, conclui-se que, na ética discursiva, somente a ação orientada para o entendimento, como expressão de uma moralidade pós-convencional, pode inspirar uma concepção de identidade do sujeito individual como único e distinto dos outros sujeitos. Nesse cenário, Habermas (2002) apela para padrões de pretensão de validade universais que transcendem um contexto sociocultural específico, porquanto as práticas intersubjetivas de comunicação constituem uma característica universal da espécie humana.

Sob esse prisma, para Cooke, o autor assevera que *o sujeito individual torna-se autônomo, ou geralmente realiza seus potenciais como um ser humano, somente dentro de relações intersubjetivas nas quais suas pretensões à validade moral (no caso da autonomia) e da autenticidade (no caso da autorrealização) são reconhecidas como válidas.* (Habermas, 1992 *apud* COOKE, 2003, p. 284). O elemento fundamental do projeto habermasiano (2002; 2012) de reconstrução de uma teoria crítica da sociedade diz respeito ao poder transcendente e universal das pretensões de validade.

4–Conclusão

A teoria de Mead (1934) é fundamental para Habermas (2002; 2012) e para Honneth (2003; 2009), pois não recorre ao individualismo metodológico, explicando os fenômenos sociais e o comportamento social em uma perspectiva intersubjetiva. Não tem a pretensão de derivar o elemento social a partir do individual, pois a formação do *self* individual surge a partir da interação entre valores e papéis constituídos socialmente.

Nesse ponto, depreende-se que a releitura habermasiana acerca

da psicologia social de Mead (1934) constitui um instrumental teórico importante para a concepção de *self* reflexivo; Honneth (2003), por sua vez, resgata Mead (1934), com o intuito de atualizar o legado hegeliano (1984), conferindo-lhe dimensão sociológica. De um lado, a distinção entre *I* e *Me* assume relevância para Honneth (2003), por conectar-se às ideias de realidade e de potencialidade.

De outro lado, para Honneth (2009), a possibilidade de aplicar normas universalistas de forma sensível ao contexto não é necessariamente afirmação dos valores do ambiente e pressupõe capacidade de refletir sobre seus impulsos, percebendo que existem motivos mais profundos, implícitos às ações. Em *Luta por Reconhecimento*, Honneth (2003) destaca serem as experiências traumáticas que impulsionam a reflexão, ou seja, quando há ruptura da cotidianidade, da normalidade, quando se depara com algo inusitado e se alcança um nível maior de autonomia. No entanto, compreendemos que o modelo tripartite freudiano (1969) não possui correspondência com o *I* de Mead (1934), pois este, diferentemente da ideia de inconsciente, é suscetível a evolução histórica.

Em síntese, para Habermas (2002), tanto autodeterminação, como autorrealização exigem distanciar-se da convencionalidade do *Me*. No entanto, Mead (1934) não concebe o *Me* nessa dimensão. Nesse sentido, para Mead (1934 *apud* Aboulafia, 1995, p. 106), *nós não procuramos simplesmente garantir que sejamos únicos, mas únicos de alguma maneira específica, na relação com uma comunidade vital*. Ou seja, Habermas (2002; 2012) busca uma abordagem mais abstrata de individualidade e de autonomia que não é estabelecida nem por Mead (1934), muito menos, por Honneth (2003; 2009).

Em suma, Habermas (2002), com base em Mead (1934), transforma o problema da individualidade no problema da autonomia. Como salienta Aboulafia (1995), para Habermas (1992 *apud* Aboulafia,

1995, p. 107), *a solução para a convencionalidade do Me implicará em apelar para um self capaz de definir a si próprio em termos de uma comunidade que transcende o dado*. Para Mead, diferentemente de Habermas (2012), o *I* pode ser visto como *efetivando princípios que estão implícitos em uma dada sociedade ou época histórica*. Sua atividade criativa é, às vezes, *uma descoberta de possibilidades implícitas*. (Mead, 1934 *apud* ABOULAFIA, 1995, p. 107).

Com efeito, a preocupação fundamental de Habermas (2002; 2012), em sua releitura da psicologia social de Mead (1934), se concentra em que o desenvolvimento do *self* alcance um nível de pós-convencionalidade. A preocupação de Honneth (2003), ao resgatar Mead (1934), vincula-se aos contextos de vulnerabilidade moral, ou seja, à possibilidade de evitar os danos que o *self* possa sofrer na formação da identidade pessoal. Para Honneth (2003), a experiência do desrespeito é o impulso motivacional da dialética entre o *I* e o *Me*. Nas palavras de Honneth, *pois a tensão afetiva em que o sofrimento de humilhações força o indivíduo a entrar, só pode ser dissolvida por ele na medida em que reencontra a possibilidade da ação ativa*. (HONNETH, 2003, p. 224).

Diante dessa estrutura conceitual, entende-se que a mudança de paradigma habermasiano do exercício crítico da razão relativamente à psicologia social de Mead (1934) para o paradigma da autorrealização delineado por Honneth (2003; 2009) se revela incoerente. Se a dialética entre o *I* e o *Me* está conectada às experiências de sofrimento individual, atribuindo à vulnerabilidade moral um potencial normativo capaz de impulsionar a expansão das relações de reconhecimento, a releitura de Honneth (2003; 2009) sobre Mead (1934) demonstra-se incapaz de superar, por exemplo, contextos nos quais há felicidade ilusória.

Nesse quadro teórico, em determinadas culturas, os indivíduos podem ser tão explorados e os seus atributos tão desvalorizados na esfera da divisão do trabalho, que são incapazes de perceber sua situação de opressão. Sustenta-se aqui que o “escravo feliz”, por meio de pretensões

de validade universais que transcendem um universo cultural específico, pode ser capaz de refletir criticamente sobre sua efetiva situação de opressão, tendo em vista uma moral pós-convencional. Defende-se, finalmente, que uma releitura da psicologia social de Mead (1934) com base no paradigma normativo da autorrealização não possui recursos teóricos com potencialidade para avaliar as injustiças contemporâneas e atender aos desafios propostos pelos novos movimentos sociais, porquanto a ampliação das dimensões de reconhecimento não pode basear-se em uma apologia da psicologia moral do sofrimento.

5-ReferênciasBibliográficas

ABOULAFIA, Mitchell. Habermas and Mead: On Universality and Individuality. **Constellations**, vol. 2, n. 1. Cambridge: Blackwell, 1995, p. 95-113.

BANNEL, Ralph Ings. **Habermas e Educação**. São Paulo: Antêntica, 2006.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. A Filosofia Política do Reconhecimento. In: SARMENTO (org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 373-395.

COOKE, Maeve. **Language and Reason- a Study of Habermas's Pragmatics**. Cambridge: Mit Press, 1994.

COOKE, Maeve. The Weaknesses of Strong Intersubjectivism: Habermas's Conception of Justice. **European Journal of Political Theory**, vol. 2, n. 3. London: Sage Publications, 2003, p. 273-294.

FREUD, Sigmund. O ego e o id. In: **S. Freud**. Edição Standars brasileira das obras psicológicas completas de S. Freud. (Vol. 14). Rio de Janeiro: Imago, 1969, p. 322-348.

HABERMAS, Jürgen. **Para a Reconstrução do Materialismo Histórico**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. Individuação através da socialização. Sobre a teoria da subjetividade de George Herbert Mead. In: HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-Metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo** – sobre a Crítica da Razão Funcionalista- Tomo II. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia Real**. Madrid: Fondo de Cultura Economica, 1984.

HINKLE, Gisela J. Habermas, Mead, and Rationality. **Symbolic Interaction**, vol. 15, n. 3. California: UniversityCalifornia Press, 1992, p. 315-331.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento - A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. Autonomia Descentrada. In: HONNETH, Axel. **Crítica del Agravio Moral: Patologías de la sociedad contemporánea**. Buenos Aires: Fondo de CulturaEconómica, 2009.

KOHLBERG, Lawrence. Moral Stages and Moralization. The Cognitive Developmental Approach. In: Lickona, T. (ed). **Moral Development and Behaviour**. New York: Holt Rinehart and Wiston, 1976.

MEAD, George Herbert. **Mind, Self & Society –From the standpoint of a social behaviorist**. Chicago: University of Chicago Press, 1934.

SILVA, Filipe Carreira da. **G. H. Mead.A Critical Introduction**. Cambridge: Polity Press, 2007

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

As Lacunas e seus Respectiveiros Mecanismos Supletivos

Reis Friede¹

Resumo

O ordenamento jurídico constituiu-se em um sistema de normas jurídicas, do que se infere que as normas em questão não se encontram dispostas isoladamente, mas se relacionam umas com as outras, formando um *sistema* provido dos *atributos* da *unidade*, *coerência* e *completude*. Por *completude*, segundo BOBBIO, “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”. Por sua vez, a ausência de uma norma é tradicionalmente denominada de *lacuna*, problema que, nos termos da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, há de ser solucionado através dos mecanismos supletivos: *analogia*, *costume* e *princípios gerais do Direito*.

Palavras-chave: lacuna; analogia; costume; princípios gerais do Direito.

Abstract

The legal order has constituted itself as a system of legal standards, which makes us infer that these standards are not singly arranged, but relating to each other, forging a *system* provided with the *attributes* of

¹Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Correio eletrônico: reisfriede@hotmail.com . É autor do Livro *Teoria do Direito*.

unity, coherence and completeness. The term *completeness*, according to BOBBIO, "is understood as the quality of the legal order that has a rule for each case". On the other hand, the lack of a rule is traditionally called *gap*, a problem that, according to the current Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), has to be solved through one of the supplementary mechanisms: *analogy, custom* and the *general principles of Law*.

Keywords: gap; analogy; custom; general principles of Law.

1. Introdução

O ordenamento jurídico, caracterizado por sua complexidade intrínseca, pode ser traduzido, em linhas gerais, como um *conjunto de normas jurídicas*. Não obstante a simplicidade de tal definição, trata-se de expressão que abrange muito mais elementos, independente das diversas naturezas e classificações que se lhe possam atribuir (FERRAZ JR., 2015, p. 139-140).

No preâmbulo do capítulo I da obra intitulada *Teoria do Ordenamento Jurídico*, BOBBIO (1999, p. 19) menciona uma frase cuja essência sintetiza boa parte do conteúdo teórico a ser desenvolvido no presente texto: "as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si". A presente citação evidencia, em primeiro lugar, que "as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade", isto é, formam um *ordenamento jurídico*, não obstante a existência de normas das mais variadas naturezas temáticas (constitucionais, processuais, penais, civis, administrativas, eleitorais, tributárias, ambientais, etc). Da mesma forma, a referida elocução põe em relevo a importância não apenas do estudo da norma

jurídica individualmente considerada (assunto a ser abordado no âmbito da *Teoria da Norma*), mas, também, de sua inter-relação com outras normas integrantes de um dado *sistema*, vocábulo que, segundo argumenta SOARES (2013, p. 111), pode ser semanticamente definido como “toda ordenação racional de elementos naturais ou sociais, a qual pode ser decomposta analiticamente em duas dimensões”, quais sejam, o *repertório* (elementos que integram o sistema) e a *estrutura* (padrão de organização dos referidos elementos sistêmicos).

BOBBIO, reconhecendo que a norma jurídica era tradicionalmente a única perspectiva através da qual se estudava o Direito, posto que não se concebia o ordenamento jurídico como um objeto *autônomo* de estudo, propõe, na aludida obra, uma teoria destinada a analisá-lo, separada e particularmente. Assim, diante da verificação de que as normas jurídicas *não existem*, mas, sim, *coexistem*, é possível afirmar que a *Teoria do Ordenamento Jurídico* constitui-se em uma das mais relevantes contribuições de BOBBIO para a compreensão do fenômeno jurídico no seu aspecto *global*. Afinal, conforme afirma o autor italiano, o ordenamento jurídico, “além de regular o comportamento das pessoas, *regula também o modo pelo qual se devem produzir as regras*”. Igualmente considerando o caráter sistêmico inerente ao ordenamento jurídico, KELSEN (1987, p. 207), na célebre *Teoria Pura do Direito*, assevera que “todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma *norma fundamental* formam um *sistema de normas*, uma *ordem normativa*”. Nota-se, portanto, que KELSEN e BOBBIO procuram demonstrar que o fenômeno jurídico não é representado apenas pela norma particularmente concebida, mas também por um autêntico sistema normativo.

A doutrina nacional também alude a tal caráter sistêmico do ordenamento jurídico, atributo assinalado, por exemplo, por SILVA (2015, p. 35), mormente quando afirma que o Direito é um “fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido”, consistindo, portanto, em um

“sistema normativo”, fenômeno que se operou ao longo do tempo, conforme explica (LAFER, 1988, p. 39).

2. O Problema das Lacunas

Com o surgimento do Estado moderno, fundado no primado da lei, pretendeu-se, entre outros aspectos, construir um sistema jurídico cujas regras positivas fossem suficientemente abrangentes, de modo a abarcar todas as situações jurídicas passíveis de serem estabelecidas no âmbito das relações intersubjetivas. Tal aspiração revela uma verdadeira utopia do ser humano, dada a incontestável impossibilidade de o Direito estatal (por mais desenvolvido que possa ser) prever (e regular) o amplo universo das relações sociais dotadas de relevância jurídica, sobretudo se considerarmos que o legislador, enquanto ser falível e limitado no que se refere ao poder de previsão, não consegue acompanhar *pari passu* a dinâmica transformadora da realidade social. Assim, não raro aparecem casos desprovidos de previsão normativa, originando as denominadas *lacunas*.

O termo *lacuna*, para DINIZ (2002, p. 70) pode ser conceituado como sendo “faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídico-positiva para determinadas situações fáticas, que admitem sua remoção por uma decisão judicial jurídico-integradora”. Ainda segundo a mesma autora (DINIZ, 2001, p. 10), constitui-se a *lacuna* em um estado incompleto do sistema, defeito que necessita ser colmatado, do que resulta a importante missão a ser desempenhada pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), regra que concebe ao “magistrado, impedido de furtar-se a uma decisão, a possibilidade de integrar ou preencher a lacuna, de forma que possa chegar a uma solução adequada”. Tal providência, que a doutrina convencionou chamar de *integração normativa*, caracteriza, em última análise, o “desenvolvimento aberto do Direito, dirigido metodicamente,

em que o aplicador adquire consciência da modificação que as normas experimentam, continuamente, ao serem aplicadas às mais diversas relações da vida, chegando a apresentar, na ordem normativa, omissões concernentes a uma nova exigência da vida”.

Com efeito, identificada uma *lacuna*, cumpre ao intérprete solucioná-la, devendo, para tanto, proceder nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

3. O Debate Sobre a Existência de Lacunas no Direito

Situando a importância do assunto ora abordado, STRECK (2007, p. 104-105) comenta que “a discussão sobre a existência (ou não) de lacunas no Direito” adquire relevância, fundamentalmente, sob dois pontos de vista. De início, segundo assevera STRECK, o debate em torno da questão “é importante para a própria Dogmática Jurídica, na medida em que a tese das lacunas serve como forte entendimento norteador e, também, como sustentáculo ao Direito visto de maneira circular e controlado”; ademais, prossegue o ilustre professor, atua como “argumento desmistificador do próprio dogma do Direito baseado no modelo napoleônico, pois pode-se entender, sem dúvida, que, quando o juiz está autorizado/obrigado a julgar” nos termos dos arts. 4º da LICC [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro] e 126 do [antigo e ora revogado] CPC (isto é, deve sempre proferir uma decisão), isso significa que o ordenamento é, dinamicamente, completível, através de uma autorreferência ao próprio sistema jurídico”.

O texto da lavra de STRECK demonstra que o tema ora desenvolvido é objeto de controvérsia na doutrina. Assim, no âmbito da mesma questão, DINIZ (2001, p. 94) assevera que alguns autores rejeitam a existência de lacunas no sistema em si, sob o principal argumento de que o ordenamento forma um todo orgânico

suficientemente capaz de disciplinar todos os comportamentos humanos. Em contraposição, outra concepção doutrinária sustenta que o sistema, por mais perfeito que possa ser, não consegue prever todas as situações fáticas que constantemente ocorrem na realidade social, admitindo, pois, o fenômeno das lacunas no âmbito do próprio sistema jurídico. DINIZ, de sua parte, não concorda com a perspectiva teórica que concebe o sistema normativo como algo fechado, hermético, entendimento que, em linhas gerais, funda-se no princípio segundo o qual “tudo que não está proibido, está permitido”. Depreende-se, portanto, que a referida autora, ao rejeitar o dogma que pugna plenitude do ordenamento jurídico, acaba por admitir a ocorrência de lacuna no próprio Direito.

KELSEN, lembrado por DINIZ (2001, p. 100) igualmente rejeita a ideia “de lacunas no sistema, pois todo e qualquer comportamento pode ser considerado como regulado – num sentido positivo ou negativo – pela ordem jurídica”, disso resultando “o caráter da completude ou da plenitude do sistema normativo”. Na concepção de KELSEN, consoante afirma DINIZ, “as normas que o compõem contêm, em si, a possibilidade de solucionar todos os conflitos levados à apreciação dos magistrados ou órgãos competentes”.

Ainda no que se refere ao mesmo debate, DINIZ (2001, p. 99-100) anota que uma parte da doutrina, ao examinar o problema em epígrafe, considera as lacunas jurídicas como uma questão pertinente ao *âmbito processual*, uma vez que, segundo tal entendimento, tais figuras “somente surgem por ocasião da aplicação de normas a determinado caso para o qual não há, real ou aparentemente, norma específica”.

Ademais, fundamentando-se no princípio da proibição do *non liquet*, há quem recuse até mesmo a própria existência de lacunas, sob o principal argumento de que existem pessoas (vale dizer, os juízes) encarregadas e obrigadas a prover uma solução para toda e qualquer questão jurídica, por mais inédita que possa ser.

Não obstante os entendimentos anteriormente citados, não há como negar a efetiva existência de lacunas no Direito, posto que, conforme bem explica DINIZ (2000, p. 443), “se não se admitisse o caráter lacunoso do Direito, sob o prisma dinâmico, o Poder Legislativo, em um dado momento, não mais teria qualquer função”, tendo em vista que “todas as condutas já estariam prescritas”, mormente diante do princípio pelo qual o que não está *proibido*, está *prescrito*.

Da mesma forma, a tese segundo a qual não há lacunas porque há juízes não merece acolhimento, notadamente se considerarmos que a função do magistrado, neste particular, é justamente identificá-las e colmatá-las, criando apenas uma norma de caráter individual, permanecendo intacta a lacuna constatada na lei, uma vez que “o caso *sub judice* por ele resolvido não pode generalizar a solução para outros casos, mesmo que sejam idênticos”.

4. Espécies de Lacunas

Consoante leciona BOBBIO (1999) a doutrina, de um modo geral, alude às seguintes espécies de lacunas:

- a) *Lacuna própria* (*real* ou *de iure condito*; inerente ao Direito já estabelecido), isto é, lacuna do sistema ou dentro do sistema, e *lacuna imprópria* (*ideológica* ou *de iurecondendo*; pertinente ao Direito a ser estabelecido), ou seja, que deriva da comparação do *sistema real* com o *sistema ideal*.

Outra diferença possível de ser apontada, segundo as lições do professor BOBBIO, reside no modo pelo qual podem ser decididas cada uma das aludidas espécies. Assim, a *lacuna imprópria* somente é

solucionada “através da formulação de novas normas”, sendo resolvível pelo legislador; a *lacuna própria*, por sua vez, resolve-se mediante “as leis vigentes”, preenchidas por obra do intérprete.

De qualquer modo, delimitando o âmbito do estudo sob comento, BOBBIO (1999, p. 144) adverte que “quando se diz que o sistema está incompleto, diz-se em relação às lacunas próprias, e não às impróprias”, ou seja, o “problema da completude do Ordenamento Jurídico é se há e como podem ser eliminadas as lacunas próprias”.

b) *Lacuna objetiva* (“aquela que depende do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam o envelhecimento dos textos legislativos e que, portanto, independe da vontade do legislador”) e *lacuna subjetiva* (“que depende de algum motivo imputável ao legislador”) (BOBBIO, 1999, p. 144). *Alacuna subjetiva*, por sua vez, divide-se em *lacuna voluntária* (“aquela que o próprio legislador deixa de propósito, quando a matéria é muito complexa e não pode ser regulada com regras muito miúdas”, razão pela qual “é melhor confiá-la, caso por caso, à interpretação do juiz”) e *lacuna involuntária* (que decorre de um “descuido do legislador, que faz parecer regulamentado um caso que não o é, ou faz deixar de lado um caso que talvez se considere pouco frequente, etc.”) (BOBBIO, 1999, p. 144).

c) *Lacuna praeterlegem* (“quando as regras, expressas para serem muito particulares, não compreendem todos os casos que podem apresentar-se a nível dessa particularidade”) e *lacuna intralegem* (“que tem lugar, ao contrário, quando as normas são muito gerais e revelam,

no interior das disposições dadas, vazios ou buracos que caberá ao intérprete preencher”) (BOBBIO, p. 144).

Em adição, DINIZ, recorrendo-se de substanciosa doutrina estrangeira sobre o tema, refere-se às seguintes espécies de lacunas:

- d) *Lacuna autêntica* (“quando, a partir de uma análise da lei, é impossível a obtenção de uma decisão a um caso concreto”, figura que, segundo a mencionada autora, corresponde efetivamente a uma *lacuna jurídica*) e *lacuna inautêntica* (“quando o fato-tipo está previsto em disposição legal, mas a solução possível é tida como insatisfatória ou falsa”, configurando, assim, somente uma *lacuna política*), classificação apresentada por ZITELMANN (DINIZ, 2007, p. 84).
- e) *Lacuna de lege ferenda* (também chamada de *lacuna político-jurídica, crítica* ou *imprópria*, é aquela que existe do “ponto de vista de um Direito mais perfeito”, razão pela qual apenas pode motivar o Legislativo a reformulá-lo, mas não o Judiciário a uma colmatação da referida lacuna) e *lacuna de lege lata* (lacuna no Direito vigente, passível de ser, portanto, colmatada), esquema classificatório retratado por ENGISCH (DINIZ, 2002, p. 84).
- f) Assevera DINIZ (2002, p. 86-87) que a classificação estabelecida entre *lacunas autênticas* e *lacunas inautênticas* pode ser desdobrada nas seguintes vertentes: *lacunavoluntária* ou *intencional* (“a que o legislador, propositadamente, deixa em aberto, porque a matéria, por ser assaz complexa, exigiria normas

excessivamente minuciosas”) e *lacunainvoluntária* ou *não-intencional* [“a que pode surgir quando o elaborador da norma não observou o Direito cabalmente”, seja porque a matéria não existia na época (*lacuna desculpável*), seja porque não examinou o caso corretamente (*lacuna indesculpável*)].

- g) *Lacuna normológica* (“pertinente à ausência de normas requeridas por outras”) e *lacuna dikelógica* (“que ocorre na falta de normas requeridas pela justiça”). Esta, por seu turno, pode ser classificada em *lacuna direta* (“se tal omissão se deve a motivos históricos em que o legislador não pôde prever a necessidade das normas”) e *lacuna indireta* (“se as normas existentes são tão injustas que não podem ser aplicadas”), modelo classificatório atribuído a WERNER GOLDSCHMIDT (DINIZ, 2002, p. 87).
- h) *Lacuna transcendente* (“ausência total de regulamentação de um fato social”) e *lacuna imanente* (“que existe dentro da Ordem Jurídica, enquanto esta disciplina uma determinada questão e não outra que se encontra intimamente correlacionada com ela”).
- i) *Lacuna primária* ou *originária* (“existente na Ordem Normativa desde o momento de sua gênese”) e *lacuna secundária, derivada* ou *posterior* (“a que aparece posteriormente, seja em consequência de uma modificação da situação fática ou de aparecimento de figuras contratuais que não se encaixem nos tipos jurídicos predeterminados de um sistema, ou devido a uma mutação de valores em relação à Ordem Jurídica”),

distinção assinalada pela doutrina alemã (DINIZ, 2002, p. 88).

j) *Lacuna deontológica* [que corresponde a uma “inadequação da Ordem Normativa ao *dever-ser* (*Sollen*)”] e *lacuna ontológica* [que corresponde a uma “inadequação da Ordem Normativa ao *ser* (*Sein*)”]. Da *lacuna deontológica* resulta a *lacuna ideológica* (“relacionada a um critério transcendente, isto é, *extrínseco* à Ordem Jurídica, expressando a ausência de uma qualificação *justa* de um comportamento e a presença de uma norma que difere daquilo que se estima como *justo*”) e a *lacuna teleológica* ou *técnica* (“que apresenta uma inadequação da Ordem Normativa a um fim *imane*nte à própria ordem, contendo uma ausência de eficácia”). De igual modo, a *lacuna ontológica* pode se apresentar sob a forma de *lacuna crítica* (“quando for impossível uma avaliação deontológica de um comportamento de acordo com a norma, devido a incompletude da Ordem Jurídica”) ou *lacuna diacrítica* (“que deriva da impossibilidade de uma decisão ou de uma resolução para o caso concreto controvertido”). No que se refere a tal vertente classificatória, cuja elaboração é conferida a AMEDEO CONTE, esclarece DINIZ (2002, p. 89-90) que “as *lacunas ontológicas* e as *deontológicas ideológicas* são lacunas do Direito, ao passo que as *lacunas deontológicas teleológicas* são lacunas no Direito”.

k) DINIZ (2002, p. 86-87) refere-se, ainda, a uma classificação apresentada por ULRICH KLUG:

“Bastante interessante é a classificação proposta por ULRICH KLUG, tendo por base a consideração do

problema das lacunas como uma inadequação entre um sistema de normas **N**, e um conjunto de fatos **S**, classificando as lacunas do seguinte modo: *lacunas verdadeiras* e *lacunas não-verdadeiras*. Ter-se-iam as primeiras quando a solução para o estado de coisas **S** falta no sistema normativo **N**, e as segundas quando **S** é disciplinado por **N**, porém a solução é tida como *falsa*, porque não satisfaz; *lacunas intencionais* e *não-intencionais*, que, no mesmo sentido abordado anteriormente, dependem da vontade do legislador; *lacunas primárias* e *secundárias*, sendo as primeiras já existentes por ocasião do nascimento do sistema normativo **N**, e as segundas as que se manifestariam mais tarde; *lacunas da lei* e *doDireito*, que se distinguem se se admitir a existência de dois sistemas normativos **N1** e **N2**, onde **N1** seria a ordem legal positiva, e **N2**, uma ordem de direito supralegal, e as lacunas surgiriam, no primeiro caso, como a falta de norma no sistema **N1**, e no segundo, como a ausência de norma do sistema **N2** supralegal; *lacunas provisórias da lei*, que apareceriam, admitindo-se a referida existência dos sistemas **N1** e **N2**, onde a falta de norma no **N1** é preenchida por norma de **N2**; *lacunas imanentes* e *transcendentes*, que requerem a consideração de dois sistemas de normas, sendo imanente a oriunda de uma falha no sistema **N1** e transcendente a advinda do **N2**, considerando-se que o conjunto de fatos **S** esteja apenas disciplinado por **N1**.”(DINIZ, 2002, p. 92-93)

- l) ULRICH KLUG, citado por DINIZ (2002, p. 93), aduz, ainda, às *lacunas de conflito*, as quais corresponderiam a uma “contradição de duas normas de um sistema normativo, sem que se possa saber qual dessas proposições deverá ser aplicada ao caso singular”, dando origem, no entender de KLUG, à chamada *antinomia real*, “isto porque, em sendo contraditórias, as normas se excluem reciprocamente, obrigando o magistrado a solucionar o caso segundo os critérios de preenchimento de lacunas”.
- m) ZYGMUNT ZIEMBINSKI, por sua vez, alude à *lacuna lógica* (“aquela que ocorre em caso de antinomia”),

lacuna axiológica (“na hipótese de *lacuna de lege ferenda*”) e *lacuna de construção*, que seria a “verdadeira lacuna, surgindo quando houver uma omissão nas normas de organização de um sistema legal”, configurando, assim, na ótica do citado autor, uma autêntica lacuna (DINIZ, 2002, p. 94).

n) KRINGS, de sua parte, traz à baila mais uma classificação sobre o tema, a saber: *lacuna externa* (que se situa fora do sistema legal, requerendo, para efeito do respectivo preenchimento, a extensão do sistema ao caso concreto não previsto, recorrendo-se, por exemplo, ao emprego da analogia) e *lacuna interna* (aquela que se apresenta dentro dos limites do sistema legal, requerendo a devida colmatação, e que “surge quando a lei emprega alguns termos, sem, contudo, fornecer sua definição, ou seja, quando tal lei é ambígua, obscura ou imprecisa”) (DINIZ, 2002, p. 95).

o) DINIZ (2002, p. 95) menciona, ademais, a seguinte classificação assinalada por BETTI:

“*lacunas ínsitas aborigine* na norma ou supervenientes com o decurso do tempo ao modificarem-se as relações; lacunas resultantes da falta de valorações normativas, daquelas de que se deduz a máxima de decisão (*lacunas de valoração*) ou de sua inadequação no tratamento jurídico; lacunas dependentes de definições totais ou parciais de quaisquer elementos do tipo legal ou do estatuído no preceito (*lacuna de previsão*); *lacunas dependentes da alternatividade*, isto é, decorrentes de mudanças de relações fáticas; *lacunas de colisão*, que supõe a exigência de uma adequação e de um ponto de acordo das normas existentes com a sobrevida.” (DINIZ, 2002, p. 95)

p) Por fim, DINIZ (2002, p. 95), ante o dinamismo inerente ao Direito, propõe a seguinte classificação: *lacuna normativa* (“quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso”), *lacuna ontológica* (“se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, por exemplo, o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o ancilosoamento da norma positiva”) e *lacuna axiológica* (“no caso de ausência de norma justa, ou seja, quando existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta”).

5. Integração do Direito

Ao abordar o tema em epígrafe, FERRAZ JR. (2015, p. 262-263) assevera que a “constatação de um possível descompasso entre o Direito Positivo e as necessidades sociais trouxe à tona a questão da lacuna” e, por conseguinte, a reflexão a respeito dos modos através dos quais se procede à integração do Direito.

A doutrina, de um modo geral, reconhece que o Direito brasileiro contempla dois mecanismos por meio dos quais, sob o *prismadinâmico*, completa-se o ordenamento jurídico: a *auto-integração* e a *heterointegração*.

Auto-integração “consiste na integração cumprida através do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos e com o mínimo recurso a fontes diversas da dominante” (BOBBIO, 1999, p. 147), sendo a *analogia* o procedimento típico (DINIZ, 2002, p. 139).

Por sua vez, heterointegração, consoante as lições de BOBBIO (1999, p. 146-147), e de acordo com a terminologia adotada por

CARNELLUTI, traduz a integração realizada através do recurso a ordenamentos distintos, bem como a *fontes diversas* daquela que é dominante. Era o caso, historicamente notado por BOBBIO (1999, p. 147), em que o juiz, deparando-se com uma lacuna no Direito Positivo, recorria ao Direito Natural – concebido, durante o predomínio das correntes jusnaturalistas, como um sistema *perfeito* –, posto que uma das funções deste era exatamente preencher os vazios daquele (caracterizado, ao contrário, por ser um sistema *imperfeito*). Conforme lembrado por BOBBIO, o art. 7º do Código Civil Austríaco (1812) previa que “nos casos dúbios, que não podem ser resolvidos com normas de Direito Positivo, o juiz deve recorrer aos princípios do Direito Natural (*natürlicheRechtsgrundsätze*)”.

Segundo a doutrina contemporânea, o *costume jurídico* e a *equidade* são exemplos de recursos a serem empregados quando do manejo da técnica da heterointegração, havendo dissensão quanto aos princípios gerais de Direito, os quais, de acordo com o entendimento de DINIZ (2002, p. 139) “podem ser tidos como auto-integração (*analogia juris*) e como heterointegração (recurso aos princípios de Direito Comparado)”, embora a autora os considere “como instrumentos heterointegrativos”.

6. Meios Supletivos das Lacunas

Meios supletivos das lacunas são os procedimentos através dos quais o intérprete preenche a lacuna detectada. Pressupõe, portanto, que o operador haja lançado mão de todas as regras de interpretação postas à sua disposição e, ainda assim, não tenha conseguido identificar alguma norma jurídica particularmente aplicável ao caso concreto. Tais instrumentos estão arrolados no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42): *analogia*, *costumes* e

princípios gerais de Direito.

A *analogia*, enquanto autêntico procedimento de *auto-integração*, consiste na aplicação de uma norma jurídica destinada a reger um determinado caso a uma hipótese não disciplinada pelo Direito, havendo semelhança entre ambas as situações. FERRAZ JR.(2015, p. 265) ensina que “o uso da analogia, no Direito, funda-se no princípio geral de que se deve dar tratamento igual a casos semelhantes”, razão pela qual “a semelhança deve ser demonstrada sob o ponto de vista dos efeitos jurídicos, supondo-se que as coincidências sejam maiores e juridicamente mais significativas que as diferenças”. Assim, segundo o referido autor, “demonstrada a semelhança entre dois casos, o intérprete percebe, simultaneamente, que um não está regulado e aplica a ele a norma do outro”. A figura jurídica em questão, conforme assinalado por DINIZ (2002, p. 142), já era adotada supletivamente no âmbito do Direito Romano, estando presente numa frase atribuída a AULUS GELLIUS: *analogia est similibusdeclinatio, quamquidam latine proportionemvocat*.

Com efeito, a aplicação da analogia requer a observância de alguns requisitos. É preciso, em primeiro lugar, verificar se o caso apresentado não foi disciplinado pelo Direito, ou seja, se há efetivamente uma *lacuna*. Além deste requisito, a aplicação de uma regra jurídica existente no ordenamento a um caso não regulamentado exige a constatação de *semelhança* entre as duas hipóteses (a regulada e a não disciplinada pela normatividade jurídica).

Quanto à natureza jurídica da analogia, a doutrina aponta as seguintes concepções:

a) Alguns autores a concebem como um autêntico *método interpretativo*.

b) Para outros, trata-se de um dos meios através dos quais o

Direito se revela, se exterioriza, sendo, portanto, uma autêntica *fonte do Direito*.

c) Ainda no que concerne à mesma divergência, a analogia, segundo um segmento doutrinário e jurisprudencial, constitui-se em um *meio de integração normativa*, tendo em vista sua inserção no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).

Compartilhando a mesma linha de raciocínio que concebe a figura em tela como meio de integração, entende DINIZ (2002, p. 153) que a analogia não é uma “técnica interpretativa nem tampouco uma fonte do Direito, mas um procedimento que serve para integrar normas”.

O segundo método de suprimento de lacunas previsto no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) é o *costume jurídico*, cabendo destacar, desde logo, que tal figura não se confunde com as denominadas *regras de trato social* (regras de boa educação, de cortesia, de higiene, usos sociais, etc.), residindo a distinção fundamental justamente na força obrigatória e na necessidade jurídica, elementos encontrados apenas no costume.

O Direito brasileiro, por razões históricas, é predominantemente escrito, figurando a lei (em sentido amplo), como a principal fonte do sistema normativo pátrio. Não obstante tal realidade, a presente constatação não afasta a possibilidade de haver normas jurídicas não-escritas (normas costumeiras ou consuetudinárias), cujo processo de criação, diferentemente das normas escritas, não se opera de modo institucionalizado, mas, ao revés, pela interferência da própria sociedade. Assim, o costume jurídico, uma das mais antigas fontes do Direito, tendo precedido a própria lei escrita, atua contemporaneamente como uma autêntica *fonte subsidiária* (secundária, mediata ou indireta) do Direito Brasileiro, conforme amplamente reconhecido pela doutrina.

Destarte, no plano conceitual, costume é a norma jurídica não-

escrita, criada pela sociedade, sendo oriunda da prática constante, reiterada e uniforme de determinado comportamento, tudo aliado à convicção social acerca de sua necessidade jurídica. Diferentemente da lei escrita, cuja elaboração é certa, predeterminada e decorrente da atividade do Poder Público, que a elabora segundo os procedimentos previstos na Constituição Federal (mormente no que se refere ao denominado processo legislativo, arts. 59 a 69) e na legislação infraconstitucional (a Lei Complementar nº 95/98), a origem do costume jurídico, consoante leciona o insigne REALE (2002, p. 156), não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada.

No que se refere ao aspecto estrutural da norma costumeira, assevera FERRAZ JR. (2015, p. 199) que o costume, enquanto fonte das normas consuetudinárias, possui em sua composição um *elemento substancial* (o uso reiterado no tempo) e um *elemento relacional* (“o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimento, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores”), dos quais decorrem a validade e a eficácia do costume.

Com efeito, segundo pacífica doutrina, pode-se afirmar que o costume jurídico possui dois elementos constitutivos: o *elemento externo* (material ou relacional) e o *elemento interno* (espiritual ou substancial). O primeiro nasce com a constância da repetição, por parte da sociedade, dos mesmos atos, cuja formação é lenta, longa e sedimentária; o segundo elemento, por sua vez, consiste na convicção, por parte dos membros da comunidade, de que a norma consuetudinária é juridicamente necessária.

Nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), o costume, não obstante sua inegável qualidade enquanto meio de suprimento (heterointegração) das lacunas da lei, figura, ademais, como *fonte subsidiária* do Direito pátrio. Neste particular, explica FERRAZ JR. (2015, p. 267) que “a imposição

do costume como meio integração da lei no art. 4º da Lei de Introdução cria uma subordinação daquele a esta”, motivo pelo qual, a princípio, o costume será *praeterlegem*, prevalecendo, pois, a lei. Afirma-se, pois, que o costume jurídico, além de atuar como um dos meios de suprimento de lacunas, figura também como fonte subsidiária do Direito Brasileiro (DINIZ, 2002, p. 186).

Outrossim, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os denominados *princípios gerais de Direito* figuram como método de auto-integração. Princípios, para REALE (2002, p. 305), “São verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, comotais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mastambém por motivo de ordem prática de caráter operacional, isto é, comopressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”.

Segundo explicaMELLO (2012, p. 54), *princípio*, por definição, constitui-se em um “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.

Os princípios gerais de Direito podem ser encontrados de forma expressa ou implícita (tácita). Os primeiros, como a própria expressão sugere, são aqueles que se encontram expressamente previstos no Ordenamento Jurídico. Os princípios implícitos, por sua vez, são aqueles que, embora não previstos expressamente no ordenamento jurídico, podem ser perfeitamente extraídos a partir do sistema normativo, sendo, portanto, admitidos pela doutrina e jurisprudência. A título de exemplo, cite-se oprincípio da insignificância (ou da bagatela), o qual, embora não previsto na legislação penal brasileira, tem sido frequentemente aplicado pelo Poder Judiciário brasileiro, inclusive pelo Supremo Tribunal

Federal, cuja incidência concreta tem o condão de afastar a própria tipicidade penal da conduta, não havendo, portanto, crime, exatamente por faltar um de seus elementos essenciais (a tipicidade penal).

7. Conclusão

Em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, BOBBIO (1999, p. 19) menciona uma frase cuja essência sintetiza boa parte do conteúdo desenvolvido no presente texto: “as normas jurídicas nunca existem isoladas, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. A presente citação evidencia, em primeiro lugar, que “as regras jurídicas constituem sempre uma totalidade”, isto é, formam um *ordenamento jurídico*. Da mesma forma, a referida elocução põe em relevo a importância não apenas do estudo da norma jurídica individualmente considerada, mas, também, de sua inter-relação com outras normas integrantes de um dado *sistema*.

BOBBIO, na mesma obra, discorre sobre os atributos da *unidade*, *coerência* e *completude*. Por *completude*, segundo a lição de BOBBIO, “entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso”. Diante de tal definição, e considerando que a ausência de uma norma é tradicionalmente denominada de *lacuna*, reveladora de uma imperfeição do sistema, o termo *completude*, por conseguinte, traduz exatamente a falta de lacuna, problema que, nos termos da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, há de ser solucionado pelos mecanismos supletivos: analogia, costume e princípios gerais do Direito.

8. Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10^a ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12^a ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

_____. *As Lacunas no Direito*, 7^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 8^a ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito, Técnica, Decisão, Dominação*, 8^a ed., São Paulo, Atlas, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 2^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 1987.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de HANNAH ARENDT*, São Paulo, Companhia das letras, 1988.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

SOARES, Ricardo M. F. *Elementos de Teoria Geral do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 38^a ed., São Paulo, Malheiros, 2015.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, 7^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.