

DEILTON RIBEIRO BRASIL
LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO
SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

TEMAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

SEGUNDA EDIÇÃO
Revista, atualizada e ampliada





Deilton Ribeiro Brasil
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Sérgio Henriques Zandoná Freitas
(Organizadores)

TEMAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

SEGUNDA EDIÇÃO
Revista, atualizada e ampliada

IDM
EDITORA

MARINGÁ – PR
2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T278

Temas de direito contemporâneo. / organizadores, Deilton Ribeiro Brasil, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Sérgio Henrique Zandona Freitas. - 2. ed. revista, atualizada e ampliada. - Maringá, Pr: IDDM, 2018. 475 p.: il; color.

Modo de Acesso: World Wide Web:
<<https://www.uit.br/mestrado/>>
ISBN: 978-85-66789-65-2

1. Meio ambiente. 2. Sustentabilidade. 3. Direito dos animais. 4. Dignidade da pessoa humana. 5. Ensino jurídico. I. Título.

Rosimarizy Linaris Montanhano Astolphi – Bibliotecária CRB/9-1610

Todos os Direitos Reservados à

IDDM
E D I T O R A

Rua Joubert de Carvalho, 623 – Sala 804
CEP 87013-200 – Maringá – PR
www.iddmeducacional.com.br
iddmeditora@gmail.com

AGRADECIMENTOS

Agradecimento à Instituição de Fomento à Pesquisa Científica, FAPEMIG, em especial aos Programas de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Itaúna (UIT), Universidade FUMEC, Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Universidade Federal de São João del Rei (UFSJ), Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC), Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas), Universidade de Vila Velha (UVV), Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN), Universidade Estadual do Amazonas (UEA) e Centro Universitário do Norte (UNINORTE-Laureate).



Fundação de Amparo à Pesquisa do
Estado de Minas Gerais

Copright 2018 by IDDM Editora Educacional Ltda.

CONSELHO EDITORIAL:

Prof. Dr. Alessandro Severino Valler Zenni, Professor da
Universidade Estadual de Maringá (UEM).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5969499799398310>

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Professor Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2645812441653704>

Prof. Dr. José Francisco Dias, Professor da Universidade Estadual
do Oeste do Paraná, Campus Toledo.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9950007997056231>

Prof^a Dr^a Sônia Mari Shima Barroco, Professora da Universidade
Estadual de Maringá (UEM).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0910185283511592>

Prof^a Dr^a Viviane Coelho de Sellos-Knoerr, Coordenadora do
Programa de Mestrado em Direito da Unicuritiba.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4609374374280294>

Prof^o Dr^o Fabrício Veiga Costa, Pós-Doutor em Educação.
Professor de Direito da PUC-MG

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>

APRESENTAÇÃO

Os textos que compõem essa 2ª edição atualizada e ampliada são oriundos de vários grupos de pesquisa que investigam os mais diversos temas de direito contemporâneo como resultado de um profícuo trabalho de pesquisa científica. Deixo aqui registrado os meus extensos agradecimentos aos Professores Doutores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC), Fabrício Veiga Costa (UIT), Bruno Leonardo Cunha (UFSJ), Cléber Lúcio de Almeida (PUCMINAS), Wânia Guimarães Rabêllo Almeida (FDMC), Antônio Carlos Diniz Murta (FUMEC), Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC), Carlos Alberto Simões de Tomaz (UVV), Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho (UEA) e Eriverton Resende Monte (UNINORTE-Laureate). A cada um deles agradeço do fundo do meu coração, pela amizade e parceria acadêmica que garantiram as condições indispensáveis à efetiva conclusão deste trabalho.

Também é com efusiva alegria e satisfação que faço os meus agradecimentos aos demais autores Filipe Augusto Silva (UIT), Luísa Mendonça Albergaria de Carvalho (FUMEC), Samylla de Cássia Ibrahim Mól (ESDHC), Davi de Paula Alves (UIT), Norma Sônia Novaes (UIT), Junio César Doroteu (UIT), Stéphanie Nathanael Lemos (UIT), Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira (UIT), Alberto Magalhães de Oliveira (UIT), Laura Timponi Medeiros (UNIPTAN) e André dos Santos Gonzaga (UIT) pelas valiosas contribuições que levam ao contínuo aprimoramento da presente obra.

O apoio diretamente realizado pela FAPEMIG – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais decorre das pesquisas desenvolvidas pelo Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas, integrante do Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, com pesquisas em andamento com os mestrandos em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

O leitor encontrará textos com diversidade de enfoques doutrinários, ideológicos e metodológicos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas do Direito Contemporâneo. Importante salientar que aqui também se têm a pretensão de dar continuidade à ideia de um estreitamento da produção científica produzida pelos cursos de pós-graduação *stricto sensu* e de graduação

O texto “Uma abordagem descritiva sobre a tutela penal do ambiente: a realidade brasileira e costarriquenha” de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro trata da tutela penal do ambiente no Brasil e na Costa Rica que centraliza a sua investigação sobre essa tutela a partir do comando de ampla proteção ambiental previsto na Constituição dos dois países. Tece considerações que se iniciam pela legislação brasileira que, em âmbito infraconstitucional, concentra tipos penais em um só diploma. Na Costa Rica, observa-se uma pulverização das leis que contêm tipos penais. Por último, o autor conclui que embora careçam o Brasil e a Costa Rica de aperfeiçoamento e modernização legislativa, eles atribuem, também ao direito penal, esta função.

Em “Razão e direito natural: o jusnaturalismo em uma perspectiva histórico-filosófica” do Professor Doutor Bruno

Leonardo Cunha trilha pelo curso histórico-filosófico da doutrina do direito natural, desde sua origem na Antiguidade até o seu posterior desenvolvimento na modernidade. O autor em seu texto revela a caracterização clássica do direito natural como parte de uma ordem racional universal de justiça que governa o universo seguindo o pensamento desenvolvido pelos escolásticos de que a lei natural é parte de uma lei eterna que abraça e prescreve a ordem da criação. Por último, indica o momento moderno da sistematização da doutrina, no qual a lei natural é discutida à parte da teologia e das confissões religiosas.

O terceiro artigo intitulado “O direito fundamental à reparação dos danos causados à dimensão existencial da pessoa humana” dos Professores Doutores Cléber Lúcio de Almeida e Wânia Guimarães Rabêllo Almeida partem de uma abordagem atual e original da Constituição da República de 1988 que estabelece a cláusula geral de tutela da pessoa humana e que possui dentre os seus componentes o reconhecimento do direito à reparação integral dos danos por ela sofridos em razão do comportamento de outrem. Para os autores, a multidimensionalidade da pessoa humana conduz à pluralidade dos danos que a ela podem ser causados e que reclamam reparação. É neste contexto que ganha relevo o debate sobre a reparação dos danos existenciais com ênfase naqueles verificados no contexto da relação entre trabalhador e empregador.

“Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: capacidade legal e tomada de decisão apoiada” de Filipe Augusto Silva e Fabrício Veiga Costa discorre sobre a evolução dos direitos

das pessoas com deficiência e sobre a adoção da CDPD. Os autores ainda analisam o instituto da capacidade legal na referida Convenção e se ocorreu uma mudança de paradigma. Mais adiante, examina os reflexos da CDPD no Brasil, principalmente em relação à adoção da Lei nº13.146/15 e as inovações pertinentes à capacidade legal e a tomada de decisão apoiada.

O quinto artigo com o verbete “A repartição de competência tributária e o sistema federativo: um paralelo entre o Brasil e os Estados Unidos” de Antônio Carlos Diniz Murta e Luísa Mendonça Albergaria de Carvalho faz uma reflexão sobre a necessidade de se repensar sobre a tributação no Brasil, por intermédio da promoção de uma reforma fiscal capaz de diminuir o déficit público, controlar a inflação e retomar o crescimento econômico. Para os autores, a tributação brasileira se caracteriza no consumo, sendo esta atividade tributada em todos os níveis federativos diferentemente dos Estados Unidos que apresenta um sistema de tributação diverso que atende a sua função fiscal/social.

Para Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Samylla de Cássia Ibrahim Mól, vale analisar peculiaridades dos maus tratos a animais, e, em “A efetividade da tutela penal no crime de maus tratos a animais”, de, faz uma análise do tratamento dispensado aos animais no ordenamento jurídico no que se refere à sua tutela contra os maus tratos. Os autores avaliam a efetividade da tutela penal bem como buscam identificar quais ferramentas existentes nas leis nº 9.605/98 e nº 9.099/95 que propiciam uma maior dignidade animal. Também reforçam que a condução do infrator a juízo seja aproveitada como uma oportunidade de

conscientização sobre a natureza dos animais, suas necessidades e sensibilidade.

Em “O processo coletivo ambiental brasileiro e o desastre ambiental de Mariana sob o enfoque das ações temáticas” de Davi de Paula Alves, o norte é a análise do desastre ambiental ocorrido em Mariana-MG, que provocou imensos prejuízos ao meio ambiente, sob o enfoque das ações coletivas temáticas, a fim de que se investigue se o modelo de processo atualmente utilizado realmente atende as diretrizes constitucionalmente estabelecidas. Para os autores, o sistema atual de tutelas coletivas é insuficiente para o pleno tratamento dos direitos metaindividuais e o Código de Processo Civil de 2015, por mais que seja novo, não foi elaborado com objetivo primordial de solucionar os problemas e as demandas específicas da tutela coletiva.

O oitavo artigo intitulado “O direito fundamental à moradia e o crescimento sustentável das cidades”, de Norma Sônia Novaes revela o tema da moradia como requisito básico para uma vida plena que recebe especial atenção no texto constitucional e na legislação interna. A autora opta pela análise da complexidade da temática sobre a moradia, fazendo com que a satisfação deste direito envolva uma perfeita coordenação de diferentes aspectos econômicos, sociais e culturais e em especial com questões ambientais.

Em “Os organismos geneticamente modificados: os alimentos e a informação ao consumidor como garantia de dignidade da pessoa humana”, de autoria de Junio César Doroteu e Stéphanie Nathanael Lemos, apresenta uma análise sobre a coexistência entre organismos geneticamente modificados, fruto

da evolução da engenharia genética. Além disso, os autores investigam os limites e possibilidades da proteção da dignidade da pessoa humana como essência dos direitos fundamentais e alertam sobre eventuais violações caso não haja uma correta informação sobre o consumo e a utilização das novas tecnologias.

O texto “A ONU e o desenvolvimento sustentável: uma análise a partir da cooperação internacional” da lavra de Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira e de Sérgio Henriques Zandona Freitas é um trabalho de aprofundamento que tece considerações desde a Convenção de Estocolmo de 1972 e todos os textos posteriores das Convenções da ONU. O autor ressalta, ainda que a cooperação internacional seja fundamental para efetivação do desenvolvimento sustentável e importante elemento de ligação entre os países.

No artigo “Sociedade de riscos: o princípio da publicidade e os alimentos geneticamente modificados” de Alberto Magalhães de Oliveira e Carlos Alberto Simões de Tomaz a tônica é a demonstração a importância da rotulagem que informa se o alimento é geneticamente modificado. Os autores fazem um minucioso estudo entre a relação do princípio da publicidade e o da obrigatoriedade de informar aos consumidores se o alimento é geneticamente modificado ou não.

Em a “Criação intensiva: miséria animal permitida por uma legalidade imoral”, de Laura Timponi Medeiros e Deilton Ribeiro Brasil, tem por escopo apresentar a problemática que envolve a criação intensiva, e mais especificamente sobre a falácia ética da legalidade como violação dos direitos dos animais. Os autores fazem uma abordagem sobre o que acontece por trás da

criação intensiva de animais, bem como o conflito existente entre a criação intensiva e o Direito dos Animais, atrelando legalidade e moralidade à indústria animal para ao final concluírem que mesmo permitida a criação intensiva por lei, não necessariamente será moral.

O artigo intitulado “O bacharelismo e a magistratura no Brasil Imperial” de autoria de Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho e Eriverton Resende Monte traz à colação importantes considerações históricas sobre o bacharelismo e a magistratura no Brasil Imperial, período que teve o início com a Independência em 1822 e seu término com a República em 1889. Para os autores, o perfil acadêmico do discente estava caracterizado pelo positivismo na leitura de códigos, longe de uma preparação jurídica mais densa e ampla, e a vida política caracterizada como uma constante durante o Império. A magistratura servia de forma privilegiada de ingresso na elite política, com passagem por diversos cargos do Estado, exercício simultâneo de funções administrativas e judiciais.

O texto “Sociedade de risco e o princípio ético da igual consideração de interesses na defesa da não utilização de animais não humanos em pesquisas científicas” de André dos Santos Gonzaga tem como objeto de investigação a situação dos animais não humanos utilizados em pesquisas de laboratórios onde se verificou a existência de uma tentativa de proteção dos animais não humanos por intermédio da lei Arouca. Nesse sentido, o autor tece considerações sobre a sociedade de risco e a teoria do princípio ético da igual consideração de interesses defendida por Peter Singer.

A 2ª edição do presente livro é uma contribuição significativa diante da carência literária e doutrinária quanto à pertinência dos assuntos abordados pelos autores e autoras, pondo, mais uma vez, os temas de direito contemporâneo, no centro das pesquisas acadêmico-científicas.

Boa leitura!

Campus da Universidade de Itaúna-MG, outono de 2018.

Professor Doutor **DEILTON RIBEIRO BRASIL**

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ). Professor do PPGD - Mestrado em Direito “Proteção dos Direitos Fundamentais” e Graduação da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASA)

PREFÁCIO

A confecção do prefácio da 2ª edição revista, atualizada e ampliada do livro intitulado “TEMAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO”, organizado pelos professores doutores Deilton Ribeiro Brasil (UIT); Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (DOM HELDER) e Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC), evidencia o compromisso acadêmico de pesquisadores brasileiros e estrangeiros em fomentar reflexões crítico-epistemológicas para além das proposições técnico-dogmáticas, responsáveis por obscurecer o cenário reflexivo no espaço discursivo da academia.

Os desafios enfrentados pela sociedade contemporânea decorrem do pluralismo, desigualdades, exclusão, marginalidades e conflitos envolvendo as esferas pública e privada. Romper com os ideais da modernidade, centrados no individualismo, parâmetros taxonômicos que excluem sujeitos, são alguns dos objetivos pretendidos pelos estudiosos. Nesse contexto, a ciência do direito é vista como um espaço hábil a ressignificar esse cenário, ressemantizando crenças, desconstruindo valores e propondo uma forma de compreender a igualdade muito além da simples igualdade perante a norma.

A partir dessas proposições, a isomenia é vista como o direito de igual interpretação da norma conferida às partes, dentro de um espaço democrático-dialógico-processualizado, em que os sujeitos interessados na construção do provimento colocam-se no mesmo plano igual de dialogicidade não apenas de questões

individuais, mas sim, de questões coletivas. Compatibilizar demandas individuais e coletivas, de modo a não excluir qualquer das pretensões, constitui um dos maiores obstáculos enfrentados pelos estudiosos, já que isso exige uma ruptura com uma forma de pensar o direito muito centrado no sujeito e propriedade na perspectiva individual.

Desafiar a modernidade é construir a contemporaneidade não mais a partir dos ideais individualistas que reinaram durante a modernidade. A percepção do coletivo, a solidariedade e a capacidade de enxergar o outro muito mais que a nós mesmos são os primeiros passos para uma compreensão democrática do direito a ser aplicado nessa sociedade plural. O olhar voltado ao sujeito na perspectiva global, levando-se em consideração sua cultura, histórica, necessidades e peculiaridades acarreta inúmeras discussões jusfilosóficas no âmbito hermenêutico, já que a igualdade foi vista até então apenas como uma igualdade formal perante a norma. Implementar a igualdade material e a isomenia constitui uma exigência das sociedades democráticas.

No âmbito da dialogicidade democrática devem prevalecer as diferenças, desigualdades e diversidades que caracterizam historicamente a sociedade brasileira, marcada pela miscigenação. O direito autocrático não pode mais ser visto como instrumento de legitimação pressuposta do poder, nem como mera ferramenta de controle social. Construir um direito democrático exige processualizar o espaço discursivo; incluir

todos igualmente no diálogo; perceber que os direitos fundamentais são proposições teórico-legislativas que objetivam incluir e garantir a igualdade de todos; é deixar de olhar o outro de forma distinta e desigual; é lutar pela inclusão dos marginalizados e invisíveis; é reconhecer o outro muito além de sua concepção individual e pensar no coletivo como uma forma de enfrentar as desigualdades que marcam nossa história; é compreender que as discussões crítico-reflexivas não poderão ser restringidas apenas no espaço da tópica, retórica e dogmática.

Temas até então não discutidos no direito passam a ser pauta de reflexões acadêmicas em razão das demandas enfrentadas pela sociedade contemporânea. A tutela penal de condutas ambientais; a ressignificação do jusnaturalismo na perspectiva da racionalidade crítica; o entendimento jusfilosófico da dignidade humana para além das proposições materialistas; o debate nacional e internacional das pessoas com deficiência, preservando sua autonomia privada; o enfrentamento das discussões tributárias no âmbito nacional e internacional; a revisitação da natureza jurídica e proteção legal dos animais; o processo coletivo ambiental como um espaço democrático de construção participada do mérito processual pelos interessados difusos e coletivos; o direito fundamental à moradia, diante do crescimento sustentável das cidades; a compreensão transdisciplinar dos organismos geneticamente modificados, frente ao direito à alimentação e informação; o embate da sustentabilidade como mecanismo de assegurar o

desenvolvimento da sociedade contemporânea e preservação do meio ambiente; a sociedade de riscos diante do princípio da publicidade e os alimentos geneticamente modificados; a miséria animal permitida por uma legalidade imoral decorrente da criação intensiva; o bacharelismo e a magistratura no Brasil imperial; a sociedade de risco e o princípio ético aplicado aos animais não humanos são temas que integram essa obra, que muito engrandece o cenário acadêmico por priorizar as reflexões críticas.

Os programas de pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade de Itaúna; Universidade Fumec e a Escola Superior Dom Helder Câmara, através dos professores organizadores, ousam no estudo de temas contemporâneos e contribuem significativamente para a evolucionariedade do estudo do direito, permitindo-se a testificação do conhecimento científico.

Fabrcio Veiga Costa

Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Pós-Doutor em Educação (UFMG); Doutor e Mestre em Direito Processual (PUCMINAS); Especialista em Direito Processual, Direito de Família e Direito Educacional (PUCMINAS); Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador dos Grupos de Pesquisa “Caminhos Metodológicos do Direito” e “Gênero, Sexualidade e Direitos Fundamentais”.

SUMÁRIO

Uma abordagem descritiva sobre a tutela penal do ambiente: a realidade brasileira e costarriquenha 20

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Razão e direito natural: o jusnaturalismo em uma perspectiva histórico-filosófica 53

Bruno Leonardo Cunha

O direito fundamental à reparação dos danos causados à dimensão existencial da pessoa humana 94

Cléber Lúcio de Almeida

Wânia Guimarães Rabêllo Almeida

Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro: capacidade legal e tomada de decisão apoiada 119

Filipe Augusto Silva

Fabício Veiga Costa

A repartição de competência tributária e o sistema federativo: um paralelo entre o Brasil e os Estados Unidos 156

Antônio Carlos Diniz Murta

Luísa Mendonça Albergaria de Carvalho

A efetividade da tutela penal no crime de maus tratos a animais 198

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Samylla de Cássia Ibrahim Mól

O processo coletivo ambiental brasileiro e o desastre ambiental de Mariana sob o enfoque das ações temáticas 227

Davi de Paula Alves

O direito fundamental à moradia e o crescimento sustentável das cidades 258

Norma Sônia Novaes

Os organismos geneticamente modificados: os alimentos e a informação ao consumidor como garantia de dignidade da pessoa humana 288

Junio César Doroteu

Stéphanie Nathanael Lemos

A ONU e o desenvolvimento sustentável: uma análise a partir da cooperação internacional 311

Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Sociedade de riscos: o princípio da publicidade e os alimentos geneticamente modificados 342

Alberto Magalhães de Oliveira

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Criação intensiva: miséria animal permitida por uma legalidade imoral 377

Laura Timponi Medeiros

Deilton Ribeiro Brasil

O bacharelismo e a magistratura no Brasil Imperial 408

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Eriverton Resende Monte

Sociedade de risco e o princípio ético da igual consideração de interesses na defesa da não utilização de animais não humanos em pesquisas científicas 447

André dos Santos Gonzaga

UMA ABORDAGEM DESCRITIVA SOBRE A TUTELA
PENAL DO AMBIENTE: A REALIDADE BRASILEIRA E
COSTARRIQUENHA

A DESCRIPTIVE APPROACH ON THE CRIMINAL
PROTECTION OF THE ENVIRONMENT: BRAZILIAN AND
COSTARRENEAN REALITY

*Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro*¹

RESUMO: O texto trata da tutela penal do ambiente no Brasil e na Costa Rica e traz considerações sobre essa tutela a partir do comando de ampla proteção ambiental previsto na Constituição dos dois países. As considerações se iniciam pela legislação brasileira que, em âmbito infraconstitucional, concentra tipos penais em só diploma. Já na Costa Rica, vê-se uma pulverização das leis que contêm tipos penais. A pesquisa é teórico-bibliográfica e o raciocínio lógico-dedutivo. Em conclusão, constata-se que, embora careçam, Brasil e Costa Rica, de aperfeiçoamento e modernização legislativa, eles atribuem, também ao direito penal, esta função.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente; tutela; direito penal; Brasil; Costa Rica.

¹ Pós-doutor pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor e Mestre pela UFMG. Professor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da ESDHC. Promotor de Justiça.

ABSTRACT: The text deals with the criminal protection of the environment in Brazil and in Costa Rica and brings considerations about this protection from the command of ample environmental protection provided for Constitution of two countries. The considerations are initiated by the Brazilian legislation that, in the infraconstitutional scope, concentrates criminal types in only one diploma. Already in Costa Rica, one sees a pulverization of the laws that contain penal types. The research is theoretical-bibliographical and logical-deductive reasoning. In conclusion, it should be noted that, while Brazil and Costa Rica lack legislative perfection and modernization, they also attribute this function to criminal law.

KEYWORDS: Environment; Guardianship; Criminal law; Brazil; Costa Rica

INTRODUÇÃO

As linhas que seguem trazem uma exposição sobre o trato da tutela penal do ambiente no Brasil e na Costa Rica em prol do cumprimento de dispositivos constitucionais que, em ambos os países, preveem a mais ampla tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É certo que, ao se falar de tutela penal, à tona poderiam e deveriam vir, se mais extenso fosse o corpo do texto e os seus objetivos propriamente ditos, as nuances da aplicabilidade de uma

dogmática penal clássica, secular e individualista, à tutela de um bem jurídico de natureza difusa, metaindividual. A proposta, todavia, limita-se, na exposição, conquanto ligada ao meio ambiente de forma mais particular, do que o Brasil e a Costa Rica oferecem de instrumentos em prol da tutela do ambiente.

Sendo este o objeto central do texto, explica-se que a peculiaridade no trato da questão em ambos os países não credenciaria uma exposição comparativa da realidade brasileira e costarriquenha. Preferiu-se, por isso, uma abordagem analítica, através da metodologia teórico-bibliográfica em que se expôs, por meio de pesquisa doutrinária encetada em livros e na internet, os principais diplomas legislativos existentes no Brasil e na Costa Rica e as peculiaridades existentes no tocante à tutela do meio ambiente por meio do direito penal.

O raciocínio empregado foi o lógico-dedutivo através do qual se empregou, como tese, a importância do meio ambiente como bem jurídico apto a ser tutelado pelo direito penal em ambos os países, inclusive como imperativo constitucional. Como antítese o fato de que, malgrado não seja ignorada a necessidade de tutela, muito ainda há de ser feito em termos de aperfeiçoamento e modernização das leis e, como síntese, a alvissareira constatação de que ambos os países vêm cumprindo o propósito de bem tutelar o ambiente ou, pelo menos, têm demonstrado essa boa vontade.

O texto expõe primeiro, a tutela penal do ambiente no Brasil e sequência com a análise do assunto na Costa Rica e tem,

por conclusão, a constatação de que, em resposta ao tema-problema sobre a existência de previsões penais que contemplem a boa tutela do ambiente, o comando constitucional de proteção ambiental em ambos os países tem sido desenvolvido no âmbito penal, ainda que por práticas que estejam a exigir diversos aperfeiçoamentos para se alcançar o propósito externado na Constituições brasileira de 1988 e costarriquenha de 1949.

A justificativa que se apresenta para a pesquisa diz respeito à necessária correspondência internacional que deve existir em busca da tutela do ambiente.

2. ATUTELA PENAL DO AMBIENTE NO BRASIL

A tutela penal do ambiente no Brasil, embora já estivesse antes consagrada, é certo que de forma tímida, na Lei 4.771/65, que previa, no artigo 26, composto de 15 alíneas, infrações penais “relacionadas à degradação ambiental, com penas que variavam de 3 (três) meses a 1 (um) ano de prisão simples ou multa de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, ou as duas penalidades cumulativamente” (RIBEIRO; SILVA, 2014, p. 44), ganhou notória pujança a partir do texto constitucional de 1988. Isso porque o artigo 225 da Carta, que dispõe sobre a tutela do ambiente em capítulo próprio, externa, textualmente:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

E, no que importa ao direito penal, o mesmo artigo 225, dispõe, em seu terceiro parágrafo, que: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Vê-se, assim, que a Constituição da República dedicou importância à tutela do ambiente, consagrando-a amplamente, inclusive no aspecto penal, o que em muito contribuiu para que o direito penal, seja por iniciativa legislativa infraconstitucional ou mesmo por práticas doutrinárias e jurisprudenciais, passasse, no Brasil, a se dedicar à tutela do ambiente.

Não se trata, todavia, de tarefa simples, pois o ambiente, bem jurídico de caráter metaindividual, não esteve na ordem do dia da consagrada e secular dogmática penal construída ao longo de séculos e séculos.

É certo que, no entanto, o comando constitucional, por constituir a ordem jurídica nacional, foi cogente e, por isso, demandava práticas de efetiva tutela do ambiente, o que, no âmbito penal, foi objeto de iniciativa infraconstitucional que culminou, em 1998, com a edição da Lei 9605/98, conhecida como Lei de Crimes Ambientais.

É curioso ressaltar que, embora seja apelidada de Lei de Crimes Ambientais, a razão de ser da Lei, conforme revela a Exposição de Motivos n. 42, de 22 de abril de 1991, da lavra do então Secretário Nacional do Meio Ambiente, e que previa a otimização das atividades do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, que, à época da mensagem, estava vinculado à Secretaria Nacional do Meio Ambiente, não era, inicialmente, a regulamentação constitucional no tocante à tutela penal do ambiente, talvez porque o texto constitucional, ainda muito jovem, carecesse de maior maturação e reflexões no âmbito infraconstitucional. Dispunha a mensagem:

[...] o diploma legal que ora proponho a Vossa Excelência dispõe sobre a criação e aplicação de penalidade, bem como a fixação do valor das multas, de conformidade com a Lei nº 4.771, de 5 de setembro de 1965, com a nova redação da Lei nº 7.803, de 15 de julho de 1989 e a Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, e se consubstancia em instrumentos que virá sistematizar as penalidades e unificar valores de multas a serem impostas aos infratores da flora e fauna. Esses valores, até então, encontravam-se fixados em múltiplos atos normativos internos, tais como portarias e instruções normativas, o que vinha acarretando questionamento de ordem jurídica, que contribuíam para tornar moroso

o processo de arrecadação, em face das reiteradas análises de defesa e recursos interpostos pelos interessados. (DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL, *online*).

A proposta, no entanto, foi amplamente discutida e debatida no âmbito do Congresso Nacional, sendo de se destacar que, no corpo das razões de veto ao disposto no artigo 1º, da Lei 9605/98, foi externado pelo Senhor Presidente da República, em 1998, data da sanção do texto, que essas discussões e debates culminaram “com a ampliação do seu propósito inicial, de modo a consolidar a legislação relativa ao meio ambiente, no que tange à matéria penal” (DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, *online*).

Portanto, foram os debates no âmbito do Congresso que conduziram à consolidação da legislação no tocante aos aspectos penais da tutela do ambiente e não o propósito inicial que deu origem ao Projeto de iniciativa do Poder Executivo.

É certo, porém, que embora haja hoje no Brasil uma lei destinada, senão exclusivamente, pelo menos precipuamente à tutela penal do ambiente no Brasil já que consagrou 41 tipos penais incriminadores em defesa da fauna e da flora, do patrimônio cultural e da Administração Ambiental, a Lei não exauriu o rol de condutas hoje punidas porquanto nocivas ao Meio Ambiente. A título de exemplo, cita-se, conquanto ainda vigentes, o crime de difusão de doença ou praga, contido no artigo 259 do Código Penal; a proibição da pesca de cetáceos (baleias, golfinhos, etc...) nas águas jurisdicionais brasileiras, nos termos do

artigo 2º da Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987, ou a contravenção prevista na alínea "m" do artigo 26 da Lei nº 4.771/65 (soltar animais ou não tomar precauções para que o animal de sua propriedade não penetre em florestas sujeitas a regime especial).

Destaca-se, assim, que o Brasil é hoje possuidor de legislação que buscou reunir, num só corpo, mas sem a pretensão de exaurir os mecanismos de tutela, os tipos penais de tutela ambiental, assim o fazendo em atitude digna dos mais elevados encômios não apenas por revelar a preocupação do legislador com a tutela do ambiente, mas também por sistematizar a tutela penal do ambiente de forma a concentrar os tipos penais numa só lei em prol da segurança e da boa informação.

É certo que a Lei 9605/98 não trata de obra perfeita e inatacável do legislador. Isso porque, com a atenuante de tratar-se o ambiente de bem jurídico difuso e extremamente complexo porquanto diversos são os ambientes a serem tutelados², a técnica legislativa empregada não foi a melhor, pois em várias passagens da lei o que se observa é a equiparação, com idênticas sanções e em mesmos tipos penais, de condutas possuidoras de diferentes

² Como reinante na “Veredas do Direito”, a natureza, por sua especificidade, riqueza e universalidade, “não conhece limites políticos, quer sejam países, Estados, Municípios ou qualquer outra convenção formal”. (SOUZA, 2016, p. 298).

graus de reprovabilidade, por revelarem graus muito diferentes de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

Nesse sentido, destaca-se, nos chamados tipos penais de ação múltipla ou conteúdo variado, o que dispõem os artigos 29, 38, 38-A, 50, 62, da Lei 9605/98, já que

no artigo 29, a Lei 9605/98 criminaliza, atribuindo pena de detenção de seis meses a um ano e multa a quem mata, persegue, caça, apanha ou utiliza espécime da fauna silvestre em desobediência a preceitos da autoridade administrativa. Observa-se, assim, que a conduta de matar o animal é punida da mesma forma que perseguir ou apanhar o animal, o que, convenhamos, é absolutamente desproporcional. A mesma crítica pode ser dirigida ao legislador quanto aos delitos previstos nos artigos 38, 38-A, 50 e 62 da Lei 9605/98, já que neles equiparadas estão as condutas de destruir e danificar, embora signifique a primeira o ato de aniquilar e a segunda represente, por vezes, um dano parcial ao que se quer proteger. (RIBEIRO; SILVA, 2014, p. 59).

Por outro lado, observa-se no próprio corpo da Lei referida o artigo 40-A, §3º, que prevê pena para conduta culposa sem descrever, por ausência de *caput*, qual seria a dolosa, e, no artigo 50-A, § 2º, a ausência de previsão de *quantum* máximo de

pena privativa de liberdade, em flagrante ofensa aos princípios da legalidade estrita e da segurança jurídica.

Outrossim, a Lei 9605/98 é taxada de altamente criminalizadora por tratar de temas que, à luz do direito administrativo, poderiam encontrar sede mais adequada no âmbito extrapenal. Tal aspecto não passou despercebido a Luiz Régis Prado:

Para logo, fica assentado seu caráter altamente criminalizador, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deviam passar de meras infrações administrativas ou, quando muito, de contravenções penais, em total dissonância com os princípios da intervenção mínima e da insignificância (v.g. artigos 32, 33, III, 34, 42, 44, 29, 52, 55, 60, etc.). (PRADO, 2013, p. 164).

Assim, o que se extrai desse panorama é que, embora seja notória a preocupação quanto à tutela penal do ambiente, e, quanto a isso, não possa o legislador vir a ser taxado de omissivo, fato é que o Brasil é carecedor de legislação mais bem elaborada e que possa respeitar, à luz da dogmática penal, princípios caros e seculares como os da legalidade estrita e da intervenção mínima, fragmentária e subsidiária do direito penal, sem prejuízo, obviamente, da tutela do ambiente.

No tocante aos instrumentos de efetiva tutela do meio ambiente, destaca-se, no Brasil, que, embora não seja este um entendimento uníssono em âmbito doutrinário e jurisprudencial (REALE JÚNIOR, 2011, p. 354), houve a consagração, desde a própria Constituição de 1988, da responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, tema este que é árduo desde as concepções de ação, de culpa e de pena para a Pessoa Jurídica, mas que revela a preocupação, no Brasil, da maior tutela do ambiente, já que sabido é que, por seus recursos e objetivos, é ela, Pessoa Jurídica, a maior inimiga do ambiente.

Impulso maior ganhou a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica a partir de uma decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, que consagrou a interpretação constitucional em prol da efetiva responsabilidade e, inclusive, afastou entendimentos, que se faziam dominantes no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a responsabilização da pessoa coletiva só se perfazia com a concomitante responsabilização de seus dirigentes³.

³ Eis a ementa da decisão: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O artigo 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para

Vê-se, portanto, que, embora carecedoras de um maior aperfeiçoamento, as práticas brasileiras têm contribuído para se acreditar que o compromisso constitucional de tutela do ambiente no âmbito penal tem sido praticado, com as ressalvas, normais é verdade, das dificuldades que a matéria, per si, já impõe ante a vivência de uma dogmática secular de tradição individualista e que agora deve voltar os olhos para a tutela do difuso.

imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do artigo 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parciais de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (STF, *online*).

3. A TUTELA PENAL DO AMBIENTE NA COSTA RICA

Em vista de ser a Costa Rica um país que, internacionalmente, é afamado por diversas práticas de tutela ambiental, a exposição da matéria penal relacionada à proteção do ambiente no país será precedida de uma contextualização das razões pelas quais o meio ambiente é especialmente consagrado em políticas públicas governamentais costarriquenhas.

3.1. Aspectos contextuais da tutela do ambiente na Costa Rica

Apesar de suas diminutas dimensões geográficas, a Costa Rica é brindada por uma riquíssima biodiversidade, que, ao longo dos anos, tem sido objeto de preocupação do governo em prol da tutela deste patrimônio natural e, em consequência, do meio ambiente.

Em âmbito internacional, a Costa Rica é conhecida como um dos expoentes na conservação e uso sustentável da biodiversidade, o que tem ocupado a agenda nacional com diversas ações e políticas em prol da tutela do ambiente.

Assim é que, em 2015, o governo costarriquenho lançou um documento, traçando as diretrizes para a política nacional da biodiversidade nos quinze anos seguintes à sua edição, ou seja, entre os anos de 2015 e 2030. O documento contém as bases de atuação governamental e foi sistematizado a partir do processo de participação de setores público e privado, bem como da sociedade

civil, sob a égide da Comissão Nacional para a Gestão da Biodiversidade – CONAGEBIO – e do Sistema Nacional de Áreas de Conservação – SINAC – segundo disposições do Ministério do Ambiente e Energia – MINAE.

A preocupação governamental com a tutela ambiental e a política de proteção da biodiversidade não ocorre por acaso, afinal, como dispõe o próprio documento que consolida a Política Nacional da Biodiversidade, o país

es importante a nivel internacional en términos de su biodiversidad porque en un territorio relativamente pequeño alberga una gran riqueza de especies, aproximadamente el 3,6% de la biodiversidad esperada para el planeta (entre 13 y 14 millones de especies). El país cuenta con un registro aproximado de 94,753 especies conocidas, es decir, aproximadamente el 5% de la biodiversidad que se conoce en todo el mundo (cerca de dos millones de especies conocidas al año 2005), listado que aún aumenta mientras sigue el proceso de investigación e identificación en sitios y grupos menos estudiados. Desde el punto de vista de diversidad genética, el país es importante por la variabilidad genética de parientes silvestres de variedades domesticadas de cultivos de importancia mundial para la agricultura y alimentación, como en el caso de la papa y el

frijol. Esta riqueza también se manifiesta a nivel de ecosistemas, cuyos servicios ecosistémicos⁶ apoyan una serie de actividades con alto valor agregado que benefician a las personas, a las actividades económicas, culturales (sociales, espirituales) y aumentan el desarrollo humano, como se describe a continuación (SINAC, 2014a). (POLÍTICA NACIONAL DA BIODIVERSIDADE, p. 15).

Quanto ao estado geral dos ecossistemas, a cobertura natural continental da Costa Rica é estimada na proporção de 55,6% do todo o território nacional, embora seja muito heterogênea e fragmentada a distribuição espacial, como sói ocorrer na quase totalidade dos países latino-americanos. Segundo dados do documento que consolida a Política Nacional da Biodiversidade, é a seguinte a distribuição natural no território costarriquenho:

- Se mantiene cobertura forestal reportada en 2010 como el 52.3% (FONAFIFO, 2012) a 52.4% 2013 (SINACb, 2014 en SINAC, 2014a).
- El bosque natural recupera cobertura: en 1992 se reportaban 1,293,670 ha y en 2013, 1,582,000 ha (SINAC, 2014b en SINAC, 2014a).
- Bosque secundario recupera cobertura ya que en 1992 se reportaban 697,000 ha y en

2013 936,000 ha (SINAC, 2014b en SINAC, 2014a).

- El bosque seco revela alteración alta pero recuperación en cobertura durante los últimos años-décadas (SINAC, 2014b en SINAC, 2014a). No obstante, son altamente vulnerables a sequías e incendios (Hernández, G. et al. 2009 en CONAGEBIO et.al., 2013 y SINAC, 2014a).

- Bosques en tierras frías y frescas, y bosques nubosos presentan alteración baja a moderada pero un alto porcentaje se encuentra desprotegido (Consulta Áreas de Conservación en CONAGEBIO et.al., 2013). ((POLÍTICA NACIONAL DA BIODIVERSIDADE, p. 17).

Não é sem motivo, pois, ainda que se façam necessárias novas e outras políticas em prol da máxima tutela do ambiente, que a Costa Rica é afamada de “democracia verde”.

Todavía, embora dotada de conhecidas práticas ambientais que consagram internacionalmente a Costa Rica como um “País Verde”, destaca Chacón (2013) que o direito ambiental na Costa Rica é de recente era, sendo possível destacar três grandes etapas evolutivas em seu processo de consolidação:

La primera de ellas corresponde al período comprendido entre los años 1970 y 1994,

etapa en la cual el país suscribe un gran número de tratados, convenios y declaraciones internacionales de carácter ambiental, incluyendo instrumentos tanto de *hard* como de *loft Law*, normativa que gracias a la interpretación a que ha sido sometida por parte de la Sala Constitucional actualmente es plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa. La segunda etapa podría encasillarse en 1994, año en que se reforma la Constitución Política y se incorpora dentro de su artículo 50 como derecho fundamental el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, lo anterior a pesar de que desde 1991, vía interpretativa, la Sala Constitucional ya lo había reconocido ampliamente a nivel jurisprudencial. Por último, la tercera etapa corresponde al período posterior al año 1994, sea a partir de la reforma constitucional del artículo 50, caracterizada por la promulgación de gran cantidad de normativa ambiental de carácter legal y reglamentario, así como por múltiples sentencias emanadas por las distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia que han tenido como consecuencia el desarrollo vertiginoso y exponencial del derecho ambiental costarricense. (CHACÓN, 2013, p. 1).

Com essa ordem de considerações, embora se possa dizer que a Costa Rica se destaca não apenas por ter grande parte do seu território preservado e com riquíssima diversidade, o

direito ambiental é recente, porquanto recente foi até mesmo a modificação, ocorrida em 1994, no artigo 50 da Constituição costarriquenha de 1949, pela Reforma Constitucional 7412, em que consagrado o direito das pessoas a um ambiente sã e ecologicamente equilibrado, com o dever do Estado de preservar esse direito, que deverá ser objeto de responsabilidades e sanções legais em caso de violação. Assim, por óbvio, também a tutela do ambiente pelo direito penal é recente e, diferentemente do Brasil, não está estampada em uma lei específica que contenha, em um só corpo, a tutela da fauna e flora, do ordenamento urbano, do patrimônio cultural e da Administração Ambiental, o que será objeto das considerações seguintes.

3.2. O direito penal ambiental costarriquenho

Diante da ausência de uma só lei dedicada à tutela penal do meio ambiente, a Costa Rica, como de costume deveria ser tratada a matéria penal, reserva ao direito penal apenas o que, em verdade, não deve ser objeto de tutela exclusiva do direito administrativo. Todavia, não se vê no Código Penal de 1970 a preocupação, até então, fato que pode facilmente ser atribuído à já comentada incipiência do tema na Costa Rica, de previsão de delitos que, com sanções mais adequadas, estejam à altura da estirpe do bem jurídico meio ambiente.

Assim é que, apenas em âmbito de contravenções penais e ainda sim em título dedicado à Seguridade Pública, é que o meio ambiente foi e é contemplado como objeto de tutela, ainda assim com um só artigo, o 399, com a redação que lhe foi atribuída pelas Leis 8250 e 8272, ambas de 2 de maio de 2002:

SECCIÓN VI

Medio ambiente

Artículo 399.—Será reprimido con pena de diez a doscientos días multa:

Violación de reglamentos sobre quemas

1) El que violare los reglamentos relativos a la corta o quema de bosques, árboles, malezas, rastrojos u otros productos de la tierra, cuando no exista otra pena expresa.

Obstrucción de acequias o canales

2) Quien arrojaré en acequias o canales objetos que obstruyan el curso del agua.

Apertura o cierre de llaves de cañería

3) El que indebidamente abriere o cerrare llaves de cañería, o en otra forma no penada de manera expresa, contravinere las regulaciones existentes sobre aguas.

Infracción de reglamentos de caza y pesca

4) El que, en cualquier forma, infringiere las leyes o los reglamentos sobre caza y pesca, siempre que la infracción no esté castigada expresamente en otra disposición legal. (Así reformado por el artículo 2 de la ley N° 8250 de 2 de mayo del 2002) [...] (Así modificada la numeración de este artículo por el numeral

2 de la Ley N° 8272 de 2 de mayo de 2002, que lo traspasó del 397 al 399 actual).

Isso não passou despercebido pela autora panamenha Julia E. Sáenz (2014) que, após cotejar a legislação penal ambiental costarriquenha com a panamenha, destacou: “la legislación penal costarricense maneja estas figuras como contravenciones, aunque esta es una forma de clasificar las especies de los delitos, pero es menos grave” (SÁENZ, 2014, p. 31).

Não obstante seja única a previsão codificada que, em seção própria, tutela o ambiente, a Costa Rica apresenta uma marcante pulverização de leis que protegem os recursos naturais, dentre as quais se destacam as seguintes:

- 1) Lei 7317, de 1992, intitulada Lei de Conservação da Vida Silvestre, e que, em seus artigos 88 a 104, prevê delitos contra a flora e fauna, ainda que com penas mais tênues, consistentes, em regra, no pagamento de multas que, se não pagas, podem ser convertidas em prisão, e em contravenções penais, previstas, também em prol da flora e da fauna, nos artigos 105 a 121;

- 2) Lei 7575/96 – intitulada Lei Florestal, e que prevê, com penas privativas de liberdade de, em regra, até três anos, sanções mais condizentes com o ambiente tutelado⁴;

⁴ ARTICULO 58. Penas. Se impondrá prisión de tres meses a tres años a quien:
a) Invada un área de conservación o protección, cualquiera que sea su categoría de manejo, u otras áreas de bosques o terrenos sometidos al régimen forestal,

cualquiera que sea el área ocupada; independientemente de que se trate de terrenos privados

del Estado u otros organismos de la Administración Pública o de terrenos de dominio particular. Los autores o partícipes del acto no tendrán derecho a indemnización alguna por cualquier construcción u obra que hayan realizado en los terrenos invadidos.

b) Aproveche los recursos forestales en terrenos del patrimonio natural del Estado y en las áreas de protección para fines diferentes de los establecidos en esta ley.

c) No respete las vedas forestales declaradas.

La madera y los demás productos forestales lo mismo que la maquinaria, los medios de transporte, el equipo y los animales que se utilizaron para la comisión del hecho, una vez que haya recaído sentencia firme, deberán ser puestos a la orden de la Administración Forestal del Estado, para que disponga de ellos en la forma que considere más conveniente.

Se le concede acción de representación a la Procuraduría General de la República, para que establezca la acción civil resarcitoria sobre el daño ecológico ocasionado al patrimonio natural del Estado. Para estos efectos, los funcionarios de la Administración Forestal del Estado podrán actuar como peritos evaluadores.

ARTICULO 59. Incendio forestal con dolo

Se impondrá prisión de uno a tres años a quien, con dolo, cause un incendio forestal.

ARTICULO 60. Incendio forestal con culpa

Se impondrá prisión de tres meses a dos años a quien, culposamente, cause un incendio forestal.

ARTICULO 61. Prisión de un mes a tres años

Se impondrá prisión de un mes a tres años a quien:

a) Aproveche uno o varios productos forestales en propiedad privada, sin el permiso de la Administración Forestal del Estado, o a quien, aunque cuente con el permiso, no se ajuste a lo autorizado.

b) Adquiera o procese productos forestales sin cumplir con los requisitos establecidos en esta ley.

c) Realice actividades que impliquen cambio en el uso de la tierra, en contra de lo estipulado en el artículo 19 de esta ley.

- 3) Lei 276/42, intitulada Lei de Águas, e que prevê, nos artigos 162 a 166, crimes em prol da tutela dos recursos hídricos⁵.

En los casos anteriores, los productos serán decomisados y puestos a la orden de la autoridad judicial competente.

d) Sustraiga productos forestales de una propiedad privada o del Estado o transporte productos forestales obtenidos en la misma forma.

ARTICULO 62. Prisión de uno a tres años

Se impondrá prisión de uno a tres años a quien construya caminos o trochas en terrenos con bosque o emplee equipo o maquinaria de corta, extracción y transporte en contra de lo dispuesto en el plan de manejo aprobado por la Administración Forestal del Estado.

En tales casos, se decomisará el equipo utilizado y se pondrá a la orden de la autoridad judicial competente.

ARTICULO 63. Prisión de un mes a un año

Se impondrá prisión de un mes a un año a quien:

a) Contravenga lo dispuesto en el artículo 56 de esta ley.

b) Envenene o anille uno o varios árboles, sin el permiso emitido previamente por la Administración Forestal del Estado. En estos casos, los productos serán decomisados y se pondrán a la orden de la autoridad judicial competente.

⁵ Delitos. Artículo 162.- Sufrirá prisión de tres meses a un año o multa de ciento ochenta a setecientos veinte colones: I.- El que arrojar a los cauces de agua pública lamas de las plantas beneficiadoras de metales, basuras, colorantes o sustancias de cualquier naturaleza que perjudiquen el cauce o terrenos de labor, o que contaminen las aguas haciéndolas dañosas a los animales o perjudiciales para la pesca, la agricultura o la industria, siempre que tales daños causen a otro pérdidas por suma mayor de cien colones; y II.- El que hiciere o permitiere que las aguas que se deriven de una corriente o depósito, para cualquier uso, se derramen o salgan de las obras que las contenga, ocasionando daño mayor de cien colones. En el caso de que las acciones u omisiones a que se refieren los dos párrafos anteriores, causen la muerte de animales o la destrucción de la propiedad, serán castigadas, conforme a los delitos que resulten cometidos, de conformidad con el Código Penal.

Artículo 163.- Se aplicará la pena de trescientos sesenta a mil colones e inhabilitación de seis meses a dos años para el ejercicio de cargos y oficios públicos, al perito, inspector o comisionado del Ministerio del Ambiente y Energía, o al Inspector Cantonal de Aguas, que en el desempeño de su cargo y con perjuicio de alguien, informe dolosamente sobre las actuaciones que se le encomienden. (Así reformado por el Transitorio V de la Ley No. 7593, del 9 de agosto de 1996).

Faltas. Artículo 164.- Sufrirán arresto de uno a sesenta días, o multa de seis a doscientos veinte colones, los que incurran en las acciones u omisiones contenidas en los apartes I y II del artículo 162, cuando el daño causado no sea mayor de cien colones. En el caso de que los hechos u omisiones a que se refieren los dos párrafos anteriores ocasionaren alteración en la salud o muerte de las personas, muerte de animales o la destrucción de la propiedad, serán castigados conforme al Código Penal por los delitos que resulten cometidos.

Artículo 165.- La infracción a lo dispuesto en los seis primeros artículos del capítulo anterior será penada con una multa de doscientos a quinientos colones, de la cual corresponderá la mitad al denunciante. En caso de reincidencia o cuando el número de arboles cortados excediere de cinco, la pena será de arresto inmutable de dos a seis meses. La autoridad de Policía a quien se le demuestre que teniendo conocimiento de la infracción no procuró su castigo, será penada con pérdida del empleo y con prisión de uno a tres meses. (Así reformado por el artículo 1 de Ley No. 2332, del 9 de abril de 1959).

Artículo 166.- Sufrirá la pena de multa de dos a cien colones: I.- El que, mediante desobediencia o resistencia, impida las operaciones encomendadas a los peritos y a los Inspectores o comisionados del Ministerio del Ambiente y Energía, o rehuse cumplir las disposiciones que éste dicte de acuerdo con la presente ley; II.- El que usare más agua de aquella a que tiene derecho según su concesión o permiso para riego o el que regare mayor extensión de terreno de la que los mismos le fijen o empleare mayor tiempo del que la autoridad le hubiere concedido; III.- El usuario o concesionario que no se sujete a los Reglamentos de policía y de salubridad en cuanto a las aguas sobrantes que son devueltas a los manantiales para evitar contaminaciones o fetidez. Si tal desobediencia diere lugar a una infracción castigada con pena mayor, será ésta la aplicable al caso; y IV.- El usuario o concesionario que no acondicione las obras particulares de aprovechamiento de acuerdo con lo que al efecto dispongan los Inspectores

Embora seja a Lei datada de 1942, ela sofreu modificações subsequentes, mormente, de uma forma mais densa, pela Lei 7593, de 9 de agosto de 1996, embora, malgrado o teor das atualizações, não passasse ilesa às críticas de Bolaños e Sandí (2011):“dado la antigüedad de la ley en cuestión, las multas se han tornado risibles y las contravenciones han entrado en desuso en la práctica” (BOLAÑOS; SANDÍ, 2011, p. 85). E, sobre a realidade da legislação penal ambiental atualmente vigente na Costa Rica acerca da tutela dos recursos hídricos:

La redacción de los artículos [...] evidencia una falta de correlación con la realidad costarricense actual, no solo por la insignificancia del monto establecido en las multas, sino por una falta de protección al recurso hídrico en sí mismo. La inexistencia de conocimientos acerca del ambiente como los que sí se tienen ahora y la diferencia en los valores ambientales, hacen que sea casi ilusorio aplicar contravenciones de este tipo para las faltas que pueden ser cometidas por los infractores en la actualidad. (BOLAÑOS; SANDÍ, 2011, p. 86-87).

Cantonaes o el Ministerio del Ambiente y Energía. (Así reformado por el Transitorio V de la Ley No. 7593, del 9 de agosto de 1996)

É relevante destacar, outrossim, que, ao contrário do Brasil, a Costa Rica não prevê, sequer em âmbito infraconstitucional, a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica., o que se estranha ocorrer em face das destacadas práticas de tutela do ambiente hodiernamente verificadas no país⁶, mesmo porque a Pessoa Jurídica, seja pelos mais vultosos recursos que possui, seja pela necessidade de alcançar o lucro e as finalidades previstas em seus atos constitutivos, é aquela que, em regra, mais danifica o meio ambiente.

Sobre o assunto, destacavam, já em 2011, os autores costarriquenhos, que recomendavam a institucionalização dessa responsabilidade penal em seu País:

La figura legal de la persona jurídica se utiliza en numerosas ocasiones como una pantalla para la comisión de hechos delictivos de diversa índole [...] La sanción penal de las personas jurídicas es un tema de suma relevancia en todos los ámbitos del Derecho penal, no solo en el campo ambiental sino también, por ejemplo, en el Derecho penal de empresas. (BOLAÑOS; SANDÍ, 2011, p. 293).

Embora se observe, também na Costa Rica, a necessidade de adequação e atualização das leis penais em prol da maior e melhor tutela ambiental, é certo, por outro lado, que o governo e

⁶ Exemplo disso é o já destacado plano governamental de tutela da biodiversidade.

as instituições dão mostras de que, efetivamente, estão engajados no processo de tutela do ambiente. Prova disso é a recente e alvissareira criação de uma Comissão Nacional, verdadeiramente digna de encômios, e que propõe, como destacado na reportagem jornalística abaixo destacada, promover o conhecimento uniformizado e consolidado da matéria penal ambiental no e do País:

Costa Rica aboga por protección ambiental

Las declaraciones las realizó el jefe de Estado en el marco de la creación de una comisión en la que participen las diferentes instituciones estatales a fin de promover un conocimiento uniformado y consolidado de la materia penal ambiental del país

El Presidente de Costa Rica, Luis Guillermo Solís Rivera valoró la coordinación existente entre el Ministerio de Seguridad Pública, el Ministerio de Ambiente y Energía, el Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial quienes en conjunto emprenden medidas para garantizar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado en el país.

‘Continuamos con estos esfuerzos nacionales que nos permiten alcanzar importantes acuerdos para Costa Rica. Este paso que damos hoy contribuye con evidenciar la importancia de la Seguridad Ambiental y

además reconoce que, un país más seguro es aquel que permite el acceso y el uso sostenible de sus recursos naturales, con ecosistemas productivos y saludables para mejorar la calidad de vida de su población’, señaló.

Las declaraciones las realizó el jefe de Estado en el marco de la creación de una comisión en la que participen las diferentes instituciones estatales, a fin de promover un conocimiento uniformado y consolidado de la materia penal ambiental del país.

La Comisión Nacional de Seguridad Ambiental tendrá la labor de promover la coordinación entre los entes nacionales e internacionales para el fortalecimiento de la aplicación y cumplimiento de las normas que regulan la materia ambiental, en el ordenamiento costarricense.

‘Este es otra gran paso que damos en esta administración para la protección de la Biodiversidad que tenemos en nuestro país, con esta Comisión, Costa Rica puede estar segura que castigaremos fuerte cada delito que se cometa contra nuestra riqueza natural y no nos temblará la mano para enviar a la cárcel de ser necesario, una vez que sea comprobado el acto de delincuencia’, expresó el Ministro de Ambiente y Energía, Edgar Gutiérrez.

En esta línea la Presidenta de la Corte Suprema de Justicia, Zarela Villanueva aseguró que el combate a los delitos

ambientales es una de las prioridades de cada Estado, ya que su descuido conlleva a una serie de consecuencias económicas, sociales, ambientales, de biodiversidad y seguridad, entre otros factores.

‘El combate de los delitos ambientales constituye una prioridad de los Estados, debido al impacto negativo que acarrearán, resulta necesario continuar realizando esfuerzos permanentes para lograr una mayor eficacia en la denuncia, investigación y juzgamiento de estos delitos, de igual forma debemos enfocar esfuerzos hacia la sensibilización de la población’, afirmo. (grifos no original). (ICN DIÁRIO, 2016, *online*). (grifo no original).

Trata-se, pois, de demonstração verdadeira de que a questão ambiental e sua tutela pelo direito penal estão na ordem do dia do governo costarricense.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Brasil e Costa Rica trazem em comum, já no corpo de suas constituições, a necessidade de tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que é oponível não apenas à

sociedade civil como também, e principalmente, ao próprio Estado.

Imbuídos da necessidade de tutela do ambiente, tanto Brasil como Costa Rica possuem legislação penal protetiva do ambiente, cada qual a sua maneira, merecendo efetivo destaque o fato de que enquanto o Brasil possui uma lei específica sobre crimes ambientais, na Costa Rica a matéria é pulverizada, seja na previsão, pobre é verdade, do Código Penal, seja nas mais diversas leis especiais ali existentes.

Embora se observe nitidamente que, no âmbito legislativo, até mesmo por prever a responsabilidade penal da Pessoa Jurídica, o Brasil se encontra em patamar mais adiantado, é certo que, em políticas públicas governamentais, a Costa Rica tem demonstrado um maior e melhor engajamento quanto ao tema, o que tem lhe rendido, no âmbito internacional, a fama de “democracia verde”, mesmo porque apresenta altíssimos índices de preservação ambiental e um alvissareiro projeto de preservação de tutela da biodiversidade por ações conjuntas do governo e da sociedade civil organizada.

À pergunta, formulada na introdução do texto, sobre se o ambiente tem sido objeto de tutela no âmbito penal em ambos os países, tem-se, por resposta, em conclusão, a constatação de que a tutela ambiental no âmbito penal, pelo menos no tocante ao papel do Estado-Administração, tem sido digna de encômios, embora seja nítida a necessidade de aperfeiçoamento e modernização legislativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso em: 11 jan., 2017.

_____. **Diário do Congresso Nacional**. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9605-12-fevereiro-1998-365397-exposicaoodemotivos-149900-pl.html>.

Acesso em: 14 jan. 2017.

_____. **Diário Oficial da União**. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1998/lei-9605-12-fevereiro-1998-365397-veto-19463-pl.html>. Acesso em: 14 jan.

2017.

_____. **Lei 9605**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 13 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**.

Processo 548181. Recorrente: Ministério Público Federal.

Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás. Relator: Ministra

Rosa Weber. Acórdão 6 ago. 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018> Acesso Em 12 jan. 2017.

BOLAÑOS, Mariana Blanco; SANDÍ, Marco Vinício Quesada.
Tutela penal del recurso hídrico en Costa Rica, 2011.

Disponível em:

http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t11-tutela_penal_del_recurso_hidrico_en_costa_rica.pdf. Acesso em: 12 jan. 2017.

CHACÓN, Mario Peña. **Derecho ambiental en Costa Rica**, 2013. Disponível em:

http://www.academia.edu/20197521/Derecho_Ambiental_en_Costa_Rica. Acesso em: 12 jan. 2017.

COSTA RICA. **Código Penal**. Disponível em:

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf.

Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. **Constitucion Politica de la Republica de Costa Rica**.

Disponível em: <http://www.constitution.org/cons/costaric.htm>.

Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. **Ley 276**. Disponível em:

[http://www.gwp.org/Global/GWP-](http://www.gwp.org/Global/GWP-CAM_Files/LEY%20DE%20AGUAS%20276%20CR.pdf)

[CAM_Files/LEY%20DE%20AGUAS%20276%20CR.pdf](http://www.gwp.org/Global/GWP-CAM_Files/LEY%20DE%20AGUAS%20276%20CR.pdf). Acesso

em: 12 jan. 2017.

_____. **Ley 7317**. Disponível em:

<http://www.conagebio.go.cr/Conagebio/public/documentos/legislacion/Leyes/Ley%20de%20Conservaci%C3%B3n%20de%20la%20Vida%20Silvestre,%20N%C2%B0%207317.pdf>. Acesso em: 12 jan.

2017.

_____. **Ley 7575**. Disponível em: <https://onfcr.org/article/ley-forestal/>. Acesso em: 12 jan. 2017.

_____. **Política Nacional da Biodiversidade 2015-2030**.

Disponível em:

<http://www.conagebio.go.cr/Conagebio/public/documentos/POLITICA-NACIONAL-DE-BIODIVERSIDAD-2015.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal da proteção das gerações futuras**. In Boletim da Faculdade de Direito, n. LXXV, Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Disponível em: <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2017.

ICN DIÁRIO. **Iberoamérica Central de Notícias**. Disponível em: <https://www.icndiario.com/2016/02/25/costa-rica-impulsa-proteccion-al-medio-ambiente/>. 2016. Acesso em: 13 jan. 2017.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal do ambiente**. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; SILVA, Fábio Márcio Piló. Um ensaio sobre vícios legislativos contidos na lei de crimes ambientais à luz do princípio da proporcionalidade. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, n. 4, v. 1, p. 41-64, 2014, jan./jun. 2014.

_____. REZENDE, Elcio Nacur. Responsabilidade criminal e civil dos degradadores ambientais no Brasil e na Espanha: o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano. *In: Crime, Sociedade e Direitos Humanos*. COSTA, Renata Almeida da; ACHUTTI, Daniel Silva (org.) Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c50o2gn1/bgaaoe47/500PrdZDzp3PK2TD.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2017.

SÁENZ, Júlia E. **Los recursos naturales en perspectiva con el derecho penal**, 2014. Disponível em: http://www.up.ac.pa/ftp/2010/f_derecho/centro/documentos/Recursos_naturales.pdf. Acesso em: 13 jan. 2017.

SOUZA, Paulo Roberto Ferreira de. Os princípios do direito ambiental como instrumentos de efetivação da sustentabilidade do desenvolvimento econômico. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, n.26, v. 13, p.289-317, maio/ago., 2016.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. Ética Ambiental e Crise Ecológica: reflexões necessárias em busca da sustentabilidade. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, n. 16, v. 8, p. 211-233, 2011.

RAZÃO E DIREITO NATURAL: O JUSNATURALISMO EM UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-FILOSÓFICA

REASON AND NATURAL LAW: JUSNATURALISM IN A HISTORICAL-PHILOSOPHICAL VIEW

*Bruno Leonardo Cunha*¹

RESUMO: Meu objetivo neste trabalho é resumir, de forma muito sucinta e limitada, o curso histórico-filosófico da doutrina do direito natural, desde sua origem na Antiguidade até seu posterior desenvolvimento na modernidade. Assim, meu propósito é enumerar algumas características fundamentais da doutrina da lei natural, bem como explicar alguns dos principais aspectos do debate moderno sobre o assunto. Especificamente, gostaria de destacar (1) a caracterização clássica do direito natural como parte de uma ordem racional universal de justiça que governa o universo; (2) a ideia posterior desenvolvida pelos escolásticos de que a lei natural é parte de uma lei eterna que abraça e prescreve a ordem da criação; E, finalmente, (3) o momento moderno da sistematização da doutrina, no qual a lei natural é discutida à parte da teologia e das confissões religiosas.

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Universidade Federal de São João del-Rei – DTECH.

PALAVRAS-CHAVE: Lei da natureza; Justiça; Razão; Lei positiva.

ABSTRACT: My aim in this paper is to summarize, in a very succinct and limited way, the historical-philosophical course of the doctrine of natural law, from its origin in antiquity until its later development in modernity. Thus my purpose is to enumerate some fundamental characteristics of the natural law doctrine as well as to explain some of the main aspects of the modern debate on the subject. Specifically, I wish to highlight the (1) classical characterization of natural law as part of a universal rational order of justice which governs the universe; (2) the later idea developed by the Scholastics that the natural law is part of an eternal law which embraces and prescribes the order of creation; And finally (3) the modern moment of systematization of the doctrine in which natural law is discussed apart from theology and religious confessions.

KEYWORDS: Nature law; Justice; Reason; Positive law.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é perfazer, de uma forma bastante *sucinta* e, por assim dizer, *limitada*, o percurso histórico-filosófico da doutrina da lei natural, desde seu surgimento na antiguidade grega até seu posterior desenvolvimento na modernidade. Ao realizar essa tarefa, meu propósito é enumerar algumas características fundamentais da doutrina do direito natural bem

como explicitar alguns dos principais aspectos do debate moderno sobre o tema. Dentre os pontos que desejo destacar estão a (1) caracterização *clássica* da lei natural como parte de uma ordem racional e universal de justiça que governa o universo; (2) a posterior ideia desenvolvida pelos *escolásticos* de que a lei natural é parte de uma lei eterna que compreende e prescreve a ordem da *criação*; e, por fim, (3) o derradeiro momento *moderno* de sistematização da doutrina jusnaturalista em que a lei natural é discutida à parte da teologia e das confissões religiosas.

2. A LEI NATURAL NO PENSAMENTO ANTIGO E NA ESCOLÁSTICA MEDIEVAL

2.1. Platão e Aristóteles: metafísica e lei natural

Uma análise um pouco mais acurada da história do pensamento ocidental permite-nos afirmar, com bastante convicção, que a doutrina do direito natural é quase tão antiga quanto à filosofia. Tão logo se manifestou a necessidade humana de perscrutar de maneira rigorosa os segredos da natureza em geral - primeiramente, do mundo e, logo depois, do homem - instaurou-se a indispensabilidade de se organizar meticulosamente as estruturas sociais e políticas mediante o “logos”, a razão humana como definida pelos gregos antigos. A

ideia do logos surgiu inicialmente acompanhada da confiança de que o mundo é expressão de uma ordem cósmica divinamente organizada por rigorosas leis que de alguma forma nos é acessível por um caminho que já não é mais necessariamente o da velha senda da religião. Quando a razão humana percebeu-se capaz de aprofundar-se na diversidade dos fenômenos do mundo, analisando ademais as tradicionais e variadas formas de organização, descobriu sua capacidade autônoma de decifrar os padrões invariáveis e as leis naturais que envolvem a realidade, inclusive aquelas normas que deveriam regular e harmonizar a própria convivência entre os seres humanos.

Na aurora mais tênue do pensamento ocidental, este anseio pelo princípio [*arché*] da natureza [*physis*] já é perceptível, quando, por exemplo, Heráclito de Efeso (536-470 a.c.) vislumbra, diante da visível transformação permanente das coisas [*devir*], a existência de uma norma eterna e de uma harmonia imutável por detrás da variação contínua dos fenômenos. Admite-se, portanto, segundo suas convicções, uma lei fundamental, um logos divino, uma razão universal que suplanta toda mudança irracional e arbitrária. E se as ocorrências naturais são realmente governadas por essa razão que tende sempre à ordem, isso significa, ao mesmo tempo, que a natureza do homem se expressa na subordinação ou conformidade da vida individual e social à lei geral do universo².

² Afirma Heráclito: “Pensar bem é a mais elevada excelência e a sabedoria consiste em dizer e fazer a verdade, escutando-a através da natureza das coisas” (Fr. 112).

Por conseguinte, não deveríamos prestar qualquer resistência às leis, que expressam, segundo ele, a encarnação da lei divina³. Ao contrário, o povo deve lutar em defesa da lei como fazem pelos muros de sua cidade¹. De acordo com Rommen (1998, p.6), teria sido, então, com Heráclito, o "filósofo obscuro", que a ideia da lei natural surgiu pela primeira vez em sua moldura de lei imutável sobre a qual todas as leis dos homens devem se apoiar. De um modo pouco convencional, Rommen (1998, (p.7) concebe um "objetivo prático-político"⁴ na doutrina de Heráclito que, segundo sua leitura, pretendia destacar "o valor das leis e de sua força obrigatória contra a inconstância das massas acríticas".

A despeito do alcance dessa interpretação, é de comum acordo, contudo, que será com a perspectiva platônica-aristotélica, e posteriormente com a estoica, que, na época clássica, alguns dos aspectos da doutrina da lei natural serão estabelecidos. Na história da filosofia não é novidade que Platão (428(7) – 348 (7) a.c.) vai aprofundar a problemática do princípio inaugurada

³ "(Os) que falam com inteligência é necessário que se fortaleçam com o comum de todos, tal como a lei a cidade, e muito mais fortemente: pois alimentam-se todas as leis humanas de uma só, a divina: pois, domina tão longe" quanto quer, e é suficiente para todas (as coisas) e ainda sobra. (Fr.114).

¹ "É preciso que lute o povo pela lei, tal como pelas muralhas" (Fr.44).

⁴ Geralmente, na história da filosofia, atribui-se um caráter meramente cosmológico à investigação dos filósofos pré-socráticos, estabelecendo apenas em "Sócrates" a virada em direção ao estudo do homem. Mas há certamente algumas evidências que apontam para o caráter prático político do pensamento de alguns desses primeiros filósofos como Demócrito e Heráclito.

pelos filósofos pré-socráticos. A metáfora platônica da segunda navegação é a precisa expressão da superação desse momento representado pelo pensamento de Heráclito e dos outros físicos, que se orientavam e velejavam - como Platão relata - sob os ventos do conhecimento sensível. A razão universal e a fonte das leis imutáveis não encontram sua expressão nas coisas do mundo, pois a realidade dessas coisas é apenas relativa. Na verdade, coisas mundanas existem apenas na medida em que participam do ser das ideias eternas, formas que habitam um mundo transcendente. Mesmo nossos conceitos mais altos e sublimes, como os do belo, do bem e da justiça, são cópias de entidades independentes que existem no chamado mundo das ideias, realidade à qual apenas os filósofos, mediante intensa atividade reflexiva, são capazes de ascender. Essa hipótese, decerto, tem profundas implicações político-jurídicas, incidindo diretamente na ideia da lei natural. Então, na medida em que a doutrina platônica acredita haver uma ideia verdadeira, eterna e imutável de lei [*nomos*] e de justiça [*Dikaiosyne*], empreende uma avaliação rigorosa em relação ao estatuto das leis. Passa-se a reconhecer, por conseguinte, mais profundamente a diferença entre lei positiva e lei verdadeira. Com isso, o homem mostra-se cada vez mais consciente da distinção entre convenção e natureza⁵ (Strauss, 2009, p.84) Como Platão fala nas *Leis*, alguns governos não são completamente políticos e

⁵ De acordo com Strauss (2009, p.79), uma vez que com o nascimento da filosofia houve a descoberta da natureza, instituiu-se, com efeito, a distinção entre natureza [*physis*] e convenção [*nomos*], entre o juridicamente imutável e o instituído.

as leis não são corretas quando são repassadas para os bens de classes particulares e não para o bem de todo o estado. Nesse caso “[o]s Estados que têm tais leis não são políticos, mas são partidos, e suas noções de justiça são simplesmente sem sentido”⁶. Ora, a verdadeira lei é aquela que beneficia o bem comum, estabelecendo-se como o critério de justiça para as leis positivas. Isto é, a lei verdadeira pertence ao mundo das ideias e, portanto, é eterna e imutável, diferente das leis positivas que, contingentes e mutáveis, retiram sua força legal apenas na medida em que parcialmente refletem essa ideia essencial da lei.

Dessa forma, aquele que trata com a lei e a justiça, por conseguinte, deve ser capaz de ascender ao reino das ideias, a ordem [*kosmos*] onde habita essas essências verdadeiras. Naturalmente, os governantes mais indicados devem ser os filósofos, que, uma vez livres das ilusões dos sentidos, estariam aptos a reconhecer essa ordem suprema dos valores sobre a qual se funda toda conduta moral e legal do mundo presente. A partir desses termos, Platão pensa a verdadeira *República*⁷ [*politeia*], o estado político ideal no qual reina a moralidade, a justiça e a

⁶ *Apud* Rommen, 1998, p.13.

⁷ É interessante notar como Platão mostra na *República* e nas *Leis* quão necessário é para o direito natural a atitude crítica diante da convenção e da autoridade (Strauss, 2009, p.74). O exame detalhado em torno das diversas acepções do conceito de justiça, na *República*, é decerto uma atitude de contestação frente às instituições vigentes.

felicidade, sob a tutela de uma lei natural-ideal como a medida de todos os valores.

A perspectiva platônica decerto abriu a possibilidade para se pensar a ideia de lei natural em bases metafísicas. Apesar do pensamento aristotélico não comungar com a transcendência da metafísica platônica, nem por isso deixa de estabelecer a ideia da lei natural em fundações consistentes. Na verdade, na medida em que sua filosofia proporcionou os fundamentos sistemáticos de uma ética, pode-se dizer que Aristóteles (384-322 a.C.) foi mais a fundo no desenvolvimento de uma doutrina da lei natural. Talvez isso justifique o motivo pelo qual os escolásticos tenham lhe concedido o título de “o pai da lei natural”. Sabe-se que Aristóteles rejeita as ideias ou formas platônicas transcendentais para trazê-las ao mundo, enquanto causas formadoras das coisas. Isto é, a ideia é assumida como a forma que determina a matéria, essa mesma destituída de forma, nas coisas individuais [*universalia in re*]. A matéria é potência que deve ser colocada em ato, adquirindo consistência por meio de formas. Em outras palavras, a união da forma (a essência) com a matéria (a potência ou a possibilidade) concede realidade para as coisas particulares. E muito embora uma substância em sentido amplo seja possível apenas como conjunção entre forma e matéria [*sinolo*], é a primeira que vai caracterizar a verdadeira natureza das coisas e a determinação de seus respectivos fins. Toda substância no mundo orienta-se, pois, por um fim natural [*telos*] e na medida em que estes fins podem ser devidamente realizados, estamos diante da

virtude [*areté*]. Ou seja, uma ferramenta é tão mais virtuosa na medida em que é capaz de realizar com excelência a função ou o fim para a qual foi criada.

Estabelecendo-se como base de sua ética, então, a metafísica aristotélica nos deixa entender que também existe uma forma essencial e um fim natural do homem. Se a forma é expressão de sua natureza racional [alma], o fim deve coincidir com a realização de sua própria felicidade. Mas tal propósito só pode se realizar, pelo caminho da reta razão, através da virtude e da comunhão com o bem comum. Dessa maneira, as regras morais enunciam-se ao homem exigindo que ele “realize o que é humanamente bom” ou que ele realize sua forma essencial, sua natureza. Alguns critérios para a ação são estabelecidos, dessa forma, conforme os desígnios da natureza. As ações humanas que correspondem completamente à natureza são consideradas boas, enquanto aquelas que são naturalmente repugnantes são mais. Mas da mesma maneira que existe um critério de avaliação para o bem de acordo com a natureza, é perceptível que o mesmo é válido em relação ao justo. A justiça é tomada, portanto, em sentido amplo, orientando-se pela natureza política do homem, ou seja, levando em consideração os indivíduos como membros da pólis (justiça comutativa, justiça distributiva e justiça legal)⁸.

⁸ Os diversos sentidos ligados à justiça são discutidos no livro V da *Ética a Nicômaco*.

Ademais, a justiça e as leis ainda precisam ser compreendidas a partir de duas noções mais amplas: ou seja, a partir das noções de lei/justiça natural, a noção essencial do que é justo, e de lei/justiça positiva, o que se origina da vontade do legislador ou do ato de uma assembleia, e, por isso, é mutável de acordo com culturas e épocas. Não obstante, apesar de Aristóteles defender, com essa atitude, aquela concepção de lei natural como ordem universal de justiça⁹ já sugerida por Platão, ele acredita que a lei natural, diferente da perspectiva platônica, não habita uma região além da lei positiva. Ela deve ser realizada através da lei positiva na medida em que esta expressa a aplicação da ideia universal de justiça às múltiplas situações da vida. Dessa forma, toda lei positiva é mais ou menos suscetível de realizar a lei natural. Justamente por isso nenhum sistema de lei positiva é completamente perfeito, o que torna necessário a aplicação do *princípio de equidade* como um meio de consertar as imprecisões da lei em casos particulares. Ora, uma vez que a lei é uma norma geral e formal, nem sempre ela se ajusta adequadamente aos casos individuais e materiais. Dessa forma, Aristóteles já considera, como função do juiz, preencher as

⁹ É controverso o modo como os diversos intérpretes têm avaliado a posição aristotélica sobre o direito natural. Miller (1988) acredita que há em Aristóteles uma doutrina da lei natural. Kraut (1996) compreende, por sua vez, que apesar de Aristóteles apresentar um conceito de direito natural, ele não o articula de modo a desempenhar qualquer função relevante em sua doutrina política. Outros como Burn (1996) e Yack . (1990) defendem que o princípio do direito natural não é estabelecido como um critério normativo da lei positiva e das ações particulares.

lacunas da lei positiva como uma tentativa de aplicar a lei natural para corrigir as falhas da lei humana.

2.2. Santo Tomas de Aquino e a escolástica: teologia e lei natural

É notável que tanto a lei natural metafísica de Platão quanto a lei mais realista de Aristóteles formaram, segundo Rommen (1998, p.10), o ponto alto da filosofia moral e da doutrina da lei natural na civilização grega. Elas constituíram-se, de fato, como uma influência relevante para que, posteriormente, os estoicos, em uma notável síntese eclética de princípios extraídos de muitos pensadores, pudessem elaborar a terminologia necessária para que os padres da igreja levassem adiante a doutrina da lei natural na época cristã. Ao abraçar as perspectivas de Heráclito, Platão, Aristóteles e dos sofistas moderados – ou seja, os seus ensinamentos sobre aquilo que o estoicos chamariam depois de *lex aeterna*, a *recta ratio*, a *lex naturalis*, *Ius naturale*, bem como suas conexões com o direito positivo - o estoicismo conservou as "sementes do logos" (1998, p.23) para a tradição escolástica de doravante. Assim, na aurora do pensamento cristão, os padres da igreja apoiaram-se na doutrina da lei natural estoica para proclamar a doutrina do Deus como autor de uma lei eterna que também é uma lei moral natural que se diz à razão. A partir de agora, pois, seria uma exigência à

doutrina da lei natural levar em consideração três das preocupações mais fundamentais do cristianismo, a saber: a ideia de um Deus pessoal e transcendente como legislador absoluto; a noção da personalidade cristã, cuja meta final encontra-se, para além do estado e da polis, na eternidade; e o conceito da igreja cristã como instituição encarregada da salvação humana (1998, p.29).

É muito provável que tenha sido Santo Tomas de Aquino (1225 -1274) - o maior representante da escolástica cristã - aquele que fez os maiores progressos na tentativa de cristianizar a doutrina da lei natural¹⁰. Sua filosofia do direito e ética descansam em sua antropologia que, apesar de cristã, é claramente baseada na ontologia aristotélica. Dessa forma, para ele, entendimento e livre arbítrio constituem-se como as características mais essenciais que distinguem os homens das demais criaturas. São estas características que confirmam a sua participação especial nos graus de perfeição que emanam do ser divino. Por analogia, Tomas acredita que toda criatura, embora de espécie distinta, é uma imagem do criador, participando, em alguma medida, do seu Ser. Com efeito, a criatura racional deve ser considerada a imagem mais próxima de Deus no universo. A doutrina aristotélica das causas finais é invocada aqui para sublinhar, portanto, que, nessa

¹⁰ Aqui é preciso citar também o escolástico tomista Suarez como um dos grandes teóricos da lei natural desse contexto. Suarez defende que o teólogo é uma autoridade no que concerne à doutrina das leis da natureza, uma vez que salvação está em jogo e a visão de Deus é a meta final e o objetivo fundamental do homem (Schneewind, 2005, p.86).

grande cadeia, a essência de cada coisa liga-se a sua finalidade. A perfeição ou realização das coisas coincide com sua essência: causa formal e final são, em última análise, as mesmas. Assim, na natureza essencial do mundo criado, em conformidade com a vontade do Criador, estão embutidos também as *normas* de seu próprio ser¹¹. A “lei eterna é nada mais do que a essência da sabedoria divina dirigindo todas as ações e movimentos”¹². Ela denota o plano de Deus dirigindo todas coisas e ações em direção a um fim. Isso significa que existe uma lei eterna que move todas as criaturas e é a expressão da providência divina no mundo, da qual o homem, como ente racional, deve ter alguma perspicácia e, ao mesmo tempo, lograr participação¹³.

Dessa forma, à concepção já tomada dos gregos de que a lei natural é parte de uma ordem universal de justiça que governa o universo é acrescentada a ideia de que a lei natural é parte de

¹¹ Ele diz na *Suma Teológica*. v.7: “As coisas que não existem em si mesmas existem junto de Deus, porque pré-conhecidas e pré ordenadas por ele [...]. Por isso a concepção eterna da lei divina se apresenta como lei eterna, enquanto ordenada por Deus para o governo das coisas que ele já conhece

¹² Suma teológica, Ia, IIae.

¹³ “Ora, uma vez que todas as coisas submetidas divina providência são reguladas e medidas, como vimos, pela lei eterna, é claro que todas elas participam mais ou menos da lei eterna, porque de seu influxo recebem uma inclinação aos próprios atos e aos próprios fins. Pois bem, entre todos os outros seres a criatura racional está submetida de modo mais excelente à providência divina, porque dela participa com o prover a si mesma e a outros. E esta participação da lei eterna na criatura racional se denomina lei natural.

uma lei eterna que compreende e prescreve a ordem da criação (Scattola, 2001, p.114). A parcela da lei eterna [*Lex aeterna*] acessível racionalmente ao homem é justamente a lei natural [*Lex naturalis*], cujo núcleo mais fundamental descansa na exigência de que devemos “fazer o bem e evitar o mal”. Derivada a partir da *Lex naturalis*, encontramos, por sua vez, a *Lex humana*, ou seja, o direito positivo ou as leis jurídicas que são estabelecidas por um governante ou, coletivamente, por uma assembleia. Tal derivação pode acontecer de duas maneiras, a saber, por dedução [*per modum conclusionum*], ou por determinação [*per modum determinationis*]. A partir desse processo, estabelecem-se, respectivamente, o direito dos povos [*ius gentium*] e o direito civil [*ius civile*]. Esta conexão interna necessária entre a lei positiva e a natural torna inadmissível, com efeito, que as leis humanas encerrem qualquer tipo de contradição com o direito natural, porque isso seria o mesmo do que contradizer a própria noção universal de justiça. No caso de um conflito com a lei natural, não é possível mais falar de legitimidade nos termos da lei. Ao mesmo tempo, cessa qualquer obrigação autêntica na consciência, posto que a força e a significância da lei se baseiam justamente em seu caráter teórico-objetivo. Nessa prerrogativa, tornar-se-ia legítima, em um tribunal, a impugnação de uma lei jurídica contraditória ao direito natural, ao mesmo tempo, que seria também permissível, em alguns casos específicos, rebelar-se contra um regime tirânico injusto.

O objetivo preciso dessas leis positivas, segundo Santo Tomas, é tornar os cidadãos virtuosos. Não se trata apenas de manter a ordem ou a paz estatal, mas de sugerir um caminho pedagógico para transformar aqueles que convivem sob as condições legais de um estado em cidadãos perfeitos (Rommen, 1998, p.49). Este é o motivo pelo qual as normas positivas determinam, ao mesmo tempo, medidas coercitivas pelas quais aquelas pessoas propensas ao vício, que dificilmente podem ser orientadas pela persuasão, sejam obrigadas pela medo da punição a evitar o mal. Ao contrair esse hábito, aquilo que antes era praticado por coerção, posteriormente, passa a ser praticado por virtude. Certamente, a estabilidade política, instauradas pelas leis jurídicas, pode em alguma medida ser útil para os cidadãos galgarem seu caminho em direção à virtude e ao bem comum, mas é certo que nem as leis positivas e nem a lei natural são suficientes para fazê-los alcançar o fim último de sua existência, a saber, a bem aventurança. Ora, uma vez que a *lex naturalis* e a *lex humana* estão restritas aos fins terrenos, elas são, portanto, deficientes em relação ao fim último da existência. Para Santo Tomas, por conseguinte, este fim último - a comunhão com o ser supremo - só pode ser alcançado por meio da *lex divina*, a saber, a lei revelada no Evangelho.

3. O DIREITO NATURAL NA MODERNIDADE

3.1. Hugo Grócio: a lei natural e a fundação do direito dos povos

Podemos afirmar, de acordo com Norberto Bobbio (1986, p.13), que embora o conceito de direito natural remonte, como já vimos, à época clássica, subsistindo por toda a idade média, seu eventual progresso para o status de uma verdadeira “doutrina” ou “escola” vai acontecer apenas a partir de sua “revivescência” no período moderno. O jurista e filósofo holandês Hugo Grócio (1588-1625) é reconhecido, de um modo geral, como o responsável por inaugurar a “era moderna do direito natural” com seu importante tratado *Do direito de guerra e paz* [*De jure belli ac pacis*]. Não é sem razão, aliás, que Jean Barbeyrac, o tradutor das obras de Grócio para o francês, afirmou que, na história moderna, Grócio foi o primeiro “a quebrar o gelo” na ciência da moralidade. Thomas Reid também louvou Grócio, “o imortal”, como o autor da primeira tentativa válida de sistematizar a moralidade senso-comum dos seres humanos com a ajuda do aparato técnico da lei civil (Schneewind, 1990, p.88). Enfim é válido ainda citar a exaltação do jurista alemão Christian Thomasius, que considerou Grócio como o primeiro a “tentar ressuscitar e purificar” o direito natural, que estava “corrompido pela imundice escolástica” e prestes a acabar (Schneewind, 2005, p.93).

Embora seja controversa a exata extensão da originalidade de seu pensamento, Grócio é frequentemente considerado como o primeiro pensador moderno da lei natural. Isso lhe é atribuído principalmente por causa de sua tentativa de estabelecer uma doutrina do direito natural completamente secular, ou seja, desvinculada das confissões religiosas. O § 11 do *prolegômenos* de seu tratado jurídico é especialmente importante nesse sentido por causa da afirmação de que, mesmo sem a existência de Deus, a lei natural deveria permanecer válida sem perder seu caráter vinculante e obrigatório¹⁴ (Grócio, 1990, p.92). Não restam dúvidas de que esta premissa foi um passo crucial para a libertação da doutrina da lei natural das controvérsias religiosas daquele tempo e do seu conseqüente estabelecimento como disciplina autônoma. Grócio buscou estabelecer, apoiado nessa premissa, um conjunto de leis suscetíveis de assentimento por parte de pessoas de todas as religiões e capazes de orientar os mais importantes aspectos das relações internacionais. Como as disputas internacionais podem ser solucionadas? Ao apoiar os direitos do homem em bases religiosas, poder-se-ia justificar a guerra e travá-la contra outras confissões. Ao estabelecê-los

¹⁴ Schneewind (2005, p.89) acredita que a importância de Grócio vai além dessa premissa fundamental, que, em alguma medida, já havia sido levantada, pouco antes, pelo escolástico tomista Francisco Suarez. Para ele, além de estabelecer o direito natural, na independência da religião, Grócio estabeleceu as bases para as relações jurídicas internacionais ao buscar responder aos céticos de seu tempo.

meramente em leis positivas, seria impossível julgar atos cometidos sob condições de guerra. O direito deve ser fundado, portanto, em uma base diferente daquela fornecida pelos editos locais. Pois se a base fundamental do direito realmente reside apenas naquilo que diz a constituição de cada país, é impossível decidir querelas internacionais, envolvendo ou não a religião, a não ser pelo caminho da violência. Para que as disputas internacionais possam ser dissolvidas e as fronteiras para a justificação da guerra delimitadas, é preciso confrontar o *ceticismo* frente à possibilidade de uma concepção *universal* da justiça e da lei, uma vez que segundo a acusação dos cétricos¹⁵ a lei não seria mais do que uma matéria de costume e conveniência. Ela não refletiria, segundo suas acusações mais particulares, mais do que a mutabilidade das situações de acordo com os interesses dos homens. Afinal, os homens, como os animais, apenas são movidos para aquilo que os beneficia (Grócio, 1990, p.90).

Em partes, Grócio concorda com esta tendência humana ao auto-interesse. Mas se decerto existe tal aspecto na natureza do homem, por outro lado, é preciso abrir os olhos para o seu irrenunciável caráter social. É um desejo natural dos seres humanos a vida social e posto que somos seres dotados de racionalidade, capazes de agir de acordo com princípios gerais, nosso desejo se dirige particularmente a um tipo peculiar de sociedade, a saber, uma forma pacífica de sociedade organizada

¹⁵ Grócio dirige-se diretamente a Carnéades, mas em última instância seu adversário é o próprio Montaigne.

segundo a medida de nossa inteligência. Ao que parece, é justamente a necessidade universalmente humana de manter uma ordem social o que torna possível falar de uma lei natural. Ora, os homens são, certamente, propensos ao conflito e à guerra, mas, por outro lado, também anseiam à sociabilidade (Grócio, 1990, p.91). Assim, quais critérios tornam possível que seres propensos ao conflito, mas também à sociabilidade, possam conviver e estabelecer relações em conjunto? A resposta está justamente nas leis da natureza. Elas são, pois, os critérios fundamentais que permitem a sociabilidade entre os homens. Contudo, é importante perceber que, ao evocar as leis naturais, Grócio abstém-se de todo discurso teológico e metafísico. Em um caminho distinto dos escolásticos, a lei natural não é evocada mais como uma exigência divina para a ordem cósmica ou como parte de uma lei mais ampla de Deus, mas, em vez disso, como uma diretriz empiricamente acessível a todos para solucionar os conflitos humanos. Apoiado nisso, Grócio dá um passo fundamental na compreensão dos direitos do homem. Segundo a sua perspectiva, direitos são, na verdade, atributos ou “qualidade morais” que cada indivíduo possui antes de qualquer lei e independente de sua participação em uma sociedade ou grupo. Com essa afirmação, ele decerto rompe com algumas considerações da tradição jusnaturalista anterior e dá um primeiro passo em direção ao reconhecimento da capacidade humana autônoma de autogoverno e à inerência dos seus direitos.

3.2. Pufendorf: a interpretação voluntarista da lei natural

Depois de conquistar as fronteiras da própria jurisdição, à parte da teologia e das confissões religiosas, toda a linguagem do jusnaturalismo começa a se definir em termos cada vez mais independentes. Os autores modernos, por conseguinte, dedicaram-se à tarefa de levar o direito natural moderno aos seus derradeiros limites¹⁶. Pode-se dizer que foi o jurista alemão Samuel Pufendorf (1632-1694), sucessor de Grócio e provavelmente o jusnaturalista mais lido da modernidade (Schneewind, 1990, p. 156), o responsável por desenvolver o modelo de direito natural mais sistemático, detalhado e bem constituído dos tempos modernos. Este sistema foi apresentado em seu extenso tratado publicado, em 1672, com o título *do direito natural e dos povos [De jure Naturae et Gentium]* e depois, de forma mais resumida, no compêndio universitário, *Dos deveres dos homens e dos cidadãos segundo o direito natural [De Officio Hominis et Civis juxta Legem Naturalem]*.

Pufendorf parte da premissa básica do direito natural de Grócio, a saber, da ideia de que a lei fundamental da natureza é a condição básica da sociabilidade. A lei fundamental da natureza é declarada na premissa de que “todo homem deve, tanto quanto

¹⁶ Podemos citar especialmente aqui dois dos autores que levaram a posição de Grócio ao extremo: Hobbes e Cumberland

lhe for possível, preservar e promover a sociedade” (Pufendorf, 2007, p.96). Dessa lei fundamental, outras leis são derivadas com a função de nos mostrar o caminho para solucionarmos o problema da natureza humana já concebida aqui, em termos kantianos posteriores, como *sociabilidade insociável*. Todos os meios que nos levam a superar a condição inerente do conflito e alcançar o objetivo maior da sociabilidade são ordenadas pelo direito natural, enquanto, todas as que lhe são contrárias, são proibidas. Descobrir os caminhos que nos conduz ao comportamento sociável exige uma investigação dos fatos e das situações concretas, embora não seja difícil descobrir as diretrizes básicas da natureza que são necessárias para a segurança e o benefício da humanidade. Assim, Pufendorf vai demonstrar, de maneira detalhada, como direitos e deveres são derivados, nas diversas situações, da premissa básica da sociabilidade de acordo com o direito natural. Posto a nossa situação natural de fraqueza e egoísmo, tanto a sociabilidade quanto a nossa própria preservação depende da observância de certos deveres que emanam do direito natural (Pufendorf, 2007, p.99) como, por exemplo, dos deveres para com Deus, para consigo mesmo e para com os outros. Ou seja, se temos a intenção de preservar a nós mesmos e à sociedade é fundamental respeitar, por exemplo, o dever da autopreservação, pois o homem tem a obrigação de desenvolver seus dons, na medida em que cuida de seu corpo e alma, em contribuição à sociedade (Pufendorf, 2007, p.117). Do mesmo modo, devemos

acolher o dever de não fazer o mal aos outros (Pufendorf, 2007, p.149), de respeitar a igualdade entre os homens (Pufendorf, 2007, p.159) e de promover o bem do próximo (Pufendorf, 2007, p.164), pois, dessa maneira, fortalecemos vigorosamente os nossos laços sociais.

Dessa forma, a obediência à lei parece conveniente, não porque se tira vantagens dela na relação com outros, mas, em vez disso, porque é resultado da natureza comum de todos os homens. Mas se de fato as leis se mostram aos homens como naturalmente necessárias, de onde provem a nossa estrita *obrigação* de segui-las? Uma obrigação é criada juntamente a uma lei quando um superior [obrigante] impõe ao obrigado uma ordem condicionada por uma punição. Esta situação justifica-se porque se pressupõe que a capacidade de criar leis fica a cargo de uma instância superior competente que deve ter “razões justas” pelas quais pode exigir que a liberdade da nossa vontade seja limitada segundo sua vontade. Além disso, para que alguém tenha autoridade e poder de obrigar precisa, ao menos, prestar um serviço a quem obriga. Ora, quem mais poderia ter nos sido tão prestativo ao ponto de nos criar com uma natureza sociável que nos permite desfrutar de todos os bens da terra? Se existe uma obrigação imposta ao homem de prestar obediência às leis do direito natural para seu próprio benefício, essa obrigação só pode ter sido imposta por Deus. Apesar de Pufendorf sublinhar, como Grócio, a independência do direito natural da teologia e da religião, já que somos capazes de conhecer, por meio da razão, a lei natural por

nós mesmos, Deus assume um papel fundamental em sua doutrina, pois é Sua vontade que *obriga* que usemos nossas faculdades em vista da sociabilidade. Em última instância, sabemos e respeitamos essa obrigação não porque conhecemos a fundo todas as justificações de Seu arbítrio, mas, sobretudo, porque O tememos¹⁷ (Pufendorf, 2007, p.98-99). A consciência da punição e de nossa gratidão faz nascer na razão uma mistura de temor e respeito, embora a verdadeira força motriz do *dever* ou do *fazer e deixar de fazer* dos homens, segundo Pufendorf, esteja fundada no medo suscitado pela ameaça de punição. É notável que, com isso, o jusnaturalismo de Pufendorf destaca toda sua intenção voluntarista: no que concerne a lei natural, o poder legiferante de Deus e a essência de nossa obrigação, enquanto uma imposição de Sua vontade, estão além de nossa compreensão. Por conseguinte, posto a superioridade do ser divino, não se pode julgar que homens e Deus sejam membros de uma comunidade fundamentada sob *princípios comuns*.

3.3. Leibniz: perfeição, intelectualismo e lei natural

¹⁷ Essa posição é conhecida como voluntarismo teológico. Eu discuto mais detalhadamente esse ponto no artigo *Kant e Wolff sobre obrigação e lei natural: a rejeição do voluntarismo teológico na moral* (2015) e retomo alguns aspectos dessa discussão no livro *a Gênese da Ética de Kant* (2017).

Na modernidade, é de nosso conhecimento que os fundamentos do direito natural de Pufendorf foram atacados diretamente por Gottfried Wilhelm Leibniz (1646 – 1716), o maior filósofo alemão da baixa modernidade. Em 1706, Leibniz teceu suas críticas anonimamente em uma carta com o título *Algumas advertências sobre os princípios de Samuel Pufendorf* [*Monitaquaedam ad Samuelis Pufendorffii principia*]. O forte teor crítico da *Advertência* de Leibniz chamou a atenção de Jean Barbeyrac¹⁸, que, em 1718, se posicionou em defesa de Pufendorf, anexando a *Advertência* à quarta edição francesa do *De Officio* e respondendo-a minuciosamente.

O ponto nevrálgico da argumentação contra Pufendorf fixa-se justamente em sua interpretação voluntarista do direito natural. Como ilustramos, Pufendorf acredita que toda noção de lei, justiça e obrigação pressupõe o conceito de uma autoridade superior como o meio pelo qual o direito adquire seu caráter vinculativo. Em contrapartida, Leibniz concebe a posição voluntarista de Pufendorf como uma ameaça ao direito natural, uma vez que não é baseada “na natureza das coisas” e “nos preceitos da reta razão”, mas, em vez disso, contraditoriamente, no “comando de um superior”. Para Leibniz, se o dever é realmente, como quer Pufendorf, uma ação humana “conforme a lei em virtude de uma obrigação” e a lei, por sua vez, define-se como “um comando pelo qual o superior obriga o sujeito a

¹⁸ Em defesa A Pufendorf, Barbeyrac tenta responder pontualmente, no anexo, todas as críticas que foram feitas pelo “desconhecido” autor.

conformar suas ações para o que a lei em si prescreve” (Leibniz, 1990, p.327), não é possível admitir qualquer *espontaneidade* em nossas ações em direção ao dever. Ora, pois se admitimos que só há dever e obrigação na presença de um superior que assegure sua observância, isso significa, por conseguinte, que na ausência de um superior, não haverá qualquer dever ou obrigação. A obediência, nesse caso, não decorreria de um ato espontâneo do sujeito, mas estaria estritamente condicionada pela ameaça. Segundo Leibniz, nesse sentido, a lei natural estaria preocupada apenas com o comportamento exterior dos homens, mas nem um pouco com sua vida interior. Ao mesmo tempo, de forma ainda mais agravante, a lei natural conduziria a conclusões abjetas, tornando incompreensível o motivo pelo qual Deus é justo. Como Leibniz assevera em sua *Advertência*, louvamos Deus como supremamente justo não por autoridade ou medo, mas porque pressupomos Nele certa justiça, ou melhor, uma justiça suprema¹⁹. Portanto, em contraposição ao voluntarismo, a norma

¹⁹ Leibniz aponta também o problema da circularidade da posição de Pufendorf acerca da obrigação. Leibniz nota a grave contradição que o autor cai quando estabelece as obrigações jurídicas a partir do comando de um superior, uma vez que ele afirma que para que haja um superior capaz de obrigar é necessário que haja uma justificação de seu poder. Com efeito, como Leibniz observa, a justiça da causa é antecedente ao superior. Se uma lei obrigatória é derivada da autoridade do superior, mas a autoridade só pode ser extraída de razões ligadas à lei obrigatória, um “círculo é criado” (1990, p.328). Dessa forma, se existem realmente razões que justificam a ordem, as punições perdem sua justificação.

das ações e a essência do justo não devem ser concebidas como imposições vindas de seu arbítrio, mas como algo derivado de verdades eternas, qual seja os objetos do intelecto divino. A justiça é um atributo essencial de Deus, não porque é derivada *arbitrariamente* de Sua vontade, mas porque segue as regras da igualdade e da harmonia, presentes em Seu intelecto, que expressam a *natureza imutável* das coisas.

É claro que Leibniz tem boas razões para censurar Pufendorf. Dentre elas, pode-se dizer, primeiramente, que a perspectiva voluntarista não permite justificar adequadamente a necessidade jurídico-moral, ou seja, a necessidade que impele as pessoas em direção ao bem e às suas obrigações. Na verdade, na concepção de Leibniz, somos obrigados porque existem diretrizes universais, que já foram estabelecidas na própria constituição do mundo, às quais podemos reconhecer por meio de nossas próprias capacidades. Deus criou o mundo através de seu arbítrio, mas foi guiado pelas rígidas orientações de seu intelecto. Dessa forma, todas as regras dirigem-se para a consumação daquilo que é mais perfeito. Em outras palavras, Deus criou o mundo como uma expressão de si mesmo e escolheu tornar real o mundo possível que melhor expressa Sua natureza. Isto permite Leibniz afirmar que este é o melhor dos mundos possíveis. Por conseguinte, o esforço essencial de todas as coisas, inclusive dos seres humanos, volta-se para a consumação da perfeição. O homem mostra-se, com efeito, intelectualmente apto a reconhecer os diversos graus de perfeição que subjazem à Criação e até mesmo a perfeição que

perfaz a constituição de suas próprias ações. Para um homem sábio, por exemplo, é impossível não fazer o que é moralmente necessário, pois ele enxerga com clareza a bondade e a perfeição, sendo movido nessa direção²⁰. Portanto, em resposta a Pufendorf, a necessidade jurídico-moral pode ser justificada adequadamente a partir da hipótese segundo a qual nosso ímpeto para discernir e acolher a lei não é o medo, mas a atração e o reconhecimento de uma ordem ontológica superior subjacente à própria lei.

Leibniz, por outro lado, também condena as consequências do voluntarismo. Os voluntaristas defendem uma atitude de total subserviência diante de Deus baseada no fato de que não somos capazes de compreender Suas razões. É como se fossemos simples súditos, cujas máximas da vida se restringem a acatar ordens. O problema é que essa perspectiva parece justificar o servilismo, contradizendo, ao mesmo tempo, as exigências mais fundamentais do cristianismo. Ora, a doutrina cristã pensa a relação de Deus e homens como uma relação de pai e filhos, ao passo que, segundo Leibniz, o voluntarismo vincula os homens a Deus por meio de uma relação despótica de obediência. Em outras palavras, a posição voluntarista parece nos impor a tirania e o despotismo, habilitando, com efeito, o tratamento dos seres

²⁰ No pensamento de Leibniz, a representação da perfeição também é fundamento do desejo. Eu apresento uma explicação sobre isso no livro *a Gênese da Ética de Kant* (2017) e no artigo *Sobre uma Faculdade Superior de Apetição compreendida como Razão Prática* (2016).

humanos como “vermes”. Dessa forma, a derrocada dessa posição corresponde, ao mesmo tempo, ao triunfo da concepção genuinamente cristã de que Deus e os homens, como em uma família, possuem posições iguais e participam de uma comunidade estabelecida mediante princípios comuns. Da mesma forma, o declínio do voluntarismo, de acordo com Leibniz, é, para o direito natural, a afirmação de que a lei natural é a expressão de uma ordem cósmica completamente racional. E, justamente por isso, deve possuir um apelo *normativo universal* e igualitário para todos (Schneewind, 2005, p.271).

3.4. Kant: razão prática e lei natural

Decerto a posição racionalista e anti-voluntarista no direito natural foi propagada no pensamento alemão, passando pelos escolásticos germânicos modernos seguidores de Leibniz, como Wolff e Baumgarten, até chegar na filosofia de Immanuel Kant (1724-1804). Não é questão de debate que o pensamento crítico de Kant promoveu uma vasta revolução na filosofia. Por meio do advento de sua filosofia transcendental, Kant foi um divisor de águas nos diversos segmentos do pensamento filosófico e, em especial, nos campos da ética e do direito. O pensamento jurídico e político de Kant, no entanto, só foi apresentado tardiamente. A *Metafísica dos Costumes*²¹ foi publicada em 1797,

²¹ É certo, todavia, que o pensador de Königsberg já havia se debruçado diante dos vários problemas do direito natural há pelo menos 30 anos. Isso é bastante

suscitando, de forma geral, uma impressão negativa, por parte dos intérpretes, que, na verdade, persiste até hoje. Alguns a julgaram como uma obra de qualidade inferior, resultado de um derradeiro esforço senil²². Outros não encontraram nela a mesma agudeza de pensamento e exposição que nos outros tratados. E, por fim, teve ainda aqueles que consideraram que Kant permaneceu amarrado ao direito natural. Essa afirmação, todavia, só é parcialmente verdadeira, porque se, por um lado, realmente é admissível que a doutrina kantiana do direito ainda se encontra em referência à tradição jusnaturalista do iluminismo, que vai de Grócio até Rousseau, passando, na Alemanha, por Pufendorf, Leibniz e Wolff, por outro lado, não é possível ser indiferente à grande inovação que a filosofia transcendental trouxe à doutrina do direito natural. Como na crítica da razão especulativa²³, os

nítido em suas *Lições de Ética* de meados de 1760. Entre 1767 e 1788, Kant ministrou doze vezes conferências sobre direito natural. Eu discuto alguns pontos do debate kantiano com a tradição jusnaturalista, com ênfase na rejeição kantiana ao voluntarismo, em *Wolff e Kant sobre obrigação e lei natural* (2015).

²² Mas especificamente, Schopenhauer em *O Mundo como Vontade e Representação*.

²³ A revolução da *Crítica da Razão Pura* (1781) consiste justamente no novo ponto de vista segundo o qual todo conhecimento só é habilitado pelo modo como as regras da consciência subjetiva são capazes de conhecer o objeto. Isto é, não somos capazes a conhecer as regras e a realidade mesma das coisas, mas só conhecemos a partir das regras que a própria consciência emprega no processo epistemológico. Pode-se falar de uma virada copernicana, portanto, porque não mais o sujeito se orienta pelo objeto, mas porque é o objeto que se adequa às condições subjetivas transcendentais. Isso decerto é crucial para se responder à

elementos racionais dos predecessores de Kant são submetidos a uma profunda revisão. Dessa forma, como salienta Höffe, a filosofia jurídica e política de Kant pertence ao direito natural no sentido de um direito racional crítico (2005, p.233). Ora, pois a ideia do direito natural não mais vai fundar sua condição normativa no conceito racional da natureza do homem ou das coisas em si, diretamente inacessíveis ao entendimento, mas, em vez disso, em conceitos jurídicos *a priori* baseados em uma ideia prática de liberdade. Trata-se de buscar, como prerrogativa do direito natural, a condição racional *a priori* a partir da qual se torna possível a *relação recíproca* da liberdade externa de todos os agentes racionais. Por isso, ao apresentar a divisão geral dos direitos, Kant define o direito natural como aquele que “se apoia somente em princípios a priori”, em contrapartida, ao direito positivo, que “provém da vontade de um legislador” (6:237). É nítido que a concepção kantiana do direito natural estabelece-se em contraposição àquela de Leibniz, uma vez que não é derivada *more geométrico* de nosso conhecimento ontológico da perfeição, mas de um conceito prático de liberdade. Em termos jurídicos, a liberdade prática é definida como “(a independência de ser

questão sobre a possibilidade da metafísica enquanto ciência. Na verdade, a metafísica só é possível como uma investigação acerca dos conceitos puros do entendimento e nunca como uma ciência das coisas em si. Mas se de fato no campo do conhecimento da natureza estamos restritos ao que a sensibilidade nos fornece pela experiência e o entendimento organiza discursivamente, no âmbito prático, a razão é completamente autônoma ao determinar *a priori* a vontade humana, inaugurando o domínio específico da liberdade, a partir do qual a moral e o direito serão pensados a partir de uma *metafísica dos costumes*.

constrangido pela vontade alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade todos os outros de acordo com uma lei universal” (6:237). O conceito prático de liberdade em geral, enquanto uma prescrição completamente *autônoma* da razão (independente das contingências da natureza física), constitui-se como a base *incondicionada* de todas as nossas *obrigações* morais (internas) e jurídicas (externas)²⁴. Portanto, em contrapartida ao jusnaturalismo tradicional, é pelo inovador caminho da *razão prática legisladora* que se torna possível afirmar, de fato, a existência de “princípios jurídicos supra positivos que, por cima de toda a ordem jurídica vigente, constituem uma regra universalmente válida e absolutamente obrigatória”, o que exige, com efeito, que se derive do direito natural “o s princípios imutáveis para toda legislação positiva” (6:229).

Em contraposição às teorias que acreditam que Kant é pai do positivismo, é nítido que o filósofo de Königsberg está bem próximo à tradição jusnaturalista ao compreender que tanto a condição de validade universal do direito quanto seu critério normativo não dependem de condições empíricas, sejam elas as

²⁴ Nesse ponto é importante ressaltar a importância da filosofia de Kant em ter sido a primeira a distinguir profundamente as esferas da moral e do direito. Na ética ou moral a liberdade e a coerção são internas, ou seja, dizem respeito às disposições interiores do sujeito, enquanto que no direito tanto a liberdade quanto a coerção são externas. Dessa forma, no que concerne ao campo jurídico, o indivíduo não precisa necessariamente conformar suas disposições internas às leis, embora seu comportamento externo precise acatá-las.

convenções ou os pressupostos materiais-históricos. Antes, elas se fundam, de acordo com suas convicções, em um axioma do direito natural estabelecido sob as condições formais da razão “sobre as quais o arbítrio de um pode se conciliar com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade”. (6: 230). Certamente as implicações disso não são estranhas aos teóricos tradicionais da lei natural: só é possível ao poder soberano governar legitimamente apoiado em leis positivas que respeitem o princípio axiomático do direito natural: “[o] *direito natural* no estado de uma constituição civil (quer dizer, aquele que para ela pode ser derivado de princípios *a priori*) não pode ser prejudicado pelas leis estatutárias desta última” (6:256). Essa posição mostra, ao mesmo tempo, que a justificação do ordenamento jurídico-positivo em geral não pode ser realizada meramente por intermédio de uma prescrição jurídico-política²⁵, uma vez que apenas a razão é capaz de proporcionar uma justificação universalmente válida ao direito. Apesar da inovadora concepção crítico-transcendental, isto decerto é reafirmar, em outras palavras, aquela premissa básica do direito natural de acordo com a qual o direito positivo deve se estabelecer sobre as bases do direito natural²⁶. Mas essa premissa é reafirmada, como se pode

²⁵ Essa situação é levantada especialmente no opúsculo da *Paz perpétua*

²⁶ Em analogia à moralidade, aqui cabe salientar a dupla linguagem jurídica de Kant a partir de sua distinção entre a legitimidade e a legalidade do direito. Um ordenamento jurídico é legítimo apenas se está em conformidade com o princípio prático-racional do direito, pois toda justificação normativa depende

observar, não meramente de acordo com uma posição racionalista convencional, que busca deduzir geometricamente o direito positivo de princípios racionais. Trata-se de considerar, no âmbito restrito dos conceitos e princípio da filosofia, que, embora o conceito do direito seja válido *a priori*, sem elementos empíricos gerais uma doutrina filosófica do direito não tem êxito (Höffe, 2005, p.234). Dessa forma, o conceito de direito em sua acepção mais geral precisa levar em consideração o vínculo do elemento normativo (racional *a priori*) e do elemento descritivo (empírico)²⁷, mesmo que o último não assuma qualquer função de fundamentação.

Outro ponto digno de atenção na *Doutrina do Direito* diz respeito à subdivisão kantiana concedida ao direito natural. Em contrapartida à divisão jusnaturalista tradicional, Kant não desmembra o conceito de direito natural nos conceitos de direito de natureza [*natürliches Recht*] e de direito *de sociedade*. Ele acredita que ao *estado de natureza* não se contrapõe o estado de sociedade, mas o estado civil, uma vez que em um estado de natureza pode muito bem haver sociedade, mesmo que esta não

disso. Dessa forma, a legalidade de uma lei não implica necessariamente a sua legitimidade.

²⁷ Como Höffe (2005, p.235) salienta, o conceito de direito é um conceito puro, mas proposto para a práxis. O conceito fundamental do direito se sai bem na ausência de elementos empíricos, mas o direito privado não. No momento da aplicação, emergem elementos empíricos no direito privado tais como os títulos de propriedade.

seja de caráter *civil*, (onde leis públicas asseguram a propriedade). Diferente do que se poderia supor, o estado de natureza não é um acontecimento histórico, mas uma construção racional na qual se destaca a ausência de relações estatais. Assim, o direito em condição natural [*natürliches Recht*]²⁸ expressa-se no conjunto de leis que podem ser pensadas em uma comunidade mesmo independente do resguardo das instituições jurídico-políticas. Trata-se das leis de uma sociedade ainda destituída de Estado (6: 242) que é uma condição de ausência de direito, mas não de injustiça. Nesse caso, os direitos podem existir, inclusive os de propriedade, mas nesse caso ainda carecem de garantia jurídica. Este é o direito privado. Contudo, visto que a propriedade é uma instituição anterior ao Estado, o direito público [*öffentliches Recht*] é a instituição racional que delimita os títulos de propriedade, assegurando devidamente a *posse* defronte aos possíveis conflitos e violações. Dessa forma, enquanto uma sociedade é uma organização que se caracteriza pelo direito privado, o Estado, por sua vez, é uma organização que se rege pelo direito público justamente com o objetivo de assegurar as prerrogativas do direito privado. Nesse sentido, tanto quanto o direito privado, o direito público²⁹ é uma condição indispensável

²⁸ A tradução equivocada desse termo tem provocado equivocadas interpretações da doutrina kantiana do direito. Algumas traduções têm apresentado os dois termos, *Naturrecht* e *natürliches Recht*, por direito natural.

²⁹ No que diz respeito à fundamentação do Estado, Kant assume o modelo jusnaturalista tradicional, a saber, a doutrina contratualista. Segundo Höffe, Kant recorre, nesse caso, a ideias de seus predecessores, combinando-as e

para assegurar a liberdade jurídica do cidadão em geral, na medida em que garante a manutenção de instituições de primeira ordem tais como a propriedade, os contratos, a família e ainda, mesmo que não inclusos diretamente no direito privado, o corpo e a vida. Portanto, instituído em cima dos princípios do direito natural, o estado público de direito é a única instituição capaz de decidir objetivamente sobre o justo e o injusto, garantindo tanto as prerrogativas congênicas³⁰ quanto as adquiridas dos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pequeno esboço traçado aqui buscou ter retratado, pelo menos em alguma medida, como a tradição do direito natural estendeu-se largamente pela história do pensamento humano ditando os rumos de grande parte da filosofia moral, jurídica e política desde a antiguidade. De acordo com Bobbio, se de fato

conferindo-lhes mais clareza. Contudo, é bastante nítido que Kant não concebe o contrato social, na linha da crítica de Hume, como um acontecimento histórico, mas o toma como uma mera ideia da razão (6:217). Na seção sobre direito público, o *contrato originário* ganha legitimidade a partir da premissa rousseauiana da vontade geral, o corpo político reunido sob a vontade una de um povo.

³⁰ Kant fala especialmente do “meu e teu interno”, o direito inato e inalienável à liberdade, frente ao que ele define como “meu e teu externo” relativo a coisas exteriores a mim que podem ser adquiridas e alienadas (6:245-246).

hoje nos parece claro o momento a partir do qual o direito natural se erigiu efetivamente como uma escola, no decorrer da modernidade, não é tão fácil identificar, por outro lado, a ocasião em que esta tradição realmente se desvaneceu, muito embora estejam bem delineados os eventos que marcaram o seu declínio³¹. Bobbio acredita que foi o historicismo jurídico, a nova corrente que surgiu na Alemanha pós-kantiana, o verdadeiro responsável pela dissolução definitiva, em termos filosóficos, da escola jusnaturalista. Essa nova corrente representada pela escola histórica do direito, segundo ele, teve seu início marcado pela publicação do opúsculo hegeliano de 1804, Sobre as Diversas Formas de Tratar o Direito natural, no qual o ainda jovem pensador alemão, além de dar vazão às suas primeiras concepções especulativas, endereça uma crítica radical à tradição jusnaturalista de Grócio a Fichte. A crítica hegeliana promoveu a dissolução e a suprassunção de tudo aquilo que era fundamental à doutrina do direito natural, na medida em que propôs a dissolução de suas teses principais, sublinhando tanto suas incongruências quanto sua incompatibilidade com os tempos modernos, com objetivo de destacar, ao mesmo tempo, mediante a aplicação do método especulativo, os aspectos que devem ser *conservados* como princípios. Em geral, o problema descansa no fato de que a doutrina do direito natural, seja em sua

³¹ Historicamente falando, Bobbio (1986) cita a criação das grandes codificações, especialmente a napoleônica, que estimularam uma atitude de reverência diante das leis estabelecidas.

caracterização empírica ou formalista, procedeu levando em consideração o indivíduo isolado, sem se atentar para o verdadeiro ponto de partida que, para Hegel, encontra-se na vida comunitária e historicamente concebida.

Se houve de fato, como Bobbio argumenta, uma dissolução histórica do jusnaturalismo, posto que o direito natural se tornou, segundo as próprias ponderações de Hegel, obsoleto, por quais razões ainda deveríamos demandar-lhe atenção? Strauss (2009, p.11) explica que o ataque ao direito natural em nome da história acabou por assumir, na maioria dos casos, a seguinte forma: o direito natural pretende ser um direito discernível universalmente pela razão humana, mas a história e a antropologia pretenderam ter nos ensinado que esse direito não existe. Não pode haver direito natural, portanto, porque, como diria os convencionalistas, “as coisas justas” variam de sociedade para sociedade (2009, p.84). Mas pode se supor que foi justamente a dificuldade imposta por estes teóricos frente a possibilidade de um critério racional e universal do direito que justificou, pelo menos em alguma medida, muito dos desdobramentos históricos do século XX, fazendo com que não seja difícil de imaginar o motivo pelo qual se buscou reavaliar o direito natural³². De acordo

³² Dentre alguns trabalhos do século XX que revisitaram o direito natural podemos citar a *Direito Natural* de Rommen que foi traduzida para o inglês em 1947, *Direito Nacional e História* de Leo Strauss publicado em 1950 e o *Homem e Estado* de Jacques Maritain de 1951.

com Rommen, quando a base de um estado *totalitário* é estabelecida sobre *teorias relativistas* do direito, o homem é estimulado a *libertar-se* da resignação pessimista que caracteriza tais leis e retornar a seus *princípios*. Nesse sentido, o direito natural revisitado assumiria, portanto, a função de se contrapor, por exemplo, ao espetáculo dos profissionais alemães, que, mesmo treinados nos aspectos técnicos da lei positiva, teriam dado o aval para o que Rommen chama de a “legalidade de Adolf”. É uma ilusão pensar que as instituições jurídicas atuam como uma força suficiente contra as determinações governamentais e os conflitos de poder, como se um sistema de direito positivo fosse capaz de cuidar de si mesmo, demandando tão somente a aptidão de profissionais certificados. Geralmente é negligenciado o fato de que as próprias instituições jurídicas podem tornar-se objeto de conflito de um poder não legal. Ora afinal quem não está consciente do fato de que, em uma nação, os tribunais ou os próprios juízes estão sujeitos à disputa de poder? (Rommen, 1998, p. XII). Aqui decerto as pretensões do direito natural encontram lugar, na medida em que aspiram estabelecer critérios normativos universalmente válidos. Nesse sentido, ao direito natural é incumbida, em nossa atual conjuntura, a função norteadora de se colocar diante das novas questões jurídico-políticas do contexto mundial pós-guerra.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Santo Tomas de. **Suma Teológica**. Volume 7. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília: UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CUNHA, Bruno. *Wolff e Kant sobre Obrigação e Lei Natural: a rejeição do voluntarismo teológico na moral*.

Marília: *Trans/Form/Ação* [online]. 2015, vol.38, n.3, p.99-116.

_____. **A Gênese da Ética de Kant**. São Paulo: Liberars, 2017 [no prelo].

_____. Sobre uma faculdade superior de apetição compreendida como razão prática; Kant em diálogo com Wolff. Belo Horizonte: **Kriterion**, 2016, vol.57, n.135. [no prelo]

GRÓCIO, Hugo. On the Law of War and Peace. In: SCHNEEWIND, J. B. **Moral Philosophy from Montaigne to Kant**: an anthology. volume 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

HERÁCLITO. **Fragments (sobre a natureza)**. In: Trad. José Cavalcanti. Os pré-socráticos. Coleção os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

HÖFFE, Ottfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOFFMANN Thomas. Kant und das Naturrechtsdenken: Systematische Aspekte der Neubegründung und Realisierung der Rechtsidee in der kritischen Philosophie. In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), vol. 87 (2001), p.449-467.

LEIBNIZ, Gottfried W. The Principles of Pufendorf. In: SCHNEEWIND. J. B. **Moral Philosophy from Montaigne to Kant: an anthology**. volume 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

KANT, Immanuel. Die Metaphysik der Sitten. In: **Kants Gesammelte Schriften**. v. VI, Edited by the Akademie der Wissenschaften. Berlin: Reimer (DeGruyter), 1910.

KRAUT, R. Are there Natural Rights in Aristotle?. In: **The Review of Metaphysics**, v.49 n.4, 1996: p. 755-774.

MILLER, F. Aristotle and the natural rights tradition. In: **Reason Papers**, vol. 13, 1988: p. 166-181.

PLATÃO. **República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

PUFENDORF, Samuel. **Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

RITTER, Christian. **Der Rechtsgedanke Kants nach den frühen Quellen**. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1971.

ROMMEN, Henrich. **The Natural Law: a study in legal and social history and philosophy**. Transl. T. Hanlev. United States: Liberty Fund, 1998.

SCATTOLA, Merio. **Models in History of Natural Law**. Frankfurtam Main: Vittorio Kloestermann, 2001.

SCHNEEWIND. J. B. **Moral Philosophy from Montaigne to Kant: an anthology**. volume 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

SCHNEEWIND. J. B. **A invenção da Autonomia: uma história da filosofia moral moderna**. São Leopoldo: editora Unisinos, 2005.

STRAUSS, L. **Direito Natural e História**. Lisboa: Edições 70, 2009.

YACK, B. Natural Right and Aristotle's Understanding of Justice. In: **Political Theory**, v. 18. n. 2, 1990. p. 216-237.

O DIREITO FUNDAMENTAL À REPARAÇÃO DOS DANOS
CAUSADOS À DIMENSÃO EXISTENCIAL DA PESSOA
HUMANA

DERECHO FUNDAMENTAL A LA REPARACIÓN DE LOS
DAÑOS A LA DIMENSIÓN EXISTENCIAL DE LA
PERSONA HUMANA

*Cleber Lúcio de Almeida*¹

*Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida*²

RESUMO: A Constituição da República de 1988 estabelece a cláusula geral de tutela da pessoa humana, que possui dentre os seus componentes o reconhecimento do direito à reparação integral dos danos por ela sofridos em razão do comportamento de outrem. A multidimensionalidade da pessoa humana conduz à pluralidade dos danos que a ela podem ser causados e que reclamam reparação. É neste contexto que ganha relevo o debate sobre a reparação dos danos existenciais. O presente ensaio pretende contribuir para a definição do conceito de danos

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidad Nacional de Córdoba/ARG. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da graduação e do Programa de Pós-graduação da PUC-MINAS. Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região.

² Pós-doutora em Direito pela Universidad Nacional de Córdoba/ARG. Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora de Direito do Trabalho na graduação e de Direito Processual Coletivo do Trabalho na pós-graduação *latu sensu* da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada.

existenciais e dos fundamentos jurídicos para a sua reparação, com ênfase naqueles verificados no contexto da relação entre trabalhador e empregador.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa humana; Multidimensionalidade da pessoa humana; Danos existenciais.

RESUMEN: La Constitución de 1988 establece la cláusula general de protección de la persona humana, que tiene entre sus componentes el reconocimiento del derecho a la reparación integral de los daños sufridos a causa de la conducta de otra. La multidimensionalidad de la persona humana conduce a la pluralidad de los daños que pueden ser causados a ella y la reparación reclamando. En este contexto se convierte en importante debate sobre la indemnización por daños existencial. Este documento tiene por objeto contribuir a la definición de daño existencial y los motivos legales para su reparación, con énfasis en los que se ocurren en el contexto de la relación entre el trabajador y el empleador.

PALABRAS-CLAVE: Persona humana; La multidimensionalidad de la persona humana; daño existencial.

INTRODUÇÃO

A doutrina, estrangeira e brasileira, vem se debatendo sobre os danos existenciais, entrando em cena questões relacionadas com a definição do seu conceito e dos fundamentos jurídicos para o reconhecimento do direito à sua reparação.

O presente ensaio versa sobre os danos existenciais e tem por objetivo contribuir para a solução das aludidas questões, com ênfase nos danos que ocorrem no contexto da relação entre trabalhador e empregador.

O ensaio é dividido em quatro partes.

A primeira parte versa sobre a evolução histórica, que é apresentada de forma esquemática e sem a pretensão de exaustividade, do direito privado, na tentativa de situar o surgimento do debate sobre os danos existenciais. A segunda parte tem por objeto o exame do conceito de danos existenciais. A terceira parte é destinada à definição dos fundamentos jurídicos para o reconhecimento do direito à reparação dos danos existenciais. Ao final, serão apresentadas as nossas considerações conclusivas sobre a temática colocada em destaque ao longo do ensaio.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PRIVADO

Antes de enfrentar o tema central do presente ensaio, cumpre situá-lo no contexto da evolução histórica do direito privado, no que concerne à doutrina da responsabilidade civil.

O direito privado passou por várias transformações, algumas delas relacionadas com “modificações ocorridas na esfera econômica, provocadas pelo desenvolvimento da Industrialização e do Capitalismo”, e a “presença cada vez mais atuante dos poderes públicos na vida econômica do país” (GIORGIANNI, 1998, p. 35).

O estudo da evolução histórica do direito privado demonstra que o “jusnaturalismo e racionalismo levaram a conceber o ordenamento jurídico, então entendido essencialmente como ‘Direito Privado’, em função do indivíduo e a considerá-lo como o conjunto dos direitos que a este cabem”, situação em que o direito subjetivo é “entendido como poder da vontade do sujeito”, “no centro do sistema sobressai o ‘contrato’ como a voluntária submissão do indivíduo a uma limitação da sua liberdade” e ao Estado é reconhecido o poder para limitar “os direitos dos indivíduos somente para atender à exigência dos próprios indivíduos”, o que significa que “os dois pilares desta concepção eram constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo” (GIORGIANNI, 1998, p. 38-39).

O *individualismo* do sistema naturalista e racionalista ou liberal, que concebia “o direito subjetivo como senhorio da vontade, a propriedade como senhorio sobre a coisa, o negócio jurídico como declaração de vontade” e, todos eles - direito subjetivo, propriedade e contrato -, como instrumentos de defesa do indivíduo, é abandonado no Século XIX, passando o direito subjetivo a ser considerado “interesse juridicamente protegido” e, o ordenamento jurídico, como “conjunto de normas e de princípios que disciplinam determinadas atividades idôneas a satisfazer os interesses de indivíduos e dos grupos organizados”, e a defesa dos indivíduos e grupos confiados “a instrumentos que escapam do campo do Direito Privado, pertencendo decididamente ao Direito Público” (GIORGIANNI, 1998, p. 43-44).

Em suma, o direito privado clássico atua como *estatuto do indivíduo frente ao Estado* e nele predomina a vontade do particular, a propriedade como direito absoluto, a atividade econômica considerada na perspectiva de seus instrumentos e sem qualquer referência aos seus fins e a concepção segundo a qual o bem-estar social é alcançado por meio “do livre exercício do jogo econômico e através da liberdade de propriedade” (GIORGIANNI, 1998, p. 47).

O direito privado contemporâneo assume a condição de *instrumento de tutela de interesses individuais e sociais*, admite a intervenção do Estado no domínio econômico, estabelece limites à iniciativa econômica e à autonomia privada, com a conseqüente

redução do papel da vontade individual, e, mesmo sem abandonar os dogmas do liberalismo, utiliza “instrumentos da iniciativa econômico-privada e pública para fins do bem-estar geral” (GIORGIANNI, 1998, p. 47 e 49).

As limitações à iniciativa econômica e à autonomia privada, prestigiadas pelo direito privado contemporâneo, se manifestam por meio de normas “que alargam a relevância da boa-fé, que impõem a lealdade na contratação e no adimplemento das obrigações, que reprimem o abuso do direito, que tutelam o contratante mais débil” e “que tutelam os interesses de toda a sociedade, ou melhor de certas categorias sociais como os consumidores ou os trabalhadores, no temor de que a liberdade negocial possa sacrificá-los” (GIORGIANNI, 1998, p. 49).

Portanto, o direito privado abandonou a ideia de *individuo autossuficiente*, em favor da sua *proteção* e do *bem comum*.

A doutrina contemporânea do direito privado, vai além, para sustentar que “a realidade das relações interprivadas não mais se concilia com perspectivas segundo as quais o direito civil, que as regula, teria como objeto discriminante a disciplina de um indivíduo assim abstrato, participe de relações jurídicas axiomáticamente fundadas sobre uma igualdade meramente formal”, admite que tem empreendido esforços voltados para a “recuperação de uma unidade sistemática através da identificação de um sentido axiológico comum às mudanças ocorridas” e

sustenta que “o sentido unificante, capaz de articular as tantas e tão numerosas transformações ocorridas no direito civil contemporâneo e de lhes conferir coerência valorativa, se constrói por meio da permanente remodelação do direito civil à imagem da Constituição Federal e do projeto social ali plasmado” (NEGREIROS, 2006, p. 5-10).

Deste modo, o direito privado partiu do *indivíduo abstrato* para o *indivíduo concreto*, ou seja, o indivíduo considerado em concreta condição cultural, econômica, política e social, e, utilizando a Constituição como parâmetro valorativo, operou a substituição do indivíduo pela *pessoa* e da liberdade individual pela *solidariedade social*.

A importância da Constituição nas transformações do direito privado é inegável, vez que o “o processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo - em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde dantes reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social” (NEGREIROS, 2006, p. 11).

Ademais, como aduz Tereza Negreiros, “o direito civil voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana é chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas se especificam a partir de diferenciações normativas correspondentes a diferenciações que implodem a concepção outrora unitária de indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais (é o caso, no âmbito do direito

contratual, das normas de proteção ao consumidor, ao locatário, ao usuário de planos de saúde, etc. – as chamadas *person-oriented rules*)” (NEGREIROS, 2006, p. 18).

Deste modo, o direito privado assume uma *postura protetiva da pessoa humana*, que é considerada como ser individual e coletivo e não abstratamente, mas concretamente, ou seja, situada segundo a sua condição cultural, econômica, política e social.

A proteção da pessoa humana envolve a questão relacionada com a reparação dos danos a ela eventualmente causados pelo comportamento de outrem. Assim, as transformações do direito privado alcançaram a doutrina da responsabilidade civil, inclusive no que comporta aos danos reparáveis, que é o que nos interessa no momento.

Neste sentido, cumpre anotar que a doutrina da responsabilidade civil foi informada, inicialmente, por uma *lógica patrimonialista*, o que a levava a somente admitir a reparação de *danos patrimoniais*, mas passou, na sua caminhada histórica, a admitir a reparação de *danos morais*, dos *danos biológicos*, isto é, dos danos à integridade psicofísica da pessoa, nas suas duas espécies *danos estéticos*³ e *danos à saúde*,⁴ dos *danos processuais* e,

³ Em sintonia com esta transformação, o Código Civil, no artigo 950, reconhece o direito a indenização quando da *ofensa* resultar *defeito* pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho. Trata-se do denominado *dano estético*, que pode ser *qualificado*,

atualmente, tem se debatido sobre os *danos existenciais*, como danos à dimensão existencial da pessoa humana.

Em resumo, a doutrina contemporânea da responsabilidade civil reconhece, em relação à pessoa humana, a *pluralidade dos danos reparáveis*.

O reconhecimento da *pluralidade dos danos reparáveis* encontra fundamento na *pluridimensionalidade da pessoa humana*- a pluralidade das dimensões da pessoa humana conduz à pluralidade dos danos que a ela podem ser causados - e no direito fundamental à *reparação integral dos danos causados à pessoa humana*.

A responsabilidade civil, como dever de reparar o dano causado a outrem, não é estranha ao Direito do Trabalho, valendo anotar, por exemplo, que o artigo 462 da CLT atribui ao trabalhador o dever de, sendo atendidas determinadas condições, reparar o dano causado ao empregador.

Ademais: o princípio da responsabilidade civil é consagrado constitucionalmente (artigo 5º, X) e alcança todas as

quando o defeito impedir o exercício do ofício ou da profissão, diminuir a sua capacidade de trabalho ou aumentar a penosidade do trabalho por ele executado, ou *simples*, na hipótese de o defeito não apresentar estas consequências (o dano estético simples é desvinculado dos aspectos profissionais do ofendido).

⁴ Saúde, conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), é o “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”, observando-se que a saúde é um bem em si mesmo e, como tal, passível de dano autônomo, valendo observar que o *direito à saúde* é expressamente reconhecido no artigo 6º da Constituição da República.

relações sociais; ao atribuir à Justiça do Trabalho a competência para julgar demanda reparatória de danos decorrentes da relação de trabalho (artigo 114, VI) e reconhecer que o trabalhador tem direito ao ressarcimento de danos resultantes de acidente de trabalho (artigo 7º, XXVIII), a Constituição da República deixa claro que a responsabilidade civil também alcança a relação entre empregado e empregador; o Código Civil, que trata do tema de forma mais detalhada, constitui fonte subsidiária do Direito do Trabalho, segundo prevê o artigo 8º, parágrafo único, da CLT.

Aliás, a CLT, embora de forma acanhada, deixa transparecer a preocupação com o trabalhador para além da sua situação contratual, quando prevê, no artigo 483, e, a possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho no caso de *dano à pessoa do trabalhador*.

Acrescente-se que o Direito do Trabalho se distanciou do Direito Civil liberal exatamente porque se recusou a tomar o trabalhador como pessoa abstrata e, o contrato de trabalho, como ajuste de vontades de indivíduos livres e iguais, em favor da proteção da dignidade humana da pessoa que sobrevive do seu trabalho, com o que, o Direito Civil, ao adotar a pessoa como seu centro valorativo, se aproxima do Direito do Trabalho, inclusive no reconhecimento da necessidade de sua proteção, a partir da sua condição concreta.

Por estas razões, também nas relações de trabalho não se pode desconsiderar a pessoa humana na sua

pluridimensionalidade e, com isto, a pluralidade dos danos que a ela podem ser causados e que devem ser reparados, observando-se que *dano*, como condição para o reconhecimento da responsabilidade civil, é a condição desfavorável, para uma pessoa, grupo, classe ou categoria de pessoas, resultante do comportamento, lícito ou ilícito, de outrem.

3. DANO EXISTENCIAL

A doutrina vem se debatendo sobre os danos existenciais, em especial no que concerne à definição do seu conceito e dos fundamentos jurídicos para o reconhecimento do direito à sua reparação.

A primeira questão que se coloca neste debate diz respeito ao conceito de danos existenciais.

Manuel A. Carneiro da Frada observa que a expressão dano existencial é larga e imprecisa, mas a considera “sugestiva e cheia de valor simbólico”, ao argumento de que ela “invoca a dimensão individual da vida, aquilo que a torna feliz e conseguida na sua realidade singular, total, pelo menos no plano do que os meios e os fins do Direito, sempre limitados, podem oferecer e garantir”, como quer “que seja de valorar, o dano existencial manifesta e culmina uma tendência de aplaudir” (FRADA, 2007. p. 374-375).

Paolo Cendon e Patrizia Ziviz afirmam que o dano existencial corresponde “à soma de todas as restrições que à vítima são impostas em relação à atividade que contribui para a sua própria realização individual”, abarca as situações em que o desenvolvimento da personalidade é “obstaculizado pela necessidade, para a pessoa, de desenvolver atividade limitativa da própria esfera pessoal, que incide de maneira negativa sobre a sua dimensão existencial” e “é suscetível de manifestar-se - em substância - sob dupla veste: de uma parte, tem-se em consideração a atividade que a vítima desenvolvia e não poderá mais desenvolver, ou à qual poderá dedicar-se - sob o plano quantitativo ou qualitativo - de maneira mais limitada; de outra parte, é levada em conta a ocupação, gravosa sob o plano pessoal, que o ofendido deve assumir contra a sua vontade” (CENDON; ZIVIZ, 2003, p. 46).

Carlos Fernández Sessarego afirma que o dano moral é um dano específico, “que compromete basicamente a esfera afetiva ou sentimental da pessoa, causando-lhe uma perturbação, uma dor, um sofrimento”, e assinala que

[...] não podemos perder de vista que o ser humano pode experimentar dor ou sofrimento como resultado de outros tipos de lesões a outros aspectos da multifacetária personalidade humana, que não é, precisamente, aquela esfera afetiva ou

sentimental [...]. Dor e sofrimento são 'consequências' da lesão a determinado aspecto da pessoa. Aos juristas [...] ocorreu chamar 'moral' dor ou sofrimento derivado da lesão a uma particular esfera do ser humano como é a afetiva ou sentimental [...]. É possível referir-se a dano subjetivo, que é o que afeta os seres humanos, e a dano objetivo, que incide sobre os objetos que integram o patrimônio das pessoas [...]. O dano subjetivo ou dano à pessoa é aquele cujos efeitos recaem sobre o ser humano considerado em si mesmo, enquanto sujeito de direito, desde a concepção até o final da vida. Em razão da complexidade do ser humano, os danos podem afetar alguma ou algumas de suas múltiplas manifestações ou 'maneiras de ser'. Como o ser humano é uma unidade psicossomática, sustentada na liberdade, os danos que se lhe causam podem incidir sobre seu corpo, em sentido estrito, ou sua psique ou afetar sua própria liberdade (SESSAREGO, 1966).

Para Carlos Fernández Sessarego:

Há um dano que frequentemente é ignorado ou esquecido por quem não consegue descobrir ou conceber a qualidade ontológica do ser humano como ser livre e temporal, que se propõe fins, os mesmos que estão contidos em seu 'projeto de vida' [...]. A

liberdade constitui o ser mesmo do homem. Esta liberdade é o que o diferencia, radicalmente, dos demais seres da natureza e lhes outorga dignidade. Se trata de uma potencialidade que nos permite decidir, eleger, entre muitas possibilidades de vida, isso que, precisamente, chamamos projeto de vida [...]. O dano ao projeto de vida acarreta como consequência um colapso psicossomático de tal magnitude para o sujeito - para certo sujeito - que afeta sua liberdade, que a frustra. O impacto psicossomático deve ser de uma envergadura tal que o sujeito experimente um 'vazio existencial' [...]. O vazio existencial é o resultado da perda de sentido que sofre a existência humana como consequência de um dano a seu projeto de vida [...]. O dano ao projeto de vida compromete, séria e profundamente, a liberdade do sujeito de ser 'ele mesmo' e não 'outro' [...]. O dano ao projeto de vida [...] incide sobre a liberdade do sujeito a realizar-se segundo sua própria decisão [...]. É um dano de tal magnitude que afeta, portanto, a maneira em que o sujeito decidiu viver, que tranca o destino da pessoa, que a faz perder o sentido mesmo de sua existência. (SESSAREGO, 1966).

Manuel A. Carneiro da Frada assevera que:

Não pode ser suficiente que o Direito se contente com a proclamação genérica de um conjunto de exigências que, em abstrato, a tutela da personalidade postula para quem quer que seja, de uma forma igualitária. Importa que ele se decida a descer totalmente à realidade da pessoa concreta, a encarne plenamente naquilo que a identifica e que permite por isso também distingui-la das demais; que, em suma, não deixe de fora nada de decisão que pertença à sua esfera ‘existencial’ e que é por natureza diferente de pessoa para pessoa”, sendo por ele acrescentado que o dano existencial “exprime, antes de mais, a pretensão de identificar um nível de proteção, não tanto de classificar e tipificar um prejuízo no confronto com outros, quanto de identificar um nível de proteção da pessoa. (FRADA, 2007. p. 375).

Manoel A. Carneiro da Frada adverte, com razão, que “seria totalmente precipitado negar os ‘danos existenciais’ a pretexto de que a proteção cresceria desmesuradamente e sem controle, como lembra um conhecido argumento contra o excessivo exacerbar da responsabilidade civil”, mas reconhece, também com razão, a necessidade de definir “os bens e interesses das pessoas cobertos pelos ‘danos existenciais’”, sendo por ele acrescentado que “a temática dos danos existenciais [...] convoca o

problema da determinação daquilo que é objeto da tutela da personalidade” e, ainda, que o dano existencial não se relaciona com os danos à integridade física ou à saúde da pessoa, mas se situa “no plano dinâmico da vida da pessoa [...]. O que os danos existenciais cobrem são, afinal, perturbações de vida”. (FRADA, 2007, p. 376).

O dano existencial, para Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, diz respeito “a todos os comprometimentos das atividades realizáveis pela pessoa”. (CENDON; ZIVIZ, 2003, p. 53).

Manoel A. Carneiro da Frada aduz que não se trata

[...] tanto de proteger a liberdade de realização futura ou hipotética do sujeito, mas de compreender adequadamente o constrangimento e a perda de qualidade da sua existência presente. A situação atual não é deplorada pelo sujeito apenas porque desprovida de liberdade (futura) de orientar a vida num certo sentido. Ela é sentida pelo sujeito como lesão das condições da sua vida, refletida no presente [...]. Na temática dos danos existenciais, o que se torna, portanto, relevante é a circunstância concreta e atual da vida da pessoa. Não está em jogo a mera restrição da autonomia de determinação da vida [...]. A eliminação da liberdade de

conformação futura da vida não é valorada *qua tale*. O que integra o dano existencial é a abalação da liberdade de ‘continuar o passado feliz e tranquilo’. Em suma: nos danos existenciais, está tipicamente em jogo um *status quo*, não a preclusão de um *status ad quem*”. (FRADA, 1957, p. 414).

René Chapus considera o dano existencial a “alteração anormal do curso da existência da vítima, em suas ocupações, em seus hábitos ou em seus projetos”. (CHAPUS, 1957, p. 414).

Francesco Buffa e Giuseppe Cassano sustentam que o dano existencial “abarca todas as lesões que, não **sendo reconduzíveis aos danos patrimoniais ou biológicos** em sentido estrito, incidem sobre interesses juridicamente protegidos” (BUFFA; CASSANO, 2005, p. 11).

Distinguindo o dano moral do dano existencial, asseveram Francesco Buffa e Giuseppe Cassano que “o dano moral é essencialmente um sentir, o dano existencial é mais um não fazer, ou melhor, um não poder mais fazer, um dever agir de outra forma” (BUFFA; CASSANO, 2005, p. 9).

Leysser L. León Hilario assevera que o dano existencial está relacionado com “uma intangível face humana de relacionabilidade, de contato constante com o mundo exterior, comum a todas as pessoas, enquanto ser social” (HILARIO, 2001, p. 38).

Assim, o reconhecimento da autonomia aos danos existenciais parte da afirmação de que a pessoa humana possui uma multiplicidade de dimensões, dentre elas a existencial, relacionada com a liberdade de definição e realização de um projeto de vida e a qualidade da existência.

Como adverte Leysser L. León Hilario, “a criação de conceitos carentes de sustentação fenomenológica tem sido recorrentemente denunciada como um dos grandes maus da doutrina jurídica” e indaga se o dano existencial é uma ideia valiosa ou só um grito da moda italiana no campo da responsabilidade civil (HILARIO, 2001, p. 36).

Em relação aos danos existenciais, não há como negar a sua sustentação fenomenológica, na medida em que o ser humano é multidimensional, possuindo *dimensão patrimonial*, à qual correspondem os *danos objetivos*, isto é, que afetam os objetos que integram o patrimônio das pessoas, *dimensão moral*, *dimensão biológica* e *dimensão existencial*, às quais correspondem os *danos subjetivos* ou *às pessoas humanas*, que dizem respeito à esfera afetiva ou sentimental (dano moral), ao corpo e à saúde (dano biológico) e à liberdade e qualidade da existência (dano existencial) das pessoas.

Neste compasso, é lícito afirmar que dano existencial é aquele que atinge a dimensão existencial da pessoa humana, ou seja, a sua liberdade para a eleição e execução de um projeto de

vida e a qualidade da sua existência, no que concerte às suas relações sociais.

O dano existencial afeta o direito de a pessoa desenvolver livremente a sua personalidade e de definir e executar seu projeto de vida, assim como as suas relações sociais, observando-se que o ser é “um fazer-se a si mesmo dentro da temporalidade e da vida”, isto é “um constante projetar”, como aduz Carlos Fernández Sessarego. (SESSAREGO, 1966).

Note-se que a reparação do dano existencial, como se dá também com o dano moral, não é mera consequência da ampliação da noção de patrimônio. Quando se fala em dano existencial, tem-se em vista as consequências da ação ou omissão do agente em uma especial dimensão da pessoa humana, que é a dimensão existencial.

Com isto, há dano existencial, por exemplo:

a) quando do trabalhador é exigido, *concomitantemente e por um período razoável*, labor em jornada superior a doze horas diárias (labor para além do limite admitido, *em caráter excepcional*, pelo ordenamento jurídico), sem descanso semanal (o ordenamento jurídico determina a remuneração em dobro do repouso trabalhado, reforçando a exigência de sua concessão e assinalando a sua *relevância individual e social*) e o gozo de férias anuais (cujas exigências de concessão são também reforçadas pela ordem jurídica, com a previsão de pagamento em dobro quando concedidas fora do prazo apropriado, diante de sua *relevância individual e social*).

Nesta situação, o trabalhador não pode eleger livremente a forma de dispor do seu tempo, em prejuízo do seu convívio familiar e social, com reflexos no futuro, visto que ele sequer tem condições de se dedicar à sua qualificação profissional.

O *trabalhador difere das máquinas* e, por essa razão, há limitação legal da sua jornada de trabalho e o reconhecimento do direito ao descanso semanal e anual remunerados e ao lazer. A redução da jornada de trabalho e o exercício da liberdade de dispor do tempo livre constituem uma condição necessária para o exercício dos direitos, de *status* humano, de manifestar uma religião, de reunião, à instrução e de participar da vida cultural e política da comunidade e, desta feita, para o desenvolvimento integral do ser humano.

Não se pode olvidar, ainda, que os atos do empregador não podem ser considerados apenas enquanto relacionados com o trabalhador no desempenho de suas funções (condições e ambiente de trabalho), mas devem ser também considerados em relação ao trabalhador como pessoa que tem direito a uma vida de qualidade e de projetar a sua vida e de viver de acordo com este projeto;

b) na hipótese de morte de um pai de família em razão de acidente de trabalho. Neste caso, a morte do trabalhador coloca em risco a própria *existência* das pessoas que dele dependiam economicamente e afeta a sua *segurança afetiva* (a perda não é só material, o pai que falecer, por exemplo, não participará da

formação da personalidade do filho). Trata-se, assim, de uma espécie de dano ao projeto de vida (a vida é projetada com a presença do ente familiar falecido);

c) no caso de lesão definitiva do atleta profissional, em razão de exigência de alta performance, que o incapacita definitivamente para o desenvolvimento de sua atividade esportiva, afetando, assim, não só a sua qualidade de vida como, também, o seu projeto de vida.

4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O RECONHECIMENTO DO DEVER DE REPARAR O DANO

Vários são os fundamentos jurídicos para o reconhecimento do dever de reparar o dano existencial.

Com efeito, este dever é reconhecido:

a) no direito interno: artigos 187, 927 e 950 do Código Civil, dos quais resulta que devem ser reparados todos os danos à pessoa, considerando-se a pessoa na totalidade das suas dimensões; artigos 5º, *caput*, III, IV, VI, VIII, IX, X e XIII, e 225 da Constituição da República, dos quais se extrai o reconhecimento do direito à reparação integral dos danos e à livre manifestação da personalidade e à qualidade de vida, como direitos fundamentais;

b) no Direito Internacional dos Direitos Humanos: artigos 3º e 25 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, artigos 1º, 11 e 14 da *Declaração Americana dos Direitos e*

Deveres do Homem, segundo os quais a liberdade e a qualidade de vida constituem direitos humanos, artigo 22 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que reconhece o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, artigo 24 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que reconhece o direito de toda pessoa ao descanso e ao lazer e, “sobretudo, a uma limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”, observando que a *Declaração*, com expressão *sobretudo*, ressalta a importância da limitação razoável das horas de trabalho, artigos 14 e 15 da *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, que aludem, respectivamente, ao direito do trabalhador de “seguir livremente a sua vocação” e de “aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício do seu melhoramento espiritual, cultural e físico”⁵ e *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, no qual os Estados seus signatários, dentre eles o Brasil, reconhecem o direito de todo trabalhador seguir a sua vocação e dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas. Trata-se, portanto, de um direito humano⁶.

⁵ O Brasil aderiu ao sistema interamericano de direitos humanos por meio do Decreto Legislativo n. 27/98 e do Decreto n. 678/92, relativos à aprovação e promulgação da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*, respectivamente.

⁶ A permeabilidade do ordenamento jurídico brasileiro às normas de direito internacional, dentre as quais as que foram referidas, é afirmada e realçada no art. 5º, § 2º, da Constituição da República, na sua atual redação. Ela é realçada

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dano atrai o dever de sua reparação, o que se aplica também no contexto da relação de emprego.

A *pluridimensionalidade pessoa humana* conduz à pluralidade dos danos que a ela podem ser causados e, com isto, à *pluralidade dos danos reparáveis*.

O dever de reparar o dano causado, isto é, a responsabilidade civil, abarca os *danos patrimoniais, morais, biológicos, processuais existenciais*.

O dano existencial constitui um dano autônomo, que diz respeito à *dimensão existencial* da pessoa humana.

Dano existencial é o dano que atinge a dimensão existencial da pessoa humana, ou seja, a sua liberdade para a eleição e execução de um projeto de vida e a qualidade da sua

porque admite-se a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro de normas de direito internacional com *status* de norma constitucional (*constitucionalização dos tratados e convenções internacionais*), o que vai além da simples atribuição de eficácia jurídica a tais normas (*internalização dos tratados e convenções internacionais*). Tal fato traduz o reconhecimento de um verdadeiro *poder constituinte supranacional*, que, embora não tenha poderes para, por si só, criar normas internacionais que internamente possuam *status* constitucional, participa da criação de normas constitucionais, quando elas forem adotadas internamente com esta estatura. Com efeito, neste caso há um processo complexo de criação da norma constitucional, com participação de entes externos e internos (é o que ocorreu com a *Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência* e seu protocolo facultativo, de março de 2007, por força do Decreto n. 186/08).

existência, no que concerte às suas relações sociais, podendo ocorrer também na relação de emprego.

O dever de reparar os danos existenciais é imposto tanto pelo direito interno (artigos 187, 927 e 950 do Código Civil e artigos 5º, *caput*, III, IV, VI, VIII, IX, X e XIII, e 225 da Constituição da República), quanto pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (*Declaração Universal dos Direitos Humanos, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*).

O reconhecimento do direito à reparação de danos existenciais não significa a mercantilização da existência humana, mas, apenas o reconhecimento da sua condição de bem jurídico protegido pela ordem jurídica.

REFERÊNCIAS

BUFFA, Francesco; CASSANO, Giuseppe. **Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro**. Torino: UTET Jurídica, 2005.

CENDON, Paolo; ZIVIZ, Patrizia. **Il risarcimento del danno esistenziale**. Milão: Giuffrè Editore, 2003.

CHAPUS, René. **Responsabilité publique et responsabilité privéé. Les influences reciproques desjurisprudencesadministrativeet judicial.** 2. ed. Paris: LDGL, 1957.

FRADA, Manuel António Carneiro. Nos 40 anos do Código Civil português: tutela da personalidade e dano existencial. *In Estudos em homenagem ao professor Arnaldo Wald:* a evolução do direito no século XXI. CAMPOS, Diogo Leite; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coords.). Coimbra: Almedina, 2007. p. 371-394.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. In **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 747, janeiro de 1998, p. 35-53.

HILARIO, Leysser L. León. **El daño existencial. Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil?**2001, p. 32-56. Disponível em<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15987>>. Acesso em 29 jan. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SESSAREGO, Carlos Fernández. El dano al proyecto de vida. *Derecho PUC - Revista da Faculdade de Direito da Pontificia Universidade Católica*, n. 50, Lima, dez. 1966. Disponível em <[http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_ces_areo/articulos/ba fs 7.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_ces_areo/articulos/ba_fs_7.PDF)>. Acesso em 22 jan. 2017.

**A CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CAPACIDADE
LEGAL E TOMADA DE DECISÃO APOIADA**

**THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS
WITH DISABILITIES AND ITS REPERCUSSIONS IN THE
BRAZILIAN'S JURIDICAL ORDER: LEGAL CAPACITY
AND SUPPORTED DECISION MAKING**

*Filipe Augusto Silva*¹

*Fabrcio Veiga Costa*²

RESUMO: Pretende-se discorrer sobre a evolução dos direitos das pessoas com deficiência e sobre a adoção da CDPD. Após, analisar-se-á o instituto da capacidade legal em referida Convenção e se ocorreu uma mudança de paradigma. Na sequência, examinar-se-á os reflexos da CDPD no Brasil, principalmente em relação à adoção da Lei nº13.146/15 e as

¹ Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado.

² Pós-doutor em Educação pela UFMG. Doutor em Direito pela PUCMINAS. Professor do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT).

inovações pertinentes à capacidade legal e a Tomada de Decisão Apoiada. Finalmente, concluir-se-á se as alterações foram positivas ou não para os direitos das pessoas com deficiência. Vertente metodológica adotada: jurídico-dogmática; tipo de raciocínio: dedutivo; tipos metodológicos da pesquisa: histórico-jurídico, jurídico-comparativo, jurídico-interpretativo.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com deficiência; Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência; Capacidade legal; Tomada de decisão apoiada.

ABSTRACT: It is intended to broach about the evolution of persons with disabilities' rights and the adoption of the CRPD. After, it will be analyzed the institute of legal capacity within mentioned Convention and if a paradigm change occurred. Following, it will be examined the CRPD's reflexes in Brazil, mainly regarding the adoption of the Law nº13.146/15 and the innovations concerning legal capacity and Supported Decision Making. Lastly, it will be concluded if the alterations were positives or not for the persons with disabilities' rights. The methodological aspects adopted: juridical-dogmatic; reasoning type: deductive; research methodological types: historic-juridical, juridical-comparative, juridical-interpretative.

KEYWORDS: Persons with disabilities; Convention on the rights of persons with disabilities; Legal capacity; Supported decision making.

INTRODUÇÃO

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) constitui-se num instrumento normativo internacional de Direitos Humanos, que possui como finalidade principal “[...] promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.” (BRASIL,2009).

Dentre os vários aspectos inovadores presentes em referida Convenção, ressalta-se aqueles que dizem respeito à capacidade legal da pessoa com deficiência, os quais foram objeto de intenso debate durante o seu processo de elaboração, conforme será visto. O estudo da relevância dessas mudanças no cenário internacional de proteção das pessoas com deficiência, bem como o seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro, constitui o cerne do presente trabalho.

Portanto, o objetivo do presente artigo é justamente analisar as mudanças perpetradas pela CDPD no campo da capacidade legal da pessoa com deficiência para, logo após, examinar os reflexos que referidas alterações produziram no ordenamento jurídico brasileiro e se os mesmos foram positivos ou negativos no que tange à ampliação e proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

Amita Dhanda (2007, p. 430-431), através de artigo científico, propôs-se a examinar a capacidade legal das pessoas com deficiência no âmbito da CDPD, a forma como o tema foi deliberado durante o processo de elaboração de referida Convenção e a maneira que essas discussões influenciaram em seu texto final. Referido trabalho serviu como ponto de partida para a construção e desenvolvimento das argumentações e conclusões da presente pesquisa, servindo, portanto, como seu marco teórico.

No presente trabalho, adotar-se-á a vertente metodológica jurídico-dogmática, uma vez que se analisará as relações normativas em várias áreas do Direito, bem como a eficácia de institutos jurídicos. O tipo de raciocínio utilizado no presente trabalho será o dedutivo, partindo-se de um raciocínio que se desloca do geral (premissa maior) para o particular (premissa menor), com vistas a se alcançar uma conclusão. Por fim, em relação aos tipos metodológicos da pesquisa serão empregados o histórico-jurídico, o jurídico-comparativo e o jurídico-interpretativo.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A ADOÇÃO DA CDPD

Durante grande parte da história da humanidade, as pessoas com deficiência foram ignoradas, sem que lhes fossem garantidas qualquer tipo de proteção no âmbito dos Direitos Humanos. Apenas recentemente é que tais indivíduos passaram a

receber atenção da comunidade mundial e, conseqüentemente, a ter sua proteção jurídica garantida nos âmbitos internacional, regional e doméstico. Sobre a construção desses direitos:

A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo, castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, sendo o foco centrado no indivíduo “portador da enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nessa quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança paradigmática aponta aos deveres

do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação. De “objeto” de políticas assistencialistas e de tratamentos médicos, as pessoas com deficiência passam a ser concebidas como verdadeiros sujeitos, titulares de direitos. (PIOVESAN, 2013, p. 296).

A ocorrência de dois eventos históricos, a saber, a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, desencadearam a preocupação mundial com a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, uma vez que, após a ocorrência destas, o número de indivíduos com deficiências visuais, auditivas e locomotoras aumentou muito, exigindo uma postura protetiva dos Estados em relação aos mesmos (ARAÚJO, 2011, p. 8).

Nesse contexto, começaram a surgir instrumentos normativos internacionais de proteção das pessoas com deficiência, podendo ser citados como exemplos: a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Deficientes Mentais de 20/12/1971 (ONU, 1971); a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes de 09/12/1975 (ONU, 1975) e; os Princípios para a Proteção das Pessoas com Doença Mental e para a Melhoria do Atendimento da Saúde Mental de 17/12/1991 (ONU, 1991).

Ocorre que, essas três resoluções da ONU foram muito criticadas por apresentarem um tom pejorativo e paternalista, além de não possuírem força vinculante, ou seja, tratavam-se de “soft law”. Além disso, não houve a participação de pessoas com deficiência na elaboração de tais resoluções, ou seja, as mesmas foram concebidas com base na visão de indivíduos não-deficientes, o que acabou por acarretar a criação de um padrão inferior de direitos em relação às pessoas com deficiência (DHANDA, 2008, p.45). Portanto, a criação de um instrumento protetivo vinculante e de padrão normativo elevado era imprescindível, sendo incentivada por muitos países.

Nesse sentido:

As negociações em torno de uma Convenção Internacional Compreensiva e Integral sobre os Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência foram baseadas em várias iniciativas, inclusive da Suécia e Itália. A última foi instigada pelo México: no decorrer da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerâncias Correlatas, em Durban, 2001, a delegação propôs o desenvolvimento de uma Convenção que protegesse os direitos das pessoas com deficiência. O então presidente Mexicano, Vicente Fox, reiterou essa

proposta durante a sessão de abertura da 56ª Assembleia Geral e, em resposta, a Assembleia adotou a Resolução nº 56/168, a qual estabeleceu o Comitê Ad Hoc sobre uma Convenção Internacional Compreensiva e Integral de Proteção dos Direitos e Dignidade das Pessoas com Deficiência [...].² (SCHULZE, 2010, p.18).

Referida Resolução, em seu artigo 1º (ONU, 2001), determinou que o Comitê *ad hoc*, aberto à participação de todos os Estados-Membros e observadores da ONU, deveria considerar propostas para a confecção de referida Convenção, “[...] baseadas na abordagem holística dos trabalhos realizados nos campos do desenvolvimento social, dos direitos humanos, e da não-discriminação e levando em conta as recomendações da Comissão de Direitos Humanos e da Comissão de Desenvolvimento Social”³.

A inclusão do direito humano ao “desenvolvimento social” pela Resolução, se deve ao fato de que a maior parte das pessoas com deficiência vivem em países em desenvolvimento, sendo que os avanços realizados nesta área, portanto, também têm o condão de contribuir para a ampliação dos direitos e da proteção das pessoas com deficiência (SCHULZE, 2010, p.19).

² Tradução nossa.

³ *Idem.*

Ainda em relação ao processo de negociações envolvendo a criação de referida Convenção, pode-se afirmar que, um de seus pontos mais marcantes, foi a ampla participação, inclusive na condição de membros do Comitê *ad hoc*, não somente dos Estados-Membros da ONU, mas também de Agências da ONU, Organizações Intergovernamentais - por exemplo, a Organização Mundial de Saúde (OMS), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Banco Mundial, dentre outras - bem como de Instituições Nacionais de Direitos Humanos (INDH). Porém, a participação mais relevante foi a das pessoas com deficiência e suas organizações representantes, sendo que, referido processo de negociação, foi o primeiro a permitir, tão intensamente, a participação da sociedade civil, o que acabou revelando-se crucial para o sucesso do mesmo (GUERNSEY; NICOLI; NINIO, 2007, p.3-4).

O trabalho de elaboração da Convenção foi intenso, sendo que seu esboço final foi concluído em agosto de 2006, na última sessão do Comitê *ad hoc*. Em 13/12/2006, a Assembleia Geral da ONU adotou, por unanimidade, o texto final da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, abrindo-o para assinatura na data de 30/03/2007. De acordo com Valério de Oliveira Mazzuoli:

O instrumento notadamente mais importante relativo à proteção das pessoas com

deficiência é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), em vigor internacional desde 3 de maio de 2008. Tal instrumento inova em dimensionar o desenvolvimento social e de inclusão de maneira objetiva. Da mesma forma, também inova por se tratar de instrumento *vinculante* aos Estados no que tange à proteção dessa categoria de pessoas, eis que até então o que havia eram normas de *soft law*, sem qualquer cunho jurídico-obrigacional.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência veio ser o marco mais significativo, no âmbito das Nações Unidas, de proteção aos direitos dessa classe de pessoas, especialmente por reconhecer que a deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação dessas pessoas e as barreiras, devido às atitudes e ao ambiente que impedem a sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com os demais cidadãos, bem como as difíceis situações enfrentadas por tais pessoas se agravam com formas múltiplas de discriminação por conta de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, origem nacional, étnica, nativa ou social, propriedade, nascimento ou idade. Para avaliar a implementação da Convenção nos respectivos Estados-partes foi criado o Comitê para os Direitos das Pessoas com Deficiência. (MAZZUOLI, 2016, p.328-329).

A CDPD constitui-se no primeiro tratado de Direitos Humanos do século XXI, sendo o mais rapidamente negociado até hoje. Referido instrumento normativo de proteção “[...] surge como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoa som deficiência” (PIOVESAN, 2013, p.297).

Ademais, a CDPD conta com uma grande vantagem, denominada por Amita Dhanda de “sabedoria do atrasado”, ou seja, a Convenção “ganha com os erros cometidos ou com os obstáculos descobertos no funcionamento das outras convenções sobre direitos humanos”, o que lhe possibilitou a chance de se aperfeiçoar (DHANDA, 2008, p.48).

Dentre as inúmeras inovações trazidas pela CDPD, aquelas que dizem respeito sobre a capacidade legal da pessoa com deficiência serão tratadas, aqui, de forma mais aprofundada, uma vez que representam o foco do presente trabalho. Passa-se, portanto, a analisá-las.

2.1. Análise da Capacidade Legal das Pessoas com Deficiência no âmbito da CDPD: mudança de paradigma?

A CDPD, em seu artigo 12º (ONU, 2006), denominado “Reconhecimento igual perante a lei”, trata sobre o reconhecimento de direitos e medidas a serem tomadas por parte

dos Estados em prol da igualdade legal das pessoas com deficiência. Nesse sentido, o inciso 1 de tal artigo assevera que referidos indivíduos têm o direito de serem reconhecidos como pessoas perante a lei. Já o inciso 2, mais específico, determina que “[...] as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.”. O inciso 3 ordena aos Estados Partes a adoção de medidas apropriadas “[...] para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.”.

O inciso 4, complementando o anterior, afirma que referidas medidas relativas ao exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência devem incluir salvaguardas efetivas e em conformidade com os direitos humanos, com vistas a prevenir abusos. Por fim, o inciso 5 garante a tais indivíduos direitos hereditários, econômicos e financeiros, bem como a vedação de atos arbitrários que visem destituí-los de seus bens.

Referido artigo, principalmente seu inciso 2, garantiu direitos que vão de encontro ao modo através do qual o tema da capacidade legal das pessoas com deficiência vinha sendo tratado por grande parte dos países em seu âmbito doméstico. Isso pois, independentemente da maneira utilizada pelo Estado para se constatar a existência ou não de uma deficiência⁴, uma vez que a

⁴ Para uma análise detalhada dos métodos de constatação de deficiência utilizados, ver: DHANDA, Amita. **Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?**. Syracuse: Syracuse Journal of International Law & Commerce, 2007, v. 34.

mesma fosse confirmada, o caminho geralmente tomado era o de declarar a incapacidade legal do indivíduo (DHANDA, 2007, p.431-433). Nesse sentido:

Em grande parte do mundo, há poucas dúvidas que o uso da lei de incapacidade permanece opressiva. Pessoas com problemas de saúde mental são frequentemente consideradas como incapazes à luz das mais frágeis das evidências, às vezes sem notar que os procedimentos estão ocorrendo. A tutela parcial, nas legislações que a preveem, é frequentemente não utilizada, de forma que a decretação da incapacidade resulta na remoção de todos os direitos e do poder de tomada de decisão do indivíduo. Tais pessoas podem estar sujeitas, por exemplo, à proibição legal de serem empregadas. Frequentemente serão colocadas em instituições de cuidado, às vezes pelo resto de suas vidas, onde seu tutor poderá muito bem ser o diretor da instituição. Tendo em vista referido cenário, é previsível que a CDPD inclua alterações fundamentais nas normas relativas à capacidade mental. A intromissão da lei de tutela na vida do indivíduo significou que a implementação do artigo 12 foi identificada como uma prioridade especial

pelo Alto Comissário dos Direitos Humanos da ONU.⁵ (BARTLETT, 2012, p.8).

Obviamente que esse cenário de iminente mudança paradigmática operada por um instrumento internacional vinculante de Direitos Humanos gerou controvérsias entre os países. Tanto que, durante as negociações da CDPD, o debate em torno do artigo 12º foi intenso, sendo que alguns Estados defendiam que o texto de referido artigo deveria consagrar a tomada de decisão apoiada, enquanto outros Estados advogavam a ideia de uma tomada de decisão “em substituição”, ou seja, realizada por outro indivíduo no lugar da pessoa com deficiência.

Os Estados que apoiavam a constatação expressa, no texto da Convenção, do modelo de tomada de decisão “em substituição”, alegavam, de forma geral, que o suporte dado à pessoa com deficiência deveria ser proporcional às suas necessidades. Porém, defendiam também que, mesmo quando uma pessoa necessitasse de um alto grau de assistência, isso não significaria uma presunção de ausência de capacidade em relação à mesma. Tal suporte deveria ser provido sem atenuar os direitos e a capacidade do indivíduo (DHANDA, 2007, p.445).

Em contrapartida, argumentou-se que o paradigma de tomada de decisão “em substituição”, possuía como premissa a incapacidade da pessoa com deficiência, enquanto o paradigma de tomada de decisão apoiada, era embasado na competência de tais

⁵ Tradução nossa.

indivíduos. Além disso, afirmou-se que, neste último, a proteção dos direitos humanos, bem como o reconhecimento da igualdade de tratamento das pessoas com deficiência, era mais ampla (DHANDA, 2007, p.446-448).

Sobre o tema, Schulze afirma que:

Grande parte do debate foi dispendido em se as pessoas com deficiência têm capacidade legal assim como a capacidade de exercer esse direito - ou não. Ligadas a este debate, propostas de várias formas de tutela foram feitas. Sugestões também foram feitas aqui que (in)visivelmente anulavam direitos das pessoas com deficiência e, com isso, também o seu reconhecimento como detentoras de direitos; alguns representantes se recusaram a reconhecer que tais limitações tornariam toda a Convenção praticamente sem sentido. Parte do debate sobre formas variadas de tutela foi colocado no contexto do sistema do common law contra o sistema do civil law. Infelizmente, mesmo delegações reconhecidas por representarem países progressistas se utilizaram de linguagem ofensiva ou, no mínimo, paternalista, durante o debate, levando a se questionar a verdadeira titularidade da alegada (in)competência que estava sob escrutínio. Muitos dos países a favor da manutenção de algum tipo de

modelo de tutela tentaram justificar essa necessidade através da alusão a casos “extremos” e/ou a pessoas em coma prolongado, os quais, na sua visão, exigiriam uma “substituição” plena na tomada de decisões. Um dos maiores desafios foi esclarecer que enquanto a assistência pode variar de 0 a 100%, a extremidade superior do espectro é rara quando um sistema de apoio adequado é realmente implementado.⁶(SCHULZE, 2010, p. 86-87).

O debate culminou no entendimento de que o modelo da tomada de decisão “em substituição”, baseado na tutela, deveria ser amenizado ou excluído do novo instrumento de proteção, dando-se preferência a um paradigma onde a vontade da pessoa com deficiência prevalecesse, sendo esta apoiada, ao invés de tutelada.

Referido entendimento foi reforçado pelo modelo social de deficiência adotado, como um todo, pela CDPD, modelo este que se coaduna com a ideia de prestação de apoio, permitindo que as pessoas com deficiência possam tomar suas próprias decisões, sem que haja substituição de vontade (BARTLETT, 2012, p.8). Nos outros dois modelos, a saber, o médico e o de caridade, entendia-se, respectivamente, que as pessoas com deficiência eram aquelas cuja vida se definia por necessidades médicas e reabilitativas ou aqueles indivíduos considerados como destinatários adequados de

⁶ *Idem.*

auxílio econômico ou social(GROCE, 2011, p. VIII). Já pelo modelo social:

[...] a deficiência não pode se justificar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. Redireciona-se o problema para o cenário social, que gera entraves, exclui e discrimina, sendo necessária uma estratégia social que promova o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência. O objetivo da CDPD é o de permutar o atual modelo médico – que deseja reabilitar a pessoa anormal para se adequar à sociedade -, por um modelo social de direito humanos, cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária. A igualdade no exercício da capacidade jurídica requer o direito à uma educação inclusiva, a vida independente e a possibilidade de ser inserido em comunidade. (ROSENVALD, 2015).

Pela redação do artigo 12, percebe-se que houve avanços no campo da capacidade legal, uma vez que se reforçou o tratamento igualitário das pessoas com deficiência nesta área, aumentando, desta forma, o âmbito de proteção para estes indivíduos.

Porém, não se pode afirmar, levando em conta apenas a redação do artigo 12, que houve uma mudança de paradigma, ou seja, do modelo da tomada de decisão “em substituição”, para o modelo da tomada de decisão apoiada. Nenhum dos dois modelos são proibidos ou adotados de forma expressa pela Convenção.

Ocorre que, levando-se em conta o modelo social de deficiência adotado pela CDPD, bem como a intensidade pela qual o paradigma da tomada de decisão “em substituição” foi combatido durante as negociações, pode-se afirmar que houve sim uma mudança de paradigma. A redação do artigo 12, quando lida em conjunto com outras disposições da Convenção, demonstra esta alteração paradigmática (DHANDA, 2007, p.461).

Portanto, através do contexto e interpretação da CDPD é possível se afirmar uma mudança de paradigma em relação à capacidade legal da pessoa com deficiência, o que representa o primeiro passo em direção a uma nova concepção, onde incapacidade e deficiência deverão ser tratadas como conceitos distintos e separados, em outras palavras, deficiência não implica em incapacidade.

Tanto isto é verdade que já é possível perceber os efeitos de tal alteração no Brasil, onde houve uma mudança radical no modelo de capacidade legal existente até então. O modelo da tomada de decisão apoiada foi adotado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, tema este que ainda será estudado no presente trabalho.

Por outro lado, também são tecidas críticas em relação à redação do artigo 12 e o conceito de igualdade pregado pela Convenção. Afirma-se, por exemplo, que a redação de tal artigo representa uma completa negação das limitações instrumentais associadas a debilidades cognitivas (FRENCH; KAYESS, 2008, p. 7, nota de rodapé 31). Ou seja, reconhece-se que, em determinadas circunstâncias, a situação mental do indivíduo pode ser relevante para se definir a resposta apropriada à situação em que ele se encontra, como, por exemplo, a pessoa que se encontra em coma (BARTLETT, 2012, p.10). Segundo esta crítica, portanto, há situações em que a igualdade plena, bem como a consideração da vontade do indivíduo, não poderá ser aplicada conforme pregado pela Convenção.

De toda forma, somente o tempo e a prática poderão determinar os efeitos de referidas mudanças realizadas no cenário da proteção jurídica internacional das pessoas com deficiência e seus reflexos no âmbito das legislações domésticas.

2.2. Reflexos da CDPD no ordenamento jurídico brasileiro: Estatuto da Pessoa com Deficiência

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram assinados em Nova Iorque, no dia 30/03/2007, sendo ratificados no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 (BRASIL, 2008), nos termos do

artigo 5º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), ou seja, a CDPD foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com status e equivalência de emenda constitucional. Em 25/08/2009, referida Convenção foi promulgada pelo Decreto 6.949/2009 (BRASIL, 2009), entrando em vigor na data de sua publicação.

Na data de 06/07/2015 foi sancionada a Lei nº 13.146 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), tendo como base a CDPD, nos termos do parágrafo único de seu artigo 1º (BRASIL, 2015a). Referida legislação adotou, de forma plena, o modelo de tomada de decisão apoiada, embasada no artigo 12 da Convenção. Porém, diferentemente desta última, a lei brasileira acolheu tal modelo de forma expressa, conforme demonstrado pela redação de seu artigo 116, que será analisado mais à frente.

Com base no modelo de tomada de decisão apoiada e no artigo 12 da CDPD, a Lei 13.146/15 operou diversas mudanças significativas no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que tange à capacidade legal do indivíduo. Por exemplo, o artigo 6º de referido diploma legal prega que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se, exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, bem como para exercer o direito à guarda, tutela, curatela, adoção, dentre outros.

Ainda nesta linha de raciocínio, o seu artigo 11 proíbe a submissão forçada a tratamento ou intervenção médica, assim como à institucionalização compulsória da pessoa com deficiência, sendo que o artigo 12 exige o consentimento prévio,

livre e esclarecido para a realização de tratamento, procedimento ou hospitalização. Já o artigo 83 veda aos serviços notariais a criação de obstáculos e condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão da deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal e plena.

No que tange aos artigos 84 e 85, que se encontram sob o capítulo intitulado “Do Reconhecimento Igual Perante a Lei”, estes asseguram às pessoas com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, ressalvando que a curatela só afetará os atos referentes aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

Por fim, a Lei 13.146/15 em seus artigos 114, 115 e 116, também introduziu, modificou e revogou artigos do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), referentes à curatela e à capacidade legal do indivíduo. Na sequência, serão analisadas tais mudanças no âmbito do Código Civil.

2.2.1. Principais mudanças realizadas pela Lei 13.146/15 no Código Civil Brasileiro: capacidade legal do indivíduo e a tomada de decisão apoiada

Primeiramente, o artigo 3º do Código Civil, que trata sobre a incapacidade absoluta do indivíduo, teve sua redação alterada, além de todos os seus três incisos revogados. Atualmente, graças a esta mudança, somente o menor de dezesseis

anos é considerado absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil no ordenamento jurídico brasileiro. A redação antiga considerava incluídos neste grupo aquelas pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática de tais atos.

Já o artigo 4º, que trata sobre a incapacidade relativa do indivíduo, teve seus incisos II e III reformulados. Excluiu-se deste grupo aqueles indivíduos que, por deficiência mental, tivessem o seu discernimento reduzido, assim como os excepcionais sem desenvolvimento mental completo. A nova redação do inciso III passou a considerar como relativamente incapaz aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade⁷.

Percebe-se nestas significativas modificações realizadas no Código Civil, os frutos da mudança de paradigma promovido pela CDPD no campo da capacidade legal da pessoa com deficiência. Sobre o tema:

[...] até a chegada do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a regra no ordenamento jurídico brasileiro foi pela incapacidade do portador de transtorno mental. É, portanto, grande mudança a que ele realiza, ao retirar os portadores de transtorno mental da condição de incapazes, com a revogação de boa parte

⁷ Antes da mudança operada pela Lei 13.146/15 no Código Civil, os indivíduos que não conseguissem exprimir sua vontade eram considerados absolutamente incapazes.

dos artigos 3º e 4º, do Código civil de 2002.

[...]

Assim, o fato de um sujeito possuir transtorno mental de qualquer natureza, não faz com que ele, automaticamente, se insira no rol dos incapazes. É um passo importante na busca pela promoção da igualdade dos sujeitos portadores de transtorno mental, já que se dissocia o transtorno da necessária incapacidade. [...]

A mudança apontada não implica, entretanto, que o portador de transtorno mental não possa vir a ter a sua capacidade limitada para a prática de certos atos. Mantém-se a possibilidade de que venha ele a ser submetido ao regime da curatela. O que se afasta, repise-se, é a sua condição de incapaz. (REQUIÃO, 2016, p.161/162).

Ocorre que, nem todos aprovaram essas alterações, argumentando, por exemplo, que referidas disposições legais tinham como escopo a proteção jurídica das pessoas com deficiência, tendo o legislador revogado tais proteções em nome de uma igualdade meramente formal (BORGARELLI; KÜMPEL, 2015). Nesse sentido:

[...] com a vigência do Estatuto, aquele que não puder exprimir sua vontade passa a ser

assistido, ou seja, participa do ato juntamente com seu representante legal.

Pergunto: se uma pessoa estiver em coma induzido por questões médicas e, portanto, temporariamente sem discernimento algum, como pode ela realizar o ato com a assistência ou auxílio? A interdição que, por fim, declarar a pessoa relativamente incapaz será inútil em termos fáticos, pois o incapaz não poderá participar dos atos da vida civil.

O equívoco do Estatuto, neste tema, é evidente.

A mudança legislativa é extremamente prejudicial àquele que necessita de representação e não de assistência e acarreta danos graves àquele que o Estatuto deveria proteger (SIMÃO, 2015).

Como solução para essa situação, Atalá Correia (2015) propõe que haja uma “[...] hibridização de institutos, para que se admita a existência de incapacidade relativa na qual o curador representa o incapaz, e não o assiste.” E continua, alertando que se “Entendida a questão de maneira literal, a interdição de pessoas teria pouco significado prático.”

Avançando, não foram somente estes dois artigos do Código Civil que passaram por modificações em razão da Lei 13.146/2015. Por exemplo, os incisos II e III do artigo 228, que proibiam de atuarem como testemunhas aqueles indivíduos que, por enfermidade ou retardamento mental, não tivessem discernimento para a prática dos atos da vida civil, bem como

aqueles indivíduos cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quisesse provar dependesse dos sentidos que lhes faltassem, foram revogados. Ainda sobre tal artigo, lhe foi acrescentado um §2º, garantindo que a pessoa com deficiência possa testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurada todos os recursos de tecnologia assistiva necessários para tanto.

Também foi retirado do artigo 1.518 do Código Civil a prerrogativa do curador em revogar a autorização para o casamento de seu curatelado. Nesse diapasão, não é mais considerado nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (Revogação do artigo 1.548, I), acrescentando-se, ainda, que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia, poderá contrair matrimônio expressando sua vontade de forma direta ou por meio de seu responsável ou curador (§2º acrescentado ao artigo 1.550). Vale aqui transcrever opinião doutrinária favorável a esta modificação:

Filia-se totalmente à alteração, pois o sistema anterior presumia que o casamento seria ruim para o então incapaz, vedando-o com a mais dura das invalidades. Em verdade, muito ao contrário, o casamento é via de regra salutar à pessoa que apresente alguma

deficiência, visando a sua plena inclusão social. (TARTUCE, 2015).

Outra modificação importante no âmbito do casamento foi aquela ocorrida nos incisos III e IV do artigo 1.557, que trata sobre as hipóteses que configuram erro essencial sobre a pessoa do cônjuge. O inciso III passou a figurar com uma ressalva, pregando que restará caracterizado o erro essencial quando houver ignorância anterior ao casamento de defeito físico irremediável, desde que este não se constitua numa deficiência. Já o inciso IV, que considerava a ignorância anterior ao casamento de doença mental grave, como um erro essencial, foi revogado.

Houveram também modificações no que tange aos indivíduos que estão sujeitos à curatela (artigo 1.767), sendo retiradas qualquer alusão à deficiência mental de seus incisos. Caso curioso ocorreu no tocante às alterações referentes à curatela e à interdição realizadas nos artigos 1.768 e seguintes do Código Civil. O novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), anterior à Lei 13.146/15, havia revogado grande parte dos artigos que tratavam sobre referido tema, uma vez que passou a tratar sobre os mesmos em seu texto normativo.

No entanto, a Lei 13.146/15, desconsiderando a revogação perpetrada pelo novo Código de Processo Civil (CPC), modificou a redação de vários destes artigos revogados, referentes à curatela e à interdição. O Código Civil deu primazia ao novo CPC, considerando revogados tais artigos e as alterações operadas pela Lei 13.146/15.

Porém, entende-se que a melhor solução para este caso seria a interpretação sistemática destas leis para se alcançar uma situação de coerência normativa. Através de dita interpretação, considerar-se-ia as modificações introduzidas pela Lei 13.146/15 no âmbito do Código Civil, como se estivessem sido realizadas nos artigos que tratam sobre a curatela e interdição no CPC.

Para isso, basta imaginar que tal situação ocorreu por um lapso do legislador em não perceber a revogação expressa realizada pelo CPC que, se não houvesse ocorrido, faria com que o legislador modificasse diretamente a Lei 13.105/15, ao invés da Lei 10.406/02, no que tange à curatela e interdição.⁸

No que tange ao questionamento sobre se houve ou não a extinção da figura jurídica da interdição, assevera Iara Antunes de Souza que:

[...] entende-se que a interdição é a medida jurídica e judicial cabível para que se comprove em juízo a falta de discernimento para os atos da vida civil que culminará no reconhecimento da incapacidade absoluta [...] ou relativa. Logo, não obstante as

⁸ Sobre o tema ver: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão.** Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso dia 15 set. 2016.

alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência, continua vigente no sistema jurídico brasileiro. Entretanto, sua aplicação prática de outrora [...], deve ser alterada e não pode ser usada mais como meio de segregação e afastamento indiscriminado da capacidade da pessoa, chegando a provocar sua morte civil. O instituto agora é promocional. A interdição serve como meio processual de comprovação da situação excepcional de ausência de discernimento, total ou parcial. (SOUZA, 2016, p.294).

Por fim, analisa-se o Capítulo legal intitulado “Da Tomada de Decisão Apoiada”, introduzido pela Lei 13.146/15 no Código Civil, e que possui apenas um artigo, a saber, o de nº 1.783-A, *in verbis*:

Artigo 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (BRASIL, 2002).

Referido artigo reforça a ideia de independência da pessoa com deficiência pregado pela CDPD, permitindo que a mesma tenha voz ativa na tomada de decisões que afetem sua

vida, sem que um terceiro tenha de decidir por ela através de verdadeira substituição de vontade.

A Tomada de Decisão Apoiada pode ser considerada como um “[...] *tertium genus* protetivo (ao lado da curatela e da tutela), dedicado à assistência da pessoa com deficiência que preserve a plenitude de sua capacidade civil.” (CUNHA; FARIAS; PINTO, 2016, p.335). Além disso:

Tratando-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, a Tomada de Decisão Apoiada estimula a plena capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade. Não se trata, pois, de um modelo limitador da capacidade, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais de uma pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio interdito, a Tomada de Decisão Apoiada objetiva resguardar a liberdade e dignidade da pessoa

com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais. (CUNHA; FARIAS; PINTO, 2016, p.337).

Não há dúvidas que a Lei 13.146/15 incorpora com exatidão, em seu texto normativo, os ideais modernos de Direitos Humanos pregado pela CDPD, o que se entende ser um ponto positivo em relação à proteção dos direitos das pessoas com deficiência. No tocante aos argumentos contrários às mudanças operadas em alguns dispositivos legais por referida lei, há que se ter em mente que a mesma deve sempre ser interpretada em consonância com seu objetivo principal, qual seja, a garantia e proteção jurídica dos direitos de tais indivíduos.

Além disso, como as normas da Lei 13.146/15 veiculam matéria de Direitos Humanos, as mesmas devem ser interpretadas levando em conta o princípio interpretativo *pro homine* – que prega que a norma de direitos humanos que mais proteja os direitos do indivíduo deve prevalecer sobre outra de hierarquia igual, inferior ou superior – juntamente com o critério interpretativo da vedação do retrocesso – que determina que uma norma não pode retroceder ou diminuir direitos conquistados em norma anterior (GOMES; MAZZUOLI, 2009) - assegurando-se, desta forma, a proteção mais ampla possível dos direitos das pessoas com deficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de elaboração da CDPD, com a participação ampla tanto de Estados como da Sociedade Civil, permitiu que as normas que compõe referida Convenção fossem largamente debatidas, o que culminou em mudanças paradigmáticas no que tange à proteção dos direitos das pessoas com deficiência.

A alteração perpetrada pela Convenção em relação ao paradigma da capacidade da pessoa com deficiência, de um modelo de Tomada de Decisão “em substituição” para um modelo de Tomada de Decisão Apoiada - mesmo diante de uma forte resistência por parte de alguns países - demonstrou a preocupação da CDPD em proporcionar mais dignidade e igualdade para tais indivíduos no âmbito da sociedade, rechaçando de vez a incorreta ideia de que deficiência implica necessariamente em incapacidade.

Acredita-se que referida mudança de paradigma, apesar das críticas sofridas, foi extremamente positiva para as pessoas com deficiência, uma vez que criou um nível de conscientização global, despertando uma vontade genuína dos Estados em buscar e operacionalizar mudanças em seus ordenamentos jurídicos internos no que tange à capacidade legal das pessoas com deficiência, como ocorrido, por exemplo, no Brasil.

Ao adotar expressamente o modelo de Tomada de Decisão Apoiada, bem como ao realizar alterações significativas nas normas pertinentes à capacidade legal, tudo com base na

CDPD, o Brasil ratificou o seu compromisso, perante comunidade internacional, em coadunar-se com os padrões de Direitos Humanos internacionalmente estabelecidos, proporcionando às pessoas com deficiência localizadas em seu território uma proteção normativa mais digna e equânime.

Obviamente que, apesar das excelentes intenções envolvendo a elaboração e adoção do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o mesmo não é imune a problemas. Porém, através da hermenêutica jurídica, valendo-se de uma interpretação sistemática e teleológica, é possível que eventuais questões ou problemas sejam dirimidos, tendo sempre em mente a promoção da dignidade e igualdade das pessoas com deficiência como finalidade principal de referida legislação.

Conclui-se, portanto, que os reflexos produzidos pela CDPD no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange à elaboração do Estatuto da pessoa com deficiência e as consequentes mudanças trazidas pelo mesmo no âmbito da capacidade legal, representam um enorme avanço em prol dos direitos das pessoas com deficiência, proporcionando a tais indivíduos um status de igualdade em relação aos outros membros da sociedade, além de fornecer os instrumentos legais para que referida igualdade seja alcançada e efetivamente fruída.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2011.

BARTLETT, Peter. The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law. In: **Modern Law Review**. Nottingham: University of Nottingham, 2012, vol.75.

BORGARELLI, Bruno de Ávila; KÜMPEL, Vitor Frederico. **As aberrações da lei 13.146/2015**. Artigo publicado na data de 11/08/2015 e disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso: 15 set. 2016.

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocmpilado.htm>. Acesso: 15 set. 2016.

BRASIL (2002). **Lei nº 10.406 de 10/01/2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso: 15 set. 2016.

BRASIL (2008). **Decreto Legislativo nº 186 de 09/07/2008**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso: 15 set. 2016.

BRASIL (2009). **Decreto nº 6.949 de 25/08/2009**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso: 15 set. 2016.

BRASIL(2015a). **Lei nº 13.146 de 06/07/2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso: 15 set. 2016.

BRASIL (2015). **Lei nº 13.105 de 16/03/2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso: 15 set. 2016.

CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas**. Artigo publicado na data de 03/08/2015 e disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso: 15 set. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; FARIAS, Cristiano Chaves de; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. Tradução Pedro Maia Soares. In: **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, jun., n.8, 2008, pp.42-59.

DHANDA, Amita. **Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?**. Syracuse: Syracuse Journal of International Law & Commerce, v.34, 2007, pp.429-462.

FRENCH, Phillip; KAYESS, Rosemary. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In: **Human Rights Law Review**. Oxford: Oxford University Press, v.8, 2008, pp.1-34.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos: conflito e critério de solução**. Artigo publicado na data de 27/05/2009 e disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1110801/constituicao-brasileira-e-os-tratados-de-direitos-humanos-conflito-e-criterio-de-solucao>>. Acesso: 15 set. 2016.

GROCE, Nora Ellen. **Disability and the Millennium Development Goals: A Review of the MDG Process and Strategies for Inclusion of Disability Issues in Millennium Development Goal Efforts**. Nova Iorque: United Nations Department of Economic and Social Affairs, 2011.

GUERNSEY, Katherine; NICOLI, Marco; NINIO, Alberto. Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Its Implementation and Relevance for the World Bank. In: **World Bank Social Protection Discussion Paper n° 0712**. Washington: World Bank Group, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2015.

ONU (1971). **Resolução 2856 (XXVI) de 20/12/1971**. Disponível em <<http://www.un-documents.net/a26r2856.htm>>. Acesso: 01 set. 2016.

ONU (1975). **Resolução 3447 (XXX) de 09/12/1975**. Disponível em <<http://www.un-documents.net/a30r3447.htm>>. Acesso: 01 set. 2016.

ONU (1991). **Resolução 46/119 de 17/12/1991**. Disponível em <<http://www.un.org/documents/ga/res/46/a46r119.htm>>. Acesso: 01 set. 2016.

ONU (2001). **Resolução 56/168 de 19/12/2001**. Disponível em <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168e1.htm>>. Acesso: 01 set. 2016.

ONU (2006). **Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**. Disponível em <<http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/ConvencaoONUsobre%20DireitosPcD.pdf>>. Acesso: 01 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). **Coleção Eduardo Espínola**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Artigo publicado na data de 24/08/2015 e disponível em <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso: 13 set. 2016.

SCHULZE, Marianne. **Understanding the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities**. 3ª Ed. Lyon: Handicap International, 2010, pp.1-211.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)**. 2015. Disponível em

<<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso: 15 set. 2016.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: Curatela e Saúde Mental**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I**. Artigo disponível em

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048->

[Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com](http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-)> Acesso: 15 set. 2016.

**A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E O
SISTEMA FEDERATIVO: UM PARALELO ENTRE O
BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS**

**THE ALLOCATION OF TAXATION COMPETENCE AND
THE FEDERAL SYSTEM: A PARALLEL BETWEEN BRAZIL
AND THE UNITED STATES**

Antônio Carlos Diniz Murta¹

Luísa Mendonça Albergaria de Carvalho²

RESUMO: O trabalho aborda sobre a necessidade de se repensar sobre a tributação no Brasil, através da promoção de uma reforma fiscal capaz de diminuir o déficit público, domar a inflação e retomar o crescimento econômico. A tributação brasileira se caracteriza no consumo, sendo esta atividade tributada em todos os níveis federativos. Em contrapartida, os EUA, também sendo uma república, apresenta um sistema de tributação diverso que atende a sua função fiscal/social, podendo assim, ser modelo de uma possível inspiração para seguirmos e tentarmos amenizar o cenário de crise fiscal atual vivenciado por todos nós.

PALAVRAS-CHAVE: Crise fiscal; Federalismo; Reforma tributária; Consumo; Renda; Brasil; EUA; Direito comparado.

¹ Doutor em Direito pela UFMG. Professor titular da Universidade FUMEC.

² Mestranda em Direito pela Universidade FUMEC.

ABSTRACT: The work deals with the need to rethink taxation in Brazil by promoting a fiscal and tax reform capable of reducing public deficits, taming inflation and resuming economic growth. Brazilian taxation is characterized in consumption, and this activity is taxed at all federative levels. On the other hand, the US, which is also a republic, presents a diverse tax system that serves its fiscal / social function, and can be a model of a possible inspiration to follow and try to soften the scenario of the current fiscal crisis experienced by all of us.

KEYWORDS: Fiscal crisis; Federalism; Tax reform; Consumption; Income; Brazil; USA; Comparative law.

INTRODUÇÃO

Este trabalho almeja discutir, tendo, como problema central, a necessidade de se repensar sobre a tributação no Brasil em face da primordialidade de se instituir uma política administrativa, contínua e sustentável, de desenvolvimento econômico e social que atenda à sociedade equilibrando a função fiscal e sua contrapartida social.

É notório que o Brasil demonstra a possível promoção de uma reforma fiscal e tributária capaz de diminuir o déficit público, domar a inflação e retomar o crescimento econômico. A despeito de a tributação brasileira revelar-se em inúmeras facetas

(sejam elas voltadas para a renda, patrimônio ou consumo) constata-se que a política fiscal institucionalizada no Brasil se caracteriza pelo foco, precípua, no consumo, tendo em vista que a presença de tributos sobre essa atividade se encontra em todos os níveis federativos.

Nesse diapasão analisar-se-á, também, a premência de restabelecer-se o federalismo fiscal, devolvendo a autonomia dos Estados e Municípios.

O artigo abordará ainda sobre a formação do Estado de Direito, com base no pensamento defendido por Chevallier em suas obras, como elemento que gerou centralização de competências no Brasil.

Ressalta-se que esta centralização foi o resultado aqui, mas não é a única opção de operacionalização do Estado de Direito. Essa hipótese poderia ser confirmada pelo exemplo dos EUA que manteve uma maior autonomia dos Estados.

Os Estados Unidos são como o Brasil, uma República Federativa, que apresenta um sistema de tributação diverso que, aparentemente, vem cumprindo adequadamente sua função fiscal/social.

Verifica-se, contudo, que naquele país, a relação dos entes federados, regionalizados ou municipalizados, com o ente central, aparentemente é distinta. A despeito de manterem uma relação de subordinação política ao poder central, possuem faculdades e liberdades em suas ações governamentais jamais imaginadas pelos entes brasileiros. Assim, será feito um breve

estudo da tributação americana, quanto à sua dimensão, sistematização e efeitos, verificando uma suposta inversão em se concentrar carga fiscal sobre a renda e não sobre o consumo.

Finalmente, pelo Direito Comparado será sopesado o sistema tributário de cada país, fazendo-se um paralelo e levantando-se hipóteses de adequações de exemplos de sucesso da tributação alienígena americana ao nosso aparato arrecadador e distribuidor de recursos.

Nesse contexto, o artigo tem como objetivo geral comparar a tributação brasileira com a americana, no que diz respeito a tributação sobre consumo.

Desse modo, a fim de que o objetivo geral possa ser atendido, o artigo propõe-se, em seus objetivos específicos, definir, compreender e investigar o federalismo desde a sua origem até os dias atuais, verificando se, caso houvesse a devolução da autonomia dos Estados e Municípios, a crise fiscal brasileira se amenizaria.

Na metodologia, utiliza-se de método dedutivo, do qual se extraem noções gerais acerca da Teoria do Direito Tributário a fim de confirmar a particularidade do ponto de vista do pesquisador.

Como marco teórico será utilizada a obra *O Estado Pós-moderno* de Jacques Chevallier.

Justifica-se o estudo do tema pela necessidade de alteração do nosso sistema tributário e defende-se o modelo norte

americano como sendo uma possível inspiração para seguirmos e tentarmos amenizar o cenário de crise fiscal atual vivenciado por todos nós.

2. A ATIVIDADE FINANCEIRA DO ESTADO

O direito tributário possui, como objetivo central, alcançar o bem-comum da sociedade. Sendo assim, dentre os maiores poderes concedidos pela sociedade ao Estado, para que este fim seja atingido, está o poder de tributar.

Não se sabe exatamente quando e onde a cobrança de tributos e impostos começou.

Na antiguidade os tributos eram obtidos, especialmente, através das colônias. A coroa portuguesa angariava recursos sobre a colônia Brasil por meio da derrama.

Inicialmente, com a chegada do rei Dom João VI no Brasil, os tributos cobrados eram empregados dentro do nosso próprio país, porém, sua destinação se caracterizava por ser sempre em benefício da família real e, quase nunca em benefício da sociedade brasileira.

Posteriormente, no período da Idade Média, marcado pelo Feudalismo, os impostos eram destinados aos senhores feudais, como forma de agradecimento dos servos por poderem usar e morar nos feudos, perdendo assim, os impostos, o seu caráter fiscal.

No final do século XX, surgiu o famoso Estado Social Fiscal, que dura até os dias atuais e busca amenizar o endividamento legado pelo estado do bem-estar social e, além disso, procura manter o equilíbrio entre a receita e a despesa.

Sendo assim, a função basilar do Estado Social Fiscal é a gestão eficiente dos recursos públicos (Responsabilidade Fiscal). Logo, é necessário arrecadar o que tiver de ser arrecadado - permitindo renúncias de receita apenas em caráter de exceção - e manter o maior controle no gasto público.

Após a independência do Brasil e com o nascimento da Constituição Federal, os impostos passaram a ser utilizados de maneira formal.

Com o passar dos anos e com a Constituição Federal de 1988, os tributos, descritos nos artigos 145 a 162, passaram a definir então, as limitações ao poder de tributar do Estado, organizando o sistema tributário brasileiro e detalhando todos os tipos de tributos, bem como, determinando a quem caberia cobrá-los.

Sendo classificados em federais, estaduais e municipais, o Estado, por meio de seus entes, institui, assim, a cobrança dos tributos para custear as despesas que possui. Com base nisto, acaba conseguindo atingir a sua função social para com a sociedade.

Esta cobrança nada mais é que a atividade exercida pelo Estado para abastecer os cofres públicos.

3. O SISTEMA TRIBUTÁRIO SEGUNDO A CF/88

Promulgada em 1988, a magna carta trouxe, em seu corpo, um capítulo dedicado exclusivamente ao sistema tributário nacional.

Estando previsto nos artigos 145 a 162, podemos encontrar, de forma clara os princípios gerais da tributação nacional, as competências e limitações tributárias dos entes federativos, bem como a repartição das receitas tributárias arrecadadas.

Acreditava-se que estes dispositivos seriam responsáveis por estabelecer a justiça fiscal, diminuindo as desigualdades sociais e permitindo que os entes federativos arrecadassem e conduzisse os recursos recolhidos para os serviços públicos essenciais.

Hoje, no ano de 2016, vinte e oito anos após o nascimento da Constituição Federal, a queixa da população e, principalmente, de diversos setores econômicos do país, tornaram-se perceptíveis nos Poderes Executivo e Legislativo,

Tamanha insatisfação veio comprovar, de forma clara, a necessidade de uma reforma tributária que, entre outros objetivos, resultasse em uma constituição mais justa da carga tributária, a qual é responsável pela sobrecarga nos setores produtivos da economia, contribuindo assim, para uma possível redução na taxa de crescimento nacional.

3.1. Princípios constitucionais da tributação

Muitos são os princípios constitucionais tributários. Sendo encontrados de forma expressa, especialmente no artigo 150 e incisos da CR/88, ou ainda, de maneira implícita, os princípios, caracterizados por serem os mandamentos nucleares de um sistema, servem como escudos protetores da sociedade impedindo a mesma que sofra qualquer abuso ou excesso de poder pelo Estado.

No presente, versaremos apenas sobre aquele que se relaciona ao tema central a ser discutido e analisado, o princípio federativo.

Em termos jurídico-positivos, podemos dizer que o princípio do federalismo pode ser considerado como sendo um dos mais importantes que existem.

O princípio do federalismo nada mais é que a consumação do impasse: o Estado deu origem ao direito positivo, mas o direito positivo gera e regula o próprio Estado.

No Brasil, através do princípio federativo – coexistem pacificamente a ordem jurídica global (o Estado Brasileiro) e as ordens jurídicas parciais, sendo estas divididas em centrais (a União) e periféricas (os Estados-membros). Esta múltipla incidência só é possível por força da discriminação de competência, levada a efeito pela Constituição da República (CARRAZZA,2006, p. 139).

As leis nacionais (do Estado Brasileiro), as leis federais (da União) e as leis estaduais (dos Estados-membros) ocupam o mesmo nível, todas encontram seu fundamento de validade na própria Carta Magna, apresentando campos de atuação exclusivos e muito bem discriminados. Por se acharem subordinadas à Constituição, as várias ordens jurídicas são isônomas (CARRAZA, 1993, p.178).

Segundo Rocha (2003, p. 171 e ss.) o princípio federativo compõe-se dos seguintes elementos: a) da soberania nacional e das autonomias locais das entidades componentes do Estado; b) da repartição de competências entre essas entidades, o que assegura a sua personalização política e o âmbito de competência autônoma e exclusiva de cada qual; c) da participação de todas elas na formação da vontade nacional.

Por sua vez, outro princípio, que está intimamente interligado ao princípio do federalismo, é o princípio do pacto federativo. Este, preconiza-se nos seguintes subprincípios: a) princípio da participação: que conceitua que todo Estado-membro é parte ativa no processo de elaboração da vontade política da organização Federal constituindo, portanto, sua vontade peça fundamental dentro do funcionamento do aparelho institucional da Federação; b) princípio da autonomia. Segundo tal princípio, os estados-membros têm liberdade para estatuir suas próprias ordens constitucionais, estabelecendo as competências de seus órgãos e exercendo quase todos os poderes que goza a Federação, desde que tudo se faça na estrita observância dos princípios

básicos da Constituição Federal.

3.2. Autonomia legislativa tributária dos entes federados.

A análise do tema da autonomia dos entes federados, juntamente do pacto federativo, é de suma importância no cenário brasileiro. No momento de crise fiscal em que vivemos, é válido a indagação a respeito da existência ou não da autonomia dos entes federados nos níveis de governo.

A Federação é o instrumento político adotado no Brasil para garantir essa forma descentralizada de exercício institucional. Hoje, o princípio federativo está inserido numa ordenação constitucional rígida, tendo, inclusive, a garantia da imutabilidade - norma pétrea, ou seja, qualquer alteração textual necessita de processo especial e qualificado previsto na própria Constituição. Nesse sentido, não se pode ter como válida qualquer norma que agrida, restrinja ou anule o princípio da autonomia, interferindo no âmbito de atuação autônoma dos entes federados. Além disso, prevê o ordenamento, em caso de não observância desse princípio, possibilidade de intervenção, considerada a forma mais agressiva de cerceamento de autonomia (AGUIAR, 1995).

Em 1891, a Constituição dispôs textualmente sobre a forma de Estado federado, dando autonomia aos Estados e aos Municípios. Entre 1937-1945 o federalismo praticamente

desapareceu, sendo restaurado com a Constituição de 1946, inclusive no que tange à autonomia municipal. Novamente, em 1967, com uma Constituição oriunda de golpe militar, houve enfraquecimento dessa forma de Estado, estabelecendo-se como característica principal dessa fase a concentração de poderes na União. Com o advento da crise política na segunda metade de 1968, por meio do Ato Institucional 5, foi totalmente extinta a Federação. Com a Carta de 1969, formalmente EC1/67, nota-se indiscutível preeminência da União frente aos Estados e Municípios, que, cada vez mais, viam diminuir suas prerrogativas, embora se mantivesse a forma federativa (BASTOS, 1995).

O processo de descentralização de poderes alavancou de fato e se tornou mais significativo na Constituição Federal de 1988. No corpo da Carta Magna, o sistema federativo atribuiu autonomia à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Entende-se por autonomia a prerrogativa atribuída a uma entidade de criar as suas próprias normas. O vocábulo autonomia, assim, está atrelado ao sistema de repartição de competências que estabelece a eficácia do princípio federativo.

Nesta linha de pensamento, Francisco Campos entende que:

Imprescindível, em suma, um princípio ou uma regra de repartição de competências, de acordo com o qual se extremem umas das outras, em esferas distintas de exercício, as

jurisdições, autoridades ou governos (CAMPOS, 1942. p. 264).

Na autonomia dos entes federados podemos constatar que se configura a auto-organização, o autogoverno e a auto-administração de todas elas.

É de suma importância que a autonomia seja preservada, uma vez que, se desrespeitada, teremos a estrutura da federação totalmente comprometida. Não podemos, todavia, desconsiderar o fato de que o limite desta mesma autonomia se constata na própria Constituição Federal.

Por ser a federação um pacto de igualdade entre as pessoas políticas, e sendo a autonomia financeira a garantia da autonomia dos entes federados, podemos concluir que qualquer abuso, excesso de poder ou agressão, ainda que velada, a esses preceitos representam uma inconstitucionalidade.

Por fim, ressaltasse que, atualmente as Constituições brasileiras têm beneficiado de forma incontroversa a União, concentrando nesse ente a distribuição de rendas tributárias. Esse quadro denota uma inevitável dependência econômica entre os órgãos federais e os federados, o que prejudica sobremaneira a efetiva autonomia entre as diferentes esferas de poder (BASTOS, 1995).

4. O FEDERALISMO

4.1. Conceito

Tendo sido amparado definitivamente no Brasil no ano de 1891, o federalismo, sendo consagrado na Carta Magna como cláusula pétrea, juntamente com a noção de seu respectivo princípio, vêm, desafiando os operadores do direito, haja vista a abundância de reformas constitucionais, especialmente no campo do direito tributário.

O federalismo se resume em uma nação que ostenta uma divisão territorial em sua estrutura, de tal maneira que cada federação possua autonomia política, devido a descentralização dos poderes. Sendo uma forma de organização do estado, geralmente só é encontrado nos governos que adotam o sistema de república. O jurista Pedro Nunes define o termo da seguinte maneira:

Federação é a "união de várias províncias, Estados particulares ou unidades federadas, independentes entre si, mas apenas autônomas quanto aos seus interesses privados, que formam um só corpo político ou Estado coletivo, onde reside a soberania, e a cujo poder ou governo eles se submetem,

nas relações recíprocas de uns e outros”
(NUNES, 2003, p. 432).

O federalismo pode ser classificado em federalismo por agregação (aquele cuja federação é estabelecida a partir da vontade de se constituir estados independentes politicamente. Como por exemplo, o federalismo dos EUA); por desagregação (aquele instituído a partir da descentralização de um Estado Unitário, por exemplo, o federalismo brasileiro); federalismo dual (ocorre quando a separação de atribuições entre os entes federativos é absolutamente rígida. Onde não se existe cooperação entre os membros, vivenciado, por exemplo, no federalismo norte-americano); federalismo cooperativo (ocorre quando as atribuições são exercidas de modo comum ou concorrente, estabelecendo-se uma aproximação entre os entes federativos, que atuarão conjuntamente. Exemplo vivido no federalismo brasileiro); federalismo simétrico (tipo de federalismo onde se pode verificar certa homogeneidade, ainda que não absoluta, de cultura, língua, etc., como ocorreu nos EUA; e, por fim, temos o federalismo assimétrico (aquele que provém de uma diversidade de cultura, língua e outros aspectos. Ocorrendo no Canadá e na Suíça, por exemplo).

4.2. Origem

No que se diz respeito a origem do federalismo, pode-se dizer que nem a Antiguidade, muito menos a Idade Média, tiveram a oportunidade de conhecer o regime de federação. Isso se justifica pelo simples fato de que a organização política de ambos os períodos se caracterizava pela simples aliança desorganizada de suas tribos ou povos locais.

A primeira ideia federalista se deu na Confederação Helvética, no ano de 1291, e foi marcada por ser um pacto meramente de aliança e amizade, vindo, em 1848, dar origem ao Estado Federal da Confederação Suíça.

No tocante ao ordenamento jurídico formal, o federalismo surgiu em 1787 por meio da Constituição dos Estados Unidos. O fato que desembocou para tal nascimento foi a declaração de independência das 13 colônias britânicas na América em 1776.

A independência entre as 13 colônias resultou em um tratado de união, mais conhecido como Artigos de Confederação, por meio do qual o pacto confederativo fora revisto em prol de fortalecer as colônias independentes, bem como, evitar o enfraquecimento de uma delas isoladas.

Na cidade da Filadélfia, ano de 1787, esta confederação foi convertida em federação.

Sendo assim, o federalismo americano nasceu da falência do modelo confederativo, devido à ausência de cumprimento de suas regras. Era necessária a criação de um modelo dotado de maior poder coercitivo e rigidez do laço de união. Inclusive, talvez

a indissolubilidade do pacto federativo seja o principal fator distintivo entre a Confederação (formada por tratado, podendo ser denunciado a qualquer momento) e a Federação. (MADISON, HAMILTON; JAY, 1993, p.188).

Frisa-se mencionar que as ideias de Montesquieu embasaram o modelo da federação americana. Através do pensamento de Montesquieu, os EUA adotaram a separação dos poderes.

O federalismo americano exerceu enorme influência nos modelos europeus e latino-americanos, não sendo, contudo, copiado à risca por nenhum outro país.

4.3. Características

Hoje, o vocábulo federalismo pode ser caracterizado com os seguintes pontos:

a) uma Constituição rígida como fundamento do ordenamento que garante a repartição de competências entre os entes autônomos. b) um órgão guardião da Constituição Federal; c) a descentralização política por meio do estabelecimento de núcleos de poder político pela Constituição; d) a consagração do princípio da indissolubilidade do vínculo federativo que inibe o direito de secessão ou retirada do pacto federativo; e) a soberania do Estado Federal cedida pelo ingresso dos entes federativos na

Federação; f) torna os entes federativos autônomos, inclusive com capacidade de auto-organização.

4.4. Objetivo

O objetivo da Federação é alcançar a eficácia do exercício do poder no plano interno de um Estado, resguardando-se a sua integridade pela garantia de atendimento das condições autônomas dos diferentes grupos que compõem o seu povo e assegurando-se, assim, a legitimidade do poder e a eficiência de sua ação. (ROCHA, 1996. p. 171).

4.5. O Federalismo norte americano e o Federalismo brasileiro: origens diferentes, trajetos semelhantes.

4.5.1. O federalismo americano

O federalismo se consolidou pela primeira vez nos EUA. Seu surgimento, ano de 1787, decorreu da vontade dos Estados membros da antiga Confederação, que lutava por um fortalecimento do governo central, conservando tanto a independência quanto a soberania existente nos Estados membros.

O federalismo norte-americano recebe a seguinte classificação: agregação (por ser derivado de uma confederação), simétrico (por apresentar homogeneidade linguística e cultural

entre a sua população) e dual (por ter os seus estados autonomia e independência do poder central).

Além destas características, podemos dizer também que o modelo do federalismo norte-americano foi embasado em cinco princípios, tais quais podemos citar como sendo o primeiro a união de entidades políticas autônomas em torno de um objetivo comum; em seguida se encontra a divisão dos poderes e das respectivas competências das entidades; como terceiro princípio temos a autonomia concedida aos Estados e ao poder central de atuarem diretamente dentro de suas respectivas designações; o aparelhamento dos poderes e, por fim, o princípio em que as decisões do governo federal são tidas como sendo hierarquicamente superiores às decisões locais que versem sobre matérias semelhantes.

Tendo sofrido grande influência do *laissez-faire*, que se marcou presente até o *crash* da bolsa de valores de NY em 1929, o federalismo norte-americano passou por grande transformação com a chegada do século XX. Ele passou a ter que desempenhar novas funções, necessitando com isso, de fazer uma maior intervenção nas esferas social e econômica. Surgiu então, o *New Deal*.

Todos estes acontecimentos contribuíram para a formação do chamado Novo Federalismo, onde foi caracterizado por ter sido responsável pela transformação no equilíbrio do poder, centralizando-o em Washington.

Ressalta-se que nos EUA, a relação entre os estados membros e o poder central é mínima, tendo em vista que cada Estado atua de forma autônoma e independente além de participarem das decisões a nível nacional de maneira diferenciada, devido a herança advinda do Federalismo Dual e o *laissez-faire*, que foram grandes influências na sociedade norte-americana.

Hoje, o federalismo norte-americano é marcado por apresentar um poder mais centralizado. O aumento da autoridade nacional não reduziu o poder dos Estados. Embora tenha ocorrido naturalmente algumas limitações à autoridade estadual, os Estados continuaram a ter amplo poder decisório nas matérias de sua competência. Com isso, mesmo tendo o poder dos EUA sofrido maior centralização, ainda assim é possível perceber maior independência dos estados em relação à esfera federal quando comparado ao Brasil.

4.5.2. O Federalismo brasileiro

Embora tenha se inspirado no modelo de federalismo norte-americano, o federalismo brasileiro pode ser considerado como tendo suas ideias quase que opostas às vividas pelos americanos.

Isso se vale uma vez que, enquanto nos EUA a ideia de Estado federado surgiu de uma necessidade dos estados membros de se unirem em prol de fortificar politicamente as antigas

colônias inglesas, no Brasil, a ideia de Estado federado veio do antigo Império, ou seja, passamos por um governo unitário, que veio a ser descentralizado.

No federalismo norte-americano as características das organizações de cada Estado membro se mantiveram conservada, característica esta, não repetida no Brasil. Aqui, houve a homogeneidade na legislação de cada Estado.

No federalismo brasileiro, a organização permaneceu sendo através de um Estado Unitário, porém dotado de uma pequena autonomia constitucional concedida aos Estados.

Além disso, é nitidamente constatado que no Brasil, os Estados possuem uma maior tendência a atuarem em conjunto, formando espécies de colegiados quando se trata de decisões em nível federal, diferentemente do modelo tido como inspiração.

Diante ao exposto, podemos dizer então que, mesmo depois de sua independência, o Brasil não chegou a ter de fato autonomia política se comparado ao modelo de federalismo norte-americano.

4.5.3. O Federalismo americano x o Federalismo brasileiro na visão de Chevallier

Já se é sabido que a globalização do século XX foi responsável pela modificação da concepção de soberania do Estado, que deixou de ser aquele elemento de individualismo e

passou a ter uma função de integração. A soberania tradicional, na visão do professor e jurista Chevallier, sofreu essa dissolução pelo efeito globalizante principalmente por três maneiras:

a) Houve uma significativa redução da margem de liberdade dos Estados, levando-os a se curvar às exigências de uma ordem transnacional que acabou sendo determinante para suas ações;

b) Novos atores surgiram no cenário internacional, o que provocou uma pluralidade de agentes nas relações internacionais;

c) Foi imposto a constituição de entidades mais amplas, fazendo-os romper o quadro demasiado exíguo do Estado-nação.

O Estado assim, passou a ser caracterizado de outro modo, o que pode ser percebido nos EUA, no período do Crash da Bolsa de Valores de NY, em 1929.

Hoje, o Estado contemporâneo é marcado por ser: enquadrado (com a imposição da uma ordem transnacional), concorrente (com novos atores na sociedade internacional que rivalizam na ação política), englobado (atua na margem deixada por entidades mais amplas), policêntrico (com a crise das estruturas hierárquicas) e segmentado (com a criação de centros de gestão autônomos).

Para Chevallier, após os anos 1980 pôde ser notado um movimento de desintegração que provocou uma grande diversidade nas estruturas administrativas dotadas de autonomia.

A hegemonia do Estado de Direito resulta de um duplo processo de imposição e de

homogeneização. Por um lado, o Estado de Direito é colocado como um valor em si mesmo, que se impõe sem discussão possível, como evidência: tornou-se uma referência obrigatória, tanto para os Estados que devem se posicionar sob seu império, como para os atores políticos que devem se sacrificar ao seu culto; o Estado de Direito aparece nas sociedades contemporâneas como uma limitação axiológica que comanda toda e qualquer legitimidade política. Assim, tudo ocorre como se o discurso político do Estado de Direito tivesse conseguido captar em seu benefício o poder normativo que o conceito tirava no seu enraizamento jurídico. De outra parte, o Estado de Direito possui a tendência de condensar e amargar as diferentes figuras da relação entre o Direito e o Estado: síntese realizada entre as doutrinas formal e substancial pelo viés da referência aos direitos fundamentais; aproximação operada com a Rule of Law britânica, pela elaboração de um modelo “sincrético”(D.Mockele,1994) – ao ponto que os vocábulos já são substituíveis (“Estado de Direito” é traduzido como Rule of Law nos textos internacionais); eliminação obtida das versões concorrentes. Assim, o Estado de Direito fornece uma grade de leitura da ordem política, que parece esgotar o universo das possibilidades. A construção desta hegemonia passou por

várias etapas e mediações: ressurgimento do tema no Ocidente; consagração em nível internacional; difusão à Leste e ao Sul. (CHEVALLIER, Jacques, 2009, p. 98).

A formação do Estado de Direito, com base no pensamento defendido por Chevallier em suas obras, gerou centralização de competências no Brasil. Esta centralização foi o resultado aqui no Brasil, mas não é a única opção de operacionalização do Estado de Direito. Essa hipótese poderia ser confirmada pelo exemplo dos EUA que manteve uma maior autonomia dos Estados.

Os Estados tendem à descentralização e à desconcentração, integração progressiva dos espaços locais. Toma-se em conta a administração próxima dos habitantes e as necessidades locais, promovendo a inversão da lógica centralizadora, num movimento neofederalista. (CHEVALLIER, 2009, p. 48).

A proliferação de estruturas em rede, com entidades ligadas umas às outras por liames horizontais de interdependência, torna obsoleta o rigor hierárquico na qual as estruturas internas estatais se apoiam desde a modernidade.

Essas premissas fazem com que a figura da rede passe a substituir a de pirâmide, fazendo com que a administração pública contemporânea seja caracterizada por fatores como a especialização dos agentes e das atividades, a transversalidade, a leveza e a flexibilidade. Exemplo disso é a criação de agências (à

moda americana) e uma maior descentralização seguida de maior responsabilização de seus gestores, o que aumenta a importância da administração indireta. (CHEVALLIER, 2009, p.108 e ss).

A máquina composta por engrenagens interdependentes e solidárias não mais condiz com a realidade contemporânea. Os efeitos da globalização não apenas modificam o Estado para o mundo, mas também para si. Com isto, a criação de novas estruturas para atender à velocidade integradora das relações sociais se mostra incompatível com a lógica unitarista e monista. Essas estruturas são concebidas como instrumentos intermediários, encarregadas de multiplicar a ação do Estado, à margem da obsoleta hierarquia administrativa. (ZOLO, 2006, p.18).

Chevallier defende que em razão da descentralização funcional, com a criação de agências, observa-se uma maior inserção dos gestores privados nas funções Estatais.

Avalia também que suas reflexões não invalidam sua concepção de Estado Pós-moderno, uma vez que o Estado (e sua soberania) ainda permanece imbuído de inúmeras responsabilidades essenciais à vida social.

Segundo ele, a própria noção de “resposta global” para uma “crise global”, até fiscal, reforça a consolidação da ordem transnacional por meio das ações de coordenação e cooperação internacionais. Em sua opinião, se tomados isoladamente, os

Estados não conseguiriam enfrentar a crise, o que demonstra a continuidade da pertinência de se pensar o novo Estado em rede.

Sendo assim, a concepção moderna de Estado está diante a fortes abalos. O Estado não deve ser visto mais como um bloco monolítico, mas sim como formado de elementos heterogêneos. Hoje, os antigos mecanismos que garantiam a unidade orgânica do Estado são substituídos por formas mais flexíveis.

Se a manifestação jurídica expressa formalmente o poderio soberano estatal, a reconfiguração dos aparelhos do Estado é inevitavelmente acompanhada de uma transformação profunda do direito e do modo de realizar a gestão pública.

O artigo então se preocupou por isso em analisar a evolução do federalismo até a sua concepção atual, neofederalismo, defendendo a ideia e a importância de, nos dias de hoje - marcados por um cenário de crise fiscal preocupante - da premência de restabelecer-se o federalismo fiscal, devolvendo a autonomia dos Estados e Municípios. Isso poderia ser atingido, por exemplo, se nos inspirássemos no modelo norte-americano de federalismo.

Talvez essa seja a solução para se amenizar a crise fiscal em que estamos vivendo. Uma reforma fiscal e o restabelecimento do federalismo poderiam ser capazes de diminuir o déficit público, domar a inflação e retomar o crescimento econômico, tornando assim, a vida da sociedade e dos contribuintes mais estável e segura.

4.5.4. O princípio federativo e a repartição de competência

A Constituição Federal de 1988 foi um espelho do momento econômico-social vivido na época de sua confecção, no qual a luta pela democracia era exigência primordial do povo brasileiro à época, que buscava incessantemente por uma revisão econômica, política e social no país.

O Federalismo, em realidade, aumenta as funções dos Estados-membros, pois a descentralização política exige uma nova forma de organização dos entes da Federação, e, com ela, surge a necessidade da repartição de competências.

Repartir competências significa distribuir as competências públicas entre os diferentes entes políticos. Na repartição de competência a Constituição Federal outorga aos entes autonomia para a atuação no âmbito das respectivas áreas, assim assegurando o equilíbrio federativo.

O Sistema de Repartição de Competências estabelecido pela Constituição Federal prevê competências exclusivas; competências privativas; competências concorrentes; e, por fim, competências comuns.

É exatamente nos limites das competências encontradas na constituição que se dá a denominada guerra fiscal que mais adiante será devidamente analisada.

5. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS E O CENÁRIO DE CRISE FISCAL ATUAL

Não é novidade para ninguém o momento de crise fiscal que estamos vivenciando. E é justamente neste momento, quando tratamos de consciência fiscal, que nos vêm à tona todos os problemas resultantes das relações conflituosas que são estabelecidas entre o Estado, que detém o Poder de Tributar, e os sujeitos passivos, que têm o dever de pagar Tributos.

Infinitas são as hipóteses de conflitos de interesses que decorrerem da realização da atividade tributária do Estado.

Estatísticas apresentadas pelo CARF³ e por vários Tribunais e Juízos que integram o Poder Judiciário, demonstram,

³ O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF foi criado pela Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e instalado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Fazenda em 15/2/2009, mediante Portaria MF nº 41, de 2009. A Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, aprovou o Regimento Interno do CARF, que já se encontra em plena vigência. O texto integral do Regimento Interno pode ser consultado neste sítio em Institucional/Regimento Interno. Missão: Assegurar à sociedade imparcialidade e celeridade na solução dos litígios tributários. Visão: Ser reconhecido pela excelência no julgamento dos litígios tributários. Valores: Ética, transparência, prudência, impessoalidade e cortesia. Disponível em:

<<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

constantemente, a dimensão e o amplo universo das lides tributária.

Constantes conflitos relacionados à competência tributária e à distribuição dos recursos públicos entre os entes federativos disputam de quem é a competência para se tributar determinada hipótese de incidência e todos reivindicam o direito a receber desta ou daquela forma os valores da discriminação de rendas estabelecidas na Constituição Federal.

Ressalta-se também que, os conflitos não são vivenciados apenas perante o Poder Judiciário, mas também nas interações entre os Cidadãos- sujeitos passivos- e nos demais poderes jurisdicionais.

Em face de tantos problemas e as chamadas Guerra Fiscal compete ao Estado, que tem como missão a busca do “bem comum” dos habitantes de uma sociedade, implementar políticas públicas nos diversos setores da sociedade, com objetivo de reduzir as dificuldades vivenciadas pela coletividade.

Com o advento e desenvolvimento da Globalização, os problemas relacionados a crise fiscal sofreram ainda mais repercussão, visto que através dela, a soberania do Estado foi relativizada e limitada.

A cidadania tributária, não só visa uma compreensão dos tributos e da sua aplicação na sociedade, como também busca uma maior conscientização por parte dos cidadãos dos problemas que nos rodeiam, pois, infelizmente, atualmente, vivemos em uma

alienação fiscal e a transparência no dispêndio dos recursos públicos é algo não tão cessível aos olhos do cidadão comum.

Através da cidadania fiscal, recai sobre os indivíduos o dever de não somente pagar seus tributos, mas também o de fiscalizar o emprego dos recursos públicos e o de exigir que todos contribuam para o cofre público. Com a transparência fiscal e a maior participação dos cidadãos, poderá ser cobrado do Estado todas as medidas necessárias para a realização da tão esperada Justiça Tributária e com isso, todos aqueles que se enquadrarem como sonegadores receberão suas devidas punições.

À necessidade da transparência na atividade financeira do Estado e a busca de um cidadão que participe mais ativamente dos interesses públicos é fundamental para modificar o atual cenário fiscal. É neste sentido que se faz necessário, mais que do que nunca, um investimento na educação fiscal destinado a induzir no cidadão o devido reconhecimento do seu sacrifício financeiro na manutenção do Estado, especialmente diante da insignificante presença social do Estado.

O Estado brasileiro deve sofrer reformulação, a crise fiscal deve ser amenizada e, uma das hipóteses que teríamos para tentar reverter este quadro seria restabelecer o federalismo fiscal, devolvendo a autonomia dos Estados e Municípios e, alterando a tributação sobre o consumo tendo como inspiração a tributação sobre consumo americana.

6. A TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA E O CONSUMO: UM PARALELO ENTRE O BRASIL E OS EUA

As sugestões de reforma tributária em vários países, nas últimas décadas, foram encaminhadas para a diminuição dos tributos incidentes sobre poupança e investimento, para a amenização da progressividade do imposto de renda do trabalho e para o incremento da presença dos impostos sobre o consumo na receita tributária.

Os impostos sobre o consumo simbolizam a parcela mais relevante da carga tributária no Brasil, na atualidade.

Hoje, a elaboração de uma nova estrutura dos tributos indiretos sobre o consumo, fez-se mais necessária do que a retificação da distribuição da arrecadação por bases de incidência.

Estudiosos de finanças públicas entendiam que o imposto de renda era superior ao imposto sobre o consumo, até 1980. Essa escolha pelo imposto de renda se pautava em fundamentos de cunho social, como a repartição de renda, e econômicos, como a não- interferência nas decisões no tocante à elaboração de preços nos mercados de bens e serviços.

Na década de 1980, os tributos sobre o consumo ocupavam uma porcentagem em torno de 40% e 45% da receita tributária total. Já no ano de 2002, subiu para 50%.

De acordo com o professor do curso de ciências contábeis do Ibmec/MG Paulo Machado, com a reforma tributária ocorrida nos EUA no ano de 1986, a tributação sobre o consumo passou a desempenhar menos de 20% da tributação. Em contrapartida, a tributação sobre a renda representava mais de 40%. Nas suas palavras:

Essa carga tributária maior em consumo quer dizer que, proporcionalmente, quem tem uma renda menor paga mais impostos. É uma tributação injusta, porque penaliza quem ganha menos. Tributos sobre consumo prejudicam mais os pobres do que os ricos. É difícil para países pobres arrecadar apenas via renda.

Defende também o professor, que nos países desenvolvidos, como exemplo os EUA, normalmente a maior carga tributária incide sobre a renda e o patrimônio. “É uma forma mais justa de taxar”, afirma. Para ele, a taxação no consumo é “mais fácil” de ser feita. “Não se percebe claramente os impostos que estão sendo pagos”, aponta Machado. O consumidor não emite, por exemplo, uma guia para pagar o produto que consome. Ele paga e pronto. É chamada “tributação velada”.

Tempos depois, chegou-se à conclusão de que o imposto de renda gerava efeitos negativos no investimento e na oferta de trabalho. Sendo assim, as propostas de política tributária foram conduzidas para a diminuição dos encargos incidentes sobre

poupança e investimento, para a da progressividade do imposto de renda do trabalho e para o incremento da participação dos impostos sobre o consumo na receita tributária.

A consolidação da Federação na Constituição de 1988 ocasionou no aumento da autonomia fiscal dos entes federativos e na descentralização dos recursos tributários. Como consequência disto, ocorreu a extensão do rol das competências dos governos subnacionais e o aumento dos percentuais da arrecadação do Imposto de Renda e do IPI direcionados aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios, com a desvinculação das receitas transferidas.

Nesse período, os países desenvolvidos, especialmente os EUA, passavam por um período de reformulação do arcabouço tributário, em que pretendiam extinguir os efeitos dos tributos sobre bens e serviços na competitividade do setor produtivo.

Em sentido oposto a esse processo, ocorria no Brasil o alavancamento desenfreado da tributação cumulativa, piorando as distorções do sistema tributário nacional.

Ressalta-se que, a Magna Carta, ao tentar fortalecer a federação e estender os direitos sociais afetou a qualidade do sistema tributário nacional.

Hoje, podemos dizer que a carga de impostos sobre renda no Brasil é baixa em relação a carga de impostos sobre consumo, se comparada aos EUA, por exemplo.

Uma das razões que justifica o alto percentual de impostos sobre o consumo no Brasil em relação à carga tributária total é que os impostos sobre a renda e propriedade são significativamente baixos.

Além disto, fato de países em desenvolvimento (como o Brasil) terem cargas elevadas de impostos sobre a renda não significa que esses impostos sejam, obrigatoriamente, responsáveis por eles não serem desenvolvidos. Sequer representa que uma amenização da carga tributária sobre o consumo resultaria com que tais países se tornassem desenvolvidos.

O grande calcanhar de Aquiles é que a tributação brasileira é direcionada no consumo. Por isso, não adianta aumentar a tributação em mais uma faixa, sem baixar os tributos de consumo. EUA têm faixas e cargas de tributação muito maiores do que as brasileiras em relação à renda porque eles tributam a renda ao invés do consumo. Acontecendo justamente o contrário no Brasil.

O Imposto de Renda (IR) é um imposto norteado pela capacidade contributiva, ao passo que na tributação pelo consumo, todos pagam igual. A tributação da renda é extremamente relevante e necessária e está prevista na Constituição.

Em meio à crise em que vivemos, é de suma importância repensar a carga tributária sobre o consumo e simplificar os tributos.

Hoje, o processo é pouco transparente e poucas pessoas entendem o que o governo está cobrando delas.

Neste diapasão, o presidente executivo do IBPT, João Eloi Olenike, defende que é excessiva tributação sobre consumo no Brasil é uma “tributação cruel”. “Ela penaliza quem ganha menos”, entende Olenike. Ele conta que nos Estados Unidos existe apenas um imposto no consumo: Tex. O consumidor norte-americano fica ciente do quanto está pagando, e, além disso, esse imposto resulta em benefícios para a população, também como nos países da Europa. De acordo com o presidente,

O Brasil não tem uma política tributária que taxe o cidadão de acordo com sua capacidade de contribuir. Tem uma política de arrecadação para fazer caixa, que é resultado da ineficiência do Estado em administrar seus recursos, diz ele.

Conclui-se então que, como forma de reverter e amenizar o quadro, em se tratando da esfera tributária, seria necessária a diminuição da arrecadação de tributos sobre o consumo e o aumento da tributação sobre a renda. Este mecanismo funcionou e tem funcionado nos países desenvolvidos, por exemplo nos EUA.

O modelo norte-americano de federalismo e inversão de maior cobrança de tributos sobre a renda e não sobre o consumo são fontes inspiradoras para um renascimento de nossa economia.

Ocorre que, para que isso seja feito, se faz necessária a devolução da autonomia dos Estados e Municípios, restabelecendo-se assim o federalismo fiscal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos vivenciando o que nos parece ápice da crise fiscal; talvez a maior da história brasileira. Entretanto, é através do exercício equilibrado da cidadania que seria possível a formulação de uma política social e econômica minimamente justa mesmo que se faça indispensável medidas duras como corte de despesas sociais e aumento de tributos.

Ao Estado, cuja missão primordial é a busca do “bem comum” dos componentes da sociedade civil, consolidando o ideal de cidadania, a implementação de políticas de receita e acarreta despesa. A justa medida tanto de um quanto outro é justamente o denominador pretendido. Atualmente estaríamos distantes de tal escopo.

Sendo assim, cabe ao Estado, por meio dos tributos, retirar parcela da riqueza privada transferindo-a ou redistribuindo riqueza na busca da paz social. Percebe-se, no entanto, a indignação da sociedade por não ter um amplo acesso

à destinação da receita direcionada aos cofres públicos; que é, em grande parte, utiliza de forma desmedida e equivocada.

Arrecadado os tributos, compete ao Estado gerar e promover benefícios à população. A sociedade deve buscar se conscientizar e pleitear por seus direitos, quais sejam o de ter acesso a prestações de contas (transferência); e, além disto, lutar cada vez mais para que os tributos arrecadados sejam destinados em prol da coletividade. O poder de tributar e a cidadania fiscal podem e devem andar juntos, uma vez que a promoção do bem comum da sociedade é prioridade.

Poderíamos, sem medo, efetivamente afirmar que para compatibilizar a tributação e a cidadania no cenário de crise fiscal atual, se faria indispensável, mais do que nunca, a conscientização de todos os envolvidos (Estado e sujeito passivo) quanto aos inúmeros problemas de gestão, utilização e limites dos gastos públicos.

Crise e tributação, crise e despesas públicas e crise da cidadania são possíveis de serem equalizadas quando a carga tributária, os benefícios sociais e o exercício da cidadania num cenário de crise fiscal, são integrados evitando tanto na receita quanto despesa abuso e déficit fiscal.

O Estado brasileiro deve sofrer reformulação; voltada sobretudo para sua redução e conseqüente arrefecimento dos gastos – sem lastro – sociais. Falta vontade e exige coragem.

Surgem então, várias opiniões buscando modificar este terrível e lamentável cenário de crise fiscal atual. A primeira hipótese que vem à tona para a solução ou minimização do presente quadro é o restabelecimento do federalismo fiscal, devolvendo autonomia aos Estados e Municípios. Isso poderia ser atingido, por exemplo, se nos inspirássemos no modelo norte-americano de federalismo.

O modelo federativo é a forma de Estado que se caracteriza pela descentralização política, sendo outorgado poder e capacidade política aos entes participantes do sistema, com reserva de autonomia, enquanto a soberania é única. Como ordenamento jurídico formal, o federalismo teve sua consolidação em 1787, com a Constituição dos Estados Unidos, a qual gerou perceptível influência e impulsionou as bases de novas políticas constitucionais em todo o mundo, inclusive no Brasil.

Embora tenha se inspirado no modelo de federalismo norte-americano, o federalismo brasileiro pode ser considerado como tendo suas ideias quase que opostas às vividas pelos americanos.

Isso se vale uma vez que, enquanto nos EUA a ideia de Estado federado surgiu de uma necessidade dos estados membros de se unirem em prol de fortificar politicamente as antigas colônias inglesas, no Brasil, a ideia de Estado federado veio do antigo Império, ou seja, passamos por um governo unitário, que veio a ser descentralizado.

A formação do Estado de Direito, com base no pensamento defendido por Chevallier em suas obras, gerou centralização de competências no Brasil. Esta centralização foi o resultado aqui no Brasil, mas não é a única opção de operacionalização do Estado de Direito. Essa hipótese poderia ser confirmada pelo exemplo dos EUA que manteve uma maior autonomia dos Estados.

Chevallier afirma que os Estados tendem à descentralização e à desconcentração, integração progressiva dos espaços locais. Toma-se em conta a administração próxima dos habitantes e as necessidades locais, promovendo a inversão da lógica centralizadora, num movimento neo federalista.

No âmbito do federalismo tributário, a Constituição de 1988 consagrou uma unidade composta de três ordens políticas, representada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, discriminando a competência tributária de cada um, impondo-se destacar a outorga expressa à lei complementar para estabelecer normas gerais em material de legislação tributária.

Sendo assim, a segunda hipótese que vem à tona para a solução ou minimização do presente quadro seria, justamente, tributar mais sobre a renda e menos sobre o consumo. Mais uma vez, ideia inspirada nos norte-americanos que vem dado certo lá e pode também surtir efeitos positivos aqui no Brasil.

Os impostos sobre o consumo simbolizam a parcela mais relevante da carga tributária no Brasil, na atualidade.

Nos países desenvolvidos, como exemplo os EUA, normalmente a maior carga tributária incide sobre a renda e patrimônio e não sobre o consumo.

A tributação sobre consumo no Brasil é uma “tributação cruel”. Aqueles que ganham menos são os mais afetados. Nos Estados Unidos existe apenas um imposto no consumo chamado Tex. Através deste imposto o consumidor norte-americano fica ciente do quanto está pagando, e, além disso, esse imposto resulta em benefícios para a população.

Talvez essa seja a solução para se amenizar a crise fiscal em que estamos vivendo. Uma reforma fiscal e o restabelecimento do federalismo poderiam ser capazes de diminuir o déficit público, domar a inflação e retomar o crescimento econômico, tornando assim, a vida da sociedade e dos contribuintes mais estável e segura.

Cabe agora nos unirmos para que, juntos, possamos encontrar meios para realizar este feito e trazer mais esperança para o futuro da nossa cidadania.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim Castro. **Competência e autonomia dos municípios na nova constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**/Luciano Amaro. 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BASTOS, Celso (Coord.). **Por uma nova Federação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Francisco. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

CARF. Disponível em:

<<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>>. Acesso em: 04 mai. 2016.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARRAZZA, Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEWEY, Davis Rich. **Financial History of the United States**. Cambridge: Longmans, Green, & CO. 2. ed. 1903. Livro

disponibilizado em:

<<https://ia902205.us.archive.org/11/items/financialhistory033129mbp/financialhistory033129mbp.pdf>>. Acesso em: 26 nov.2016.

DEWEY, Davis Rich. **Financial History of the United States**. Cambridge: Longmans, Green, & CO. 2. ed. 1903. Livro disponibilizado em:

<<https://ia902205.us.archive.org/11/items/financialhistory033129mbp/financialhistory033129mbp.pdf>> Acesso em: 26 nov. 2016.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e mudança social**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os artigos federalistas** 1787-1788. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993.

KAUFMANN, Rodrigo. **A repartição de competências e o princípio federativo na Constituição de 1988**. In: Revista dos Estudantes de Direito da UnB. 2ed, 1997. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/2a-edicao/a-reparticao-de-competenciaseo-principio-federativo-na-constituicao-de-1988>> Acesso em: 10 dez. 2016.

KINCHESKI, Cristiano. **A formação histórica da matriz tributária brasileira**. GASSEN, Valcir, Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário. 1. ed. Brasília :Consulex, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**, 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 2003.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**/Rodolfo Sacco ; tradução Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Título original: Trattatodidirittocomparato.

REIS, Elcio Fonseca. **Federalismo Fiscal**: competência concorrente e normas gerais de direito tributário. Belo Horizonte, Ed. Mandamentos, 2000.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**: traços constitucionais da organização política brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVEIRA, Rogério Zanon de. **Tributo, educação e cidadania**: a questão tributária no ensino fundamental como fator de desenvolvimento da cidadania participativa no Brasil. 2. ed. Vitória: Instituto Histórico e Geográfico do Espírito Santo, 2002.

US Department of the Treasury. **History of the US Tax System**. Undated. Added August, 2003.

ZOLO, Danilo. **Globalización**: un mapa de los problemas. Miguel Montes. Bilbao: Mensajero, 2006.

A EFETIVIDADE DA TUTELA PENAL NO CRIME DE MAUS TRATOS A ANIMAIS

THE EFFECTIVENESS OF PROTECTION IN CRIMINAL ABUSE TO ANIMALS

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro¹

Samylla de Cássia Ibrahim Mól²

RESUMO: Com o objetivo de contribuir para coibir o chamado castigo animal, o artigo procura analisar o tratamento dispensado aos animais no ordenamento jurídico pátrio, no que concerne à sua tutela contra os maus tratos. Nesta seara, avalia a efetividade da tutela penal neste crime, bem como busca quais ferramentas a Lei nº 9605/98 e a Lei nº 9099/95 disponibilizam para que, em prol de uma maior dignidade animal, a condução do infrator a juízo seja aproveitada como uma oportunidade de conscientização sobre a natureza dos animais, suas necessidades e sensibilidade. O estudo, ao final, conclama para educação do homem para a lida com seres também sencientes. Para os referidos fins, a pesquisa utilizou a metodologia jurídico-teórica, com raciocínio dedutivo e técnica bibliográfica.

¹ Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Messina, Itália. Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor dos cursos de Graduação e Mestrado da Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotor de Justiça em Belo Horizonte/MG.

² Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (ESDHC). Especialista em Direito Privado (UCAM). Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos e em História pela UFOP.

PALAVRAS-CHAVE: Animais; Maus tratos; Direito penal; Tutela.

ABSTRACT: In order to help curb the so-called punishment Animal, the article analyzes the treatment given to the animals in the Brazilian legal system with regard to their protection against abuse. In this area, assesses the effectiveness of penal law in this crime as well as bases on which laws 9605/98 and 9099/95 provide to the offender that has been brought in court to take this situation as an opportunity to raise awareness about the nature of animals, their needs and sensitivity. The study, in the end, calls for more and better education of mantodeal with beings that a real so sentient. For that purpose, the research used the juridical and theoretical methodology, deductive reasoning and bibliography ictechnique.

KEYWORDS: Animals; Mistreatment; Criminal law; Guardianship.

INTRODUÇÃO

As condutas criminalmente tipificadas de maus tratos a animais representam modelo de ação de reprovabilidade acentuada por atingirem seres indefesos. Diante disso e ante a corriqueira incidência de tais atos, é necessário perquirir qual o

caminho para se evitar que tal prática ainda seja uma constante na sociedade contemporânea.

Atualmente, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei que pretende aumentar as penas para quem comete maus tratos contra cães e gatos (PL2833/2011). Há também em trâmite o Projeto do Novo Código Penal, que prevê penas mais severas para quem maltratar animais (PLS 236/2012).

Com as redes sociais e o acesso mais rápido e fácil à informação, tem sido crescente a divulgação de casos de atrocidades vitimando animais, o que provoca um clamor social por justiça. Diante disso, acredita-se que as mencionadas iniciativas legislativas visem corresponder ao anseio de grande parcela da sociedade por resposta mais rígida e efetiva na seara penal para aqueles que cometam delitos contra animais. Nesse contexto, questiona-se: será que enrijecer as penas para quem maltratar animais é a solução mais eficaz para acabar com a crueldade contra eles no Brasil?

Caso se leve em conta apenas o impulso natural por vingança e justiça a qualquer preço, a resposta será afirmativa. Entretanto, para responder a tal questão, é preciso ter em mente a realidade judiciária brasileira, bem como a efetividade da tutela penal na prevenção de delitos.

Ademais, se o objetivo maior do Direito e da coletividade é ver sanados os malefícios que a ação humana pode causar aos outros, tem-se que identificar quais ferramentas podem contribuir para uma mudança de atitude e verificar quais delas já estão

disponíveis na legislação vigente. Em outras palavras, neste trabalho, pretende-se buscar, dentro do próprio ordenamento jurídico, ferramentas que possam ser utilizadas para que o comparecimento do infrator em juízo no crime de maus tratos a animais seja aproveitado como uma oportunidade de conscientização e proposta de mudança de atitudes que se fazem necessárias para a lida com seres que, tal como o homem, são igualmente sencientes (BENTHAM, 1979; SINGER, 2002).

Para a afirmação da hipótese de que é a educação do homem, prévia, dentro ou fora do Direito Penal, que proporcionará melhores resultados, foram acentuados aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários sobre o tema, resultando em pesquisa que se valeu do método jurídico-teórico e apresentou, em vista de referências a normas, regras e princípios gerais de forma a explicitar o conteúdo das premissas analisadas, raciocínio dedutivo, com o emprego de bibliografia especializada.

2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DA FAUNA

As leis são construções das sociedades. Consideram-se crimes apenas os fatos típicos previstos nas leis. Desta feita, o que hoje é caracterizado como crime decorreu de todo um processo histórico da sua construção enquanto tal. Tendo-se em vista os muitos séculos que constituem a história humana sobre a Terra e

a íntima relação que o homem sempre teve com os animais, a proteção jurídica dispensada a eles é um *novum* e resulta da mudança da concepção em relação às outras formas de vida: Afinal, os novos cenários que resultam da evolução reclamam leis a eles condizentes, o que não é diferente quando o caso se trata da relação do homem com os animais ((MOL;VENANCIO, 2014).

É sabido que sempre se conviveu com animais. Desde os tempos das cavernas aos dias de hoje, eles estão presentes na vida humana, mas a visão sobre eles vem se modificando ao longo da história. Hoje, muitas legislações já objetivam a tutela dos animais, seja devido ao entendimento da função ecológica que muitos deles exercem ou da sua utilidade, seja em razão do seu valor em si mesmo. No Brasil, as legislações relativas aos animais inicialmente tinham um caráter meramente patrimonial, visavam protegê-los enquanto propriedade, mesmo porque este era o viés observado desde as ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, as quais se voltavam, no que concerne ao tema, “para a garantia de interesses financeiros da Coroa portuguesa nos domínios coloniais. (PRADO, 2013, p.179-180).

No Código Criminal de 1830 e no Código Penal de 1890, não havia referência sobre condutas típicas referentes a animais; portanto, eles não gozavam de proteção penal (PRADO, 2013). Nas Constituições brasileiras anteriores à de 1988, fazia-se menção à competência para legislar sobre caça ou pesca, mas não havia nenhum dispositivo que efetivamente demonstrasse intenção de tutelar os animais contra a crueldade e abusos

humanos; o que se observava era apenas a regulação dessas atividades em razão de interesses econômicos.

A Constituição Federal de 1988 representa, por isso, um marco no tratamento jurídico dos animais no Brasil, visto que dispôs sobre a responsabilidade do Poder Público na proteção da fauna e ainda vedou taxativamente quaisquer práticas que provoquem extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, conforme se lê:

Artigo 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º Para assegurar a efetividade deste direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. (BRASIL, 2010)

A proteção visada pela Constituição Federal busca atingir todos os animais, sem distinção, sejam eles nativos, exóticos, domésticos ou domesticados. Disto, decorre que, em

nome do princípio de vedação da crueldade, constante no Art.225 da Constituição Federal, pode-se questionar a relação hodierna entre homem e animal. Rodeios, caças, brigas de cães e galos, uso científico dos animais, aprisionamento de pássaros, cativeiro em zoológicos, uso de animais como mão de obra ou como alimento e vestuário, todas essas atividades necessariamente deveriam ser consideradas no Brasil à luz do mandamento constitucional de vedação da crueldade para com os animais. E deveriam ser repensadas por isso.

A fim de implementar, na seara penal, essa tutela aos animais, foi editada a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9605/98), “com o objetivo de corresponder a essa perspectiva constitucional” (PRADO, 2013, p.184).

De fato, a Lei de Crimes Ambientais, em consonância com o disposto na Constituição Federal de 1988, tem uma seção destinada aos delitos contra a fauna. Dentre eles, está o delito que é objeto de análise neste artigo: o crime de maus tratos aos animais, cujo tipo penal é assim descrito na Lei 9605, de 1998:

Artigo 32 – Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

§1º - Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§2º - A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, 2010)

Como se lê, a pena para quem comete o crime de maus tratos é de três meses a um ano; trata-se, portanto, de delito de menor potencial ofensivo, nos moldes previstos na Lei nº 9099/95.

Com o surgimento das redes sociais e o acesso mais fácil a todo tipo de mídia, têm sido frequentes as notícias sobre as mais escabrosas e diversas formas de maus tratos a animais no Brasil. A sociedade, por sua vez, tem manifestado seu repúdio a essa conduta, clamando, muitas vezes, pelo aumento da pena para quem comete estes crimes. Mas será esse o caminho para a diminuição das ocorrências de maus tratos a animais? Enrijecer as penas é suficiente para mudar atitudes? Essas serão as perguntas que irão permear o estudo. Por outro lado, a abordagem recairá na análise de como as leis já vigentes podem ser utilizadas em favor da tentativa de conscientizar o infrator acerca de quem são os animais, das suas necessidades e capacidade de sofrer.

3. ANIMAIS COMO BEM JURÍDICO A SER TUTELADO PELO ESTADO

A tutela concedida a algo decorre da atribuição de valor a ele, pois, afinal, só se protege o que importa. No Direito, o que importa é considerado um bem jurídico. Resta saber o que efetivamente o Direito reconhece como sendo um valor. Mais especificamente, neste estudo, interessa a análise sobre se os animais têm valor intrínseco ou se dependem da valoração feita a bel prazer pelo homem.

O Direito Penal cuida, para a maioria da doutrina, da proteção aos bens jurídicos. Para Amaral (2005), só pode ser considerado bem jurídico aquilo que interessa ao homem, já que conceitua bem jurídico “como sendo a atribuição de utilidade que é feita pela sociedade ou pela pessoa para suprir as necessidades do ser humano, assegurando ou melhorando o bem estar físico ou psíquico do homem” (AMARAL, 2005, p.71). Ou seja, segundo essa concepção, o valor das coisas decorre da utilidade que elas apresentam para o ser humano.

Dentro desta perspectiva, o meio ambiente e a fauna só teriam valor enquanto úteis para a humanidade. Em função do interesse humano, se preservariam espécies e protegeriam animais contra crueldade. Quanto a esta última, a proteção aconteceria, na verdade, em função do sentimento de piedade humano, de modo que ninguém fosse constrangido a presenciar uma cena forte de violência ou sofrimento (EBERLE, 2006).

Amaral busca uma análise crítica da ideia de valor e apresenta a teoria subjetiva e objetiva do valor. Para a teoria subjetiva, o valor decorre da atribuição que alguém (sujeito) dá a

algo (objeto). Já para a teoria objetiva, o valor é inerente ao objeto. Nas palavras do autor, O valor existente no e pelo objeto se projeta no sujeito e neste determina certo estado afetivo (AMARAL, 2005, p.78).

No entanto, o autor apresenta uma perspectiva meramente antropocêntrica de bem jurídico, afirmando, conforme já salientado alhures, que só pode ser considerado bem jurídico aquilo que tem um interesse para o homem. Desta feita, o bem jurídico penal também só seria aquele carecedor de uma tutela mais rígida, em função da gravidade que sua lesão poderia acarretar para o homem, afinal, a razão de ser da tutela penal de determinados bens jurídicos é a necessidade de uma proteção mais vigorosa em prol da viabilidade da própria sociedade, “notadamente com implicações que anulam ou diminuem a liberdade de ir e vir, ou restringem outras liberdades de forma imperativa” (AMARAL, 2005, p.79).

A concepção de bem jurídico é de fundamental importância para uma argumentação sobre a proteção jurídica dos animais. Afinal, persiste a dúvida sobre se o que se tutela é o animal em si ou os animais em razão da sua utilidade para a humanidade.

Aqui se defende a ideia de que os animais têm um valor que lhes é intrínseco, independentemente da sua utilidade para a espécie humana. Isso porque o animal é um ser vivo, senciente e

que deve adentrar nossa esfera de consideração moral, como lecionava Jeremy Bentham (1738-1842):

Pode chegar o dia em que se reconhecerá que o número de pernas, a pele aveludada, ou a extremidade do os sacrum constituem razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível à mesma sorte. Que outro fator poderia demarcar a linha divisória que distingue os homens dos outros animais? Seria a faculdade de raciocinar, ou talvez a de falar? Todavia, um cavalo ou um cão adulto é incomparavelmente mais racional e mais social e educado do que um bebê de um dia, ou de uma semana, ou mesmo de um mês. Entretanto, suponhamos que o caso fosse outro: mesmo nesta hipótese, que se demonstraria com isso? O problema não consiste em saber se os animais podem raciocinar; tampouco interessa se falam ou não; o verdadeiro problema é este: podem eles sofrer? (BENTHAM, 1979, p. 63)

Nessa linha, Peter Singer defende que se o animal é ser vivo, capaz de sentir, ele deve ser valorizado por isso. Nas palavras do autor:

Se um ser sofre, não pode haver nenhuma justificativa de ordem moral para nos recusarmos a levar esse sofrimento em consideração. Seja qual for a natureza do ser, o princípio de igualdade exige que o

sofrimento seja levado em conta em termos de igualdade com o sofrimento semelhante – até onde possamos fazer comparações aproximadas – de qualquer outro ser. Quando um ser não for capaz de sofrer, nem de sentir alegria ou felicidade, não haverá nada a ser levado em consideração. É por esse motivo que o limite da sensibilidade (...) é o único limite defensável da preocupação com os interesses alheios. (SINGER, 2002, p. 68)

É dentro da perspectiva do animal como um fim em si mesmo que será analisada a atuação do Direito Penal no que se refere à tutela dos animais contra maus tratos. Se os animais têm valor, são juridicamente relevantes. A forma como o Direito Penal poderá atuar no sentido de contribuir na implementação da sua proteção é o tema ora em análise.

4. O DIREITO PENAL MÍNIMO

Ao passo que aqui se defende os animais como bens jurídicos passíveis de tutela penal, também acredita-se que o Direito Penal não é a mão mágica que recairá sobre a Terra livrando os homens de todos os males que eles causam aos outros, sejam eles humanos ou animais. O Direito Penal atua delimitando o que não deve ser feito (tipo penal) e punindo quem, em

desobediência à lei, o faz (sanção penal). O fato de uma conduta ser criminalizada sinaliza o valor que se atribui ao bem jurídico tutelado. Assim sendo, considerar a conduta de maltratar animais como crime representa um avanço legislativo e, mais ainda, uma valoração do animal, que deve ser privado de dores desnecessárias.

É inegável que quem maltrata animais deva receber uma resposta penal. Porém, aqui, o que se discute é qual deve ser a resposta penal adequada para coibir que o comportamento lesivo ao animal (como bem jurídico) se repita. A educação, a empatia e a ética são as principais ferramentas para a mudança de comportamento em relação aos outros. Só por meio da internalização do outro enquanto ser vivo, passível de sofrer, com necessidades e sentimentos, haverá uma mudança de atitude. Neste sentido, “[...] a crise que se vive atualmente é, em essência, uma crise ética, ou seja, de valores, que está intimamente ligada ao modo como o homem se relaciona com o seu mundo natural.” (WOLKMER; PAULITSCH, 2011, p. 221)

Dentro desta perspectiva, na hipótese de ocorrência do crime de maus tratos, aqui em foco, o Direito Penal deve ser utilizado não para saciar o desejo de vingança que permeia as relações humanas, visto que tal postura conduziria à Lei de Talião. Outrossim, o Direito Penal pode ser utilizado como instrumento de reeducação do infrator, de um despertar dele para a empatia em relação aos outros seres vivos. Retribuir o mal com o mal através de penas severas, cárceres lotados ou privações é menos

importante do que reconduzir um cidadão para outro caminho e, assim, contribuir para que esse ser humano, no contexto denominado infrator, tenha possibilidade de reavaliar suas condutas e repensar a sua postura diante das outras formas de vida.

Esse pensamento se coaduna com o entendimento de que as penas, no sentido de privação de liberdade, imposição de sofrimento ao infrator pelo cárcere, devem atuar como medidas subsidiárias, a serem adotadas quando nenhum outro ramo do Direito for aplicável e nem mesmo os mecanismos de substituição de pena do Direito Penal forem cabíveis. Afinal, o caráter subsidiário e fragmentário de tutela do bem jurídico reclama que a punição só aconteça quando indispensável for para a vida em comunidade e não se legitima, pois, pela aplicação diante de qualquer lesão a bem jurídico, pois se trata de instrumento de reserva, cabível “quando, e somente quando, os demais ramos do direito forem insuficientes para resguardar os bens jurídicos atacados” (AMARAL, 2005, p.43), ante a necessidade de uma mais severa resposta estatal somente alcançável por meio do direito penal.

Enrijecer as penas para o crime de maus tratos a animais poderia dar à sociedade a ilusão de justiça, de proporcionalidade entre o mal causado e o castigo sofrido. Porém, o medo das penas não é a ferramenta mais eficaz para coibir os comportamentos criminosos. Por outro lado, altos investimentos em educação, em

formação ética das pessoas ou em transposição de valores têm o condão de atuar *a priori*, prevenindo condutas lesivas ao ordenamento jurídico, enquanto as penas representam simplesmente o porvir, a resposta estatal ao crime já cometido, ao mal já causado, mesmo porque a intervenção do Direito Penal “[...] é sintomatológica e não etiológica, pois atinge os problemas sociais em suas consequências e não em suas causas. Daí se dizer que mais leis penais, mais juízes, mais prisões, significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos (JEFFERY)” (QUEIROZ, 2001, p.56).

A violência contra animais, contra crianças e até mesmo contra mulheres e idosos é, muitas vezes, reflexo da normalidade que esse comportamento adquire em determinados meios. Por isso, o trabalho de conscientização, de despertar para a empatia, é tão mais importante do que enrijecer penas, mesmo porque sendo o homem – e por isso também o delinquente – produto do meio “[...] não faz muito sentido buscar não a modificação das estruturas do sistema social, mas a modificação dos esquemas de valores das pessoas individualmente consideradas”.(QUEIROZ, 2001, p.62), malgrado se reconheça que o Estado não tem como forçar os homens a serem bons e o cidadão “[...] se bem que tem o dever jurídico de não cometer fatos delitivos, tem o direito de ser interiormente malvado e de seguir sendo o que é”. (QUEIROZ, 2001, p.62-63). Compete ao Estado, todavia, o dever de, pelo menos, tentar reeducar, recuperar, ressocializar o infrator com

vistas ao bem comum, nele abrangido o bem das outras formas de vida para além dos humanos.

Dentro desta perspectiva, considerando-se a realidade inerente ao cumprimento das penas privativas de liberdade no Brasil, aposta-se que, sendo possível utilizar outros instrumentos legais, que não o cárcere, estes devem ser priorizados, com vistas à busca por uma nova postura do infrator. Isto porque se reconhece que, na prática, as prisões “[...] não são senão escolas de especialização no crime, que não ressocializam, mas dessocializam, que não civilizam, antes embrutecem que não moralizam e sim corrompem” (QUEIROZ, 2001, p.63).

Importa salientar que dentro dessa linha de raciocínio, não se pretende tornar irrelevante a lesão ao bem jurídico (animais), mas apenas buscar, criteriosamente, formas alternativas, sem prejuízo, todavia, de “preservar a adequada tutela jurídica dos relevantes valores sociais insitos a tais bens.” (BALEEIRO NETO; RIBEIRO, 2015).

Diante destas considerações, defende-se um Direito Penal mínimo, subsidiário, mas rígido e efetivo no sentido de levar a sério sua responsabilidade perante a sociedade, mediante o bom uso dos instrumentos legais já existentes.

5. MAUS TRATOS A ANIMAIS

Conforme mencionado nos tópicos anteriores, o crime de maus tratos a animais está previsto no art.32 da Lei 9605/98, que prevê, no *caput*, as condutas de praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais, sejam eles silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, assim explicadas por Santana e Santos (2013):

Depreende-se que o legislador elegeu como condutas cruéis: abusar, que consiste em exigir esforço excessivo do animal ou utilizá-lo de forma inadequada; maltratar, submetê-lo à privação de alimentos e cuidados ou tratar com violência; ferir, causar ferimentos, fraturas, contusões, etc.; mutilar, decepar ou cortar parte do corpo do animal. (SANTANA; SANTOS, 2013, p. 153)

Para comprovar que o animal está em situação de maus tratos pode-se recorrer à prova material e também à testemunhal e documental. Todo cidadão que presenciar uma cena de maus tratos pode atuar em benefício do animal, arrolando outras testemunhas, chamando profissionais para realizar perícia e, por fim, informando aos órgãos competentes sobre a ocorrência do fato delituoso. Embora não haja hierarquia entre as provas, as periciais, feitas por profissionais, atestam de forma científica e técnica a ocorrência do crime, motivo pelo qual contribuem bastante para o convencimento do juiz.

Para quem convive e gosta de animais, as condutas previstas no *caput* podem ser facilmente verificadas no dia a dia da relação homem/animal. Uma vez percebida a sensibilidade dos animais e aflorada a empatia para com eles, cresce o número de comportamentos intoleráveis dos quais são vítimas. Essa é uma das razões pela qual se defende aqui que uma efetiva mudança de comportamento em relação aos animais passa primordialmente pela conscientização das pessoas acerca de quem eles são e da sua capacidade de sentir dor, amor, medo, fome e sede.

Criminalizar condutas pode simbolizar a reprovação estatal dessas ações, mas a verdadeira transformação de comportamentos demanda muito mais do que a letra fria da lei ou a ameaça abstrata de punição: é preciso despertar a empatia e uma nova postura ética em relação aos animais. E isso o Direito Penal não poderá fazer se for esvaziado do seu papel de oportunidade de reeducar. Essa postura é referendada quando se analisa o conceito de crueldade na doutrina exposto:

[...] a crueldade, seja do tipo sádico (movida pelo prazer do agente em fazer o outro sofrer) seja brutal (envolvendo, em vez de gozo, a indiferença ao sofrimento causado ao outro), quer perpetrada de forma ativa (expressa por um comportamento comissivo, v.g. agressão física), quer passiva (incluindo atos de omissão e negligência, e.g. abandonar o

animal de estimação à própria sorte), implica referência ao estado mental do agente, - como prazer ou indiferença perante o sofrimento alheio -, sendo, assim, uma base inadequada para fundamentar nossas obrigações, pois, “o modo como a pessoa se sente sobre aquilo que a pessoa faz é logicamente distinto da avaliação moral daquilo que a pessoa faz. (SANTANA; SANTOS, 2013, p. 157)

Se a crueldade é uma percepção subjetiva, inerente ao agente, eis mais uma razão pela qual se defende que uma mudança significativa na forma como o homem trata os animais passa, necessariamente, pela internalização do fato de que o animal é um ser vivo, senciente, bem como de que se deve frear os instintos agressivos em prol do bem estar de outrem, seja ele um humano ou animal.

Aristóteles (2005) ensinava que a capacidade de refletir sobre o que é o bem e agir de acordo com ele é um distintivo do homem. Por tal razão, segundo o filósofo grego, “como cada uma destas características pertence ao homem bom em relação a si mesmo, e ele se relaciona com seu amigo de modo idêntico como se relaciona consigo mesmo [pois o amigo é um outro ‘eu’]” (ARISTÓTELES, 2005, p.201).

Frente a isso, nada mais claro do que a necessidade de se difundir o bem, as boas ideias e os comportamentos louváveis tanto de uns para com os outros, quanto dos humanos para com

os animais. Cientes do que é o bem, a tendência é agir nele também em relação aos outros. Este o motivo porque aqui se defende que aumentar penas, visando ao cárcere, dará resultados menos satisfatórios do que investir em educação e conscientização.

6. POR UMA APLICAÇÃO EFETIVA DA PENA

Afora os casos de tráfico de animais, cuja potencialidade lesiva deveria ser considerada em apartado pelo legislador, o fato das penas previstas na lei de crimes ambientais conduzirem ao Juizado Especial é benéfico para a causa ambiental e de defesa animal, pois pode personalizar o contato entre o judiciário e o infrator, buscando o seu convencimento acerca da ilicitude da sua conduta.

A diminuição dos casos de maus tratos a animais na sociedade brasileira está menos atrelada ao *quantum* da pena prevista para este crime do que a ausência de empatia e sensibilidade em relação a estes seres. Aumentar a pena para quem maltrata animais não resolverá o problema da crueldade contra eles, uma vez que o Direito Penal atua mais sobre as consequências do delito do que em sua efetiva prevenção. Não há, pois, uma atividade prognóstica, mas apenas repressiva. Além disso, penas mais rígidas retirariam os crimes contra animais do

âmbito do juizado especial, o que privaria o Ministério Público da oportunidade de trabalhar ativamente na reeducação do infrator, bem como na sua conscientização acerca da necessidade de uma postura mais ética em relação aos animais. Se bem aproveitada, a exemplo do que tem ocorrido na Comarca de Belo Horizonte, Minas Gerais, esta é uma oportunidade ímpar de acolher o infrator e ofertar-lhe a chance de refletir sobre sua conduta, o que poderá repercutir beneficentemente tanto em relação ao seu tratamento com os animais como em suas relações com o outro, pois em ambas as situações o que falta ao infrator é empatia, alteridade, respeito ao outro e a outras vidas.

Animais são objetos materiais de delito passíveis de serem tutelados pelo Estado. Para uma efetiva mudança de comportamento em relação a eles, é preciso uma nova postura ética, não bastando criminalizar ou aumentar as penas. O Direito Penal, como sói ocorrer, deve ser a *ultima ratio* também no crime de maus tratos a animais, ou seja, deve ser utilizado apenas quando não resolvida a questão pela intervenção administrativa preventiva ou mesmo por outros ramos do direito. Isso porque a maior atuação estatal deve ser no sentido de evitar os crimes contra animais, o que só ocorrerá caso incrementado o grau de consciência do homem para entendê-los enquanto seres vivos e sensíveis. Para tanto, é preciso instrução, educação e formação ética.

Por isso, mesmo na hipótese de já ter ocorrido o crime contra o animal, o Direito Penal deve, sempre que possível, em

prol da educação do infrator, atuar dentro desta esfera: fazendo do comparecimento do autor em juízo, da audiência preliminar e da pena uma oportunidade de conscientização acerca do dano causado a um ser vivo.

Outrossim, ao se tratar do crime de maus tratos a animais, é importante que a resposta penal seja utilizada como ferramenta para coibir e evitar futuras infrações e também a reincidência. Isso só será efetivamente alcançado se o infrator for atingido na sua forma de pensar e for convencido da necessidade de mudança na sua postura em relação aos animais. Essa é uma realidade já experimentada na Comarca de Belo Horizonte, em Minas Gerais, onde a Promotoria de Justiça de Defesa da Fauna desenvolveu, em parceria com diversas entidades, o intitulado Projeto Pássaros. Em breve análise, este projeto consiste na priorização da conscientização do infrator em detrimento a outras medidas alternativas que não tenham relação com o delito contra animais praticado. É o que se depreende das palavras de Moreira (2014), sua idealizadora:

[...] decidiu-se que a audiência ambiental seria realizada em duas etapas: a primeira de conscientização acerca das funções ecossistêmicas dos animais silvestres, mediante a reunião dos beneficiários numa sala multimídia para visualização do vídeo “Cutieira”, episódio do Programa “Um pé de

quê”, apresentado pela atriz Regina Casé e com entrega de material informativo sobre a audiência ambiental e posteriormente, com a entrega de cartilha sobre a fauna silvestre. Na segunda etapa de negociação, os infratores eram levados a uma sala específica, com conciliadores do Juizado, na qual lhe eram ofertadas a composição civil e a transação penal, decorrente do dano ambiental gerado pela manutenção de animais silvestres em cativeiro irregular.

Caso os infratores recusassem as propostas ou não preenchessem os requisitos objetivos ou subjetivos para o deferimento da transação penal era-lhes oferecida denúncia, após a qual os denunciados novamente passavam pela audiência em pauta ambiental e recebiam a oportunidade de entabular acordo de reparação civil e suspensão condicional do processo. (MOREIRA, 2014, p.63)

Como se vê, a audiência preliminar é utilizada como instrumento para conscientizar o infrator, seja por meio de vídeos educativos, seja por cartilhas com o mesmo fim. Toda a postura judiciária visa, nesta audiência, oportunizar ao infrator o despertar para uma nova sensibilidade em relação aos animais e ao meio ambiente, o que se coaduna com o que se afirma no decorrer deste trabalho.

O crime de maus tratos aos animais é considerado pela Lei 9099/98 como sendo de menor potencial ofensivo (art.61); por

isso, ao infrator, poderá ser proposta a transação penal, pela qual podem ser aplicadas penas restritivas de direitos ou multa, conforme propuser o Ministério Público. Quando se tratar de crime de maus tratos a animais, a transação penal pode ser utilizada como mais uma oportunidade de chamar o infrator a um comprometimento efetivo com o mandamento constitucional que veda quaisquer práticas que submetam os animais à crueldade. O leitor pode estar se perguntando como isso pode ser possível. E a resposta é uma vez mais: por meio da conscientização. Esta pode se dar através de trabalhos em parques, canis, ONG's protetoras de animais e participação em eventos que digam respeito ao assunto.

Nesse sentido, em se tratando de infratores contra a fauna silvestre, a resposta encontrada na Comarca de Belo Horizonte foi o cumprimento da transação penal mediante o trabalho em parques, por meio da assinatura de um Termo de Cooperação Técnica entre o Ministério Público de Minas Gerais e a Fundação Municipal de Parques, que se comprometeu a receber serviços assistenciais dos infratores da fauna e a monitorar o cumprimento das medidas em nove parques, localizados em regiões distintas da cidade. Como contraprestação, os recursos provenientes das transações ambientais realizadas no Juizado Especial criminal foram encaminhados à Fundação, mediante prestação de contas (MOREIRA, 2014).

É importante ressaltar que toda esta argumentação aqui desenvolvida refere-se aos infratores primários, com bons antecedentes e cuja conduta permita que seja conveniente esse tipo de acordo em sede de transação penal.

Vê-se, pois, que o direito penal não é mecanismo para aplicação de propósitos de vingança, tal qual a Lei de Talião. Repetidamente afirma-se que retribuir o mal com o mal não torna esse mundo melhor. Por isso, ao invés de penas mais duras contra quem maltrata animais, o Poder Público, através da parceria entre órgãos e entidades, deve buscar penas mais efetivas, no sentido de que sejam mais eficazes no convencimento a uma postura diferente perante outros seres vivos. Oportuno dizer que maltratar um animal é ato criminoso, de grande reprovabilidade, por se tratar da agressão a um ser vulnerável. A conduta de agredir quem não pode se defender pauta-se na ausência de empatia para com o outro e na covardia perante os mais fracos. E isso se aplica a todo tipo de agressão, inclusive àquela dirigida a outro ser humano que, por qualquer circunstância, seja ou esteja vulnerável em relação ao agressor. Por isso, vislumbra-se no encontro com aquele que cometeu crime de maus tratos a animais a possibilidade de tocar o ser humano, contribuindo para que ele internalize valores éticos que serão levados vida afora.

Oportunizar ao infrator um acordo em sede de transação penal não significa, pois, esmorecimento da justiça, muito menos impunidade e, dentro do que aqui se propõe, pode representar uma transformação do ser humano, mediante chamado à

mudança de atitude em relação aos mais frágeis, sejam eles humanos ou animais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O maior objetivo de toda sociedade deve ser a convivência pacífica entre seus membros, com respeito às liberdades individuais e limitação ética dos comportamentos. O Direito Penal tem, neste contexto, atuação subsidiária, devendo atuar como *ultima ratio*, punindo quem contraria os mandamentos legais. Mas em que consiste a punição? Quais são os objetivos efetivos das penas? Neste artigo, ousou-se defender que, em se tratando de crimes contra animais, a finalidade principal da pena deve ser a reeducação do infrator, a oportunidade de refletir sobre sua conduta lesiva à vida de outro ser vivo e senciente. Esse papel pode ser muito bem desempenhado, mediante atuação do Ministério Público, nos juizados especiais. Reconhecidos por sua celeridade e simplificação do processo, esses juizados podem ser importantes aliados na conscientização dos infratores em crimes contra a fauna, objetivando principalmente – como deve ser em todo crime – a redução da criminalidade.

Diante disto, acredita-se que criar novos tipos penais ou enrijecer a legislação já existente, não contribuirá, por si só, para a

redução dos crimes contra animais. Disto resultaria que estes crimes cairiam na competência da justiça comum, competindo em mesas lotadas de juízes que decidem sobre homicídios, tráfico, etc. Além disso, diante da realidade do atual sistema carcerário no Brasil, descredita-se na pena enquanto reeducadora do infrator. Não se vislumbra em presídios o lugar ideal para despertar a empatia para com outros seres. Por outro lado, a pena nos casos de crime de maus tratos contra animais pode ser utilizada como ferramenta de conscientização do infrator. Para tanto, os juizados especiais podem atuar no sentido de priorizar a educação ambiental e a empatia, fazendo da audiência preliminar uma oportunidade para formação ética e conscientização do infrator, a exemplo do que ocorre na Comarca de Belo Horizonte/MG.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Claudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: Mizuno, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BALEIRO NETO, Diógenes; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Medidas despenalizadoras e proteção penal do meio ambiente**. 2015. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1a47e38c424a51ab>>. Acesso em: 4 jan. 2017.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores)

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil Exploitation at Virunga Park as a Threat to the Environment and to Endangered Animal Species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11- 29 , set./dez. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010.

BRASIL. Lei 9605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010.

EBERLE, Simone. **Deixando a sombra dos homens: uma nova luz sobre o estatuto jurídico dos animais.** Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2006.

MOL, Samylla; VENÂNCIO, Renato. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história.** Rio de Janeiro: FGV, 2014.

MOREIRA, Lilian Maria Ferreira Marotta. **Proteção jurídica da fauna silvestre no Brasil: fundamentação filosófica e deveres**

constitucionais. Dissertação de Mestrado apresentada na Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente.** 5 ed.rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito penal:** legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTANA, Luciano Rocha; SANTOS, Clarissa Pereira Gunça. **O crime de maus tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova da materialidade e autoria.** *In:* MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.). Crimes Ambientais: comentários à Lei 9605/98. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SINGER, Peter. **Ética prática.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. **Ética Ambiental e Crise Ecológica: reflexões necessárias em busca da sustentabilidade.** *In: Revista Veredas do Direito*, v. 8, n. 16, p. 211-233, 2011.

**O PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL BRASILEIRO E O
DESASTRE AMBIENTAL DE MARIANA SOB O ENFOQUE
DAS AÇÕES TEMÁTICAS**

**EL PROCESO COLECTIVO AMBIENTAL BRASILEÑO Y EL
DESASTRE AMBIENTAL DE MARIANA POR LA VÍA DE
LAS ACCIONES TEMÁTICAS**

Davi de Paula Alves¹

RESUMO: O objetivo do presente artigo consiste na análise do desastre ambiental ocorrido em Mariana – MG, que provocou imensos prejuízos ao meio ambiente, sob o enfoque das ações coletivas temáticas, a fim de que se investigue se o modelo de processo atualmente utilizado realmente atende as diretrizes constitucionalmente estabelecidas. O sistema atual de tutelas coletivas é insuficiente para o pleno tratamento dos direitos metaindividuais e o CPC, por mais que seja novo, não foi elaborado com objetivo primordial de solucionar os problemas e as demandas específicas da tutela coletiva. Deste modo, as ações temáticas em matéria constituem uma proposição importante

¹ Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG; Especialista em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas-FAPAM; Pós-graduando em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Faculdade Educacional da Lapa-FAEL; Bacharel em Direito pela Faculdade de Pará de Minas-FAPAM.

para viabilizar a plena participação daqueles que, de fato, foram envolvidos e sofreram prejuízos em razão do desastre ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Ações temáticas; Democracia; Processo participativo.

RESUMEN: El objetivo de la presente investigación consiste en el análisis del desastre ambiental ocurrido en Mariana - MG, que provocó inmensos perjuicios al medio ambiente, bajo el enfoque de las acciones colectivas temáticas, a fin de que se examine si el modelo de proceso actualmente utilizado realmente atiende las directrices constitucionalmente establecidas. El sistema actual de tutelas colectivas es insuficiente para el pleno tratamiento de los derechos metaindividuales y el CPC, por más que sea nuevo, no fue elaborado con objetivo primordial de solucionar los problemas y las demandas específicas de la tutela colectiva. De este modo, las acciones temáticas en materia constituyen una propuesta importante para viabilizar la plena participación de aquellos que, de hecho, fueron involucrados y sufrieron perjuicios en razón del desastre ambiental.

PALABRAS CLAVE: Acciones temáticas; Democracia; Proceso participativo.

INTRODUÇÃO

O tema escolhido para a elaboração deste estudo de pesquisa se justifica na relevância e na repercussão que o

rompimento da barragem de Mariana-MG, em 05 de novembro de 2015, gerou em todo o mundo. Trata-se do pior acidente ocorrido na mineração brasileira e, ao mesmo tempo, do maior desastre ambiental já registrado no país.

A barragem de Fundão (Mariana – MG), que pertencia à empresa Samarco, que, por sua vez, pertence à Vale e à BHP Billiton, continha uma grande quantidade de rejeitos de minério. Ao se romper, esses rejeitos invadiram o povoado de Bento Rodrigues (Mariana – MG), matando 19 (dezenove) pessoas e afetando ecologicamente o Rio Doce e várias cidades banhadas por ele. A lama de rejeitos afetou todo o rio e alcançou o mar no estado do Espírito Santo, o que prejudicou a fauna, a flora, o Rio Doce, além de afetar o abastecimento de água de inúmeras cidades, sem contar outros desdobramentos que o acidente causou.

Neste contexto, parece surgir um desafio para o direito brasileiro, consistente na proteção efetiva dos direitos de todos os envolvidos. A análise do caso, sob o ponto de vista jurídico, se mostra muito importante para toda a sociedade brasileira, uma vez que o estabelecimento de parâmetros de discursividade no âmbito da jurisdição se mostra necessário para que os cidadãos afetados pelos danos ambientais tenham condições de participar da construção da decisão jurisdicional.

É importante analisar o caso no âmbito das tutelas coletivas, estudando-se os parâmetros jurídico-constitucionais a

serem utilizados para o caso, de modo a viabilizar uma tutela coletiva mais efetiva e que busque solucionar, ao máximo, os problemas apresentados.

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema - como o desastre ambiental ocorrido em Mariana-MG sob o enfoque das ações coletivas temáticas, a fim de verificar se o modelo de processo atualmente utilizado realmente atende as diretrizes constitucionalmente estabelecidas. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

2. O TRATAMENTO COLETIVIZADO DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

Por assumir características distintas do direito individual, o direito coletivo merece uma sistematização

específica, a fim de que os direitos transindividuais sejam protegidos de forma mais efetiva. Na verdade, a tutela coletiva se mostra mais benéfica aos envolvidos, em razão da possibilidade de uma solução de conflitos de forma equitativa e isonômica consubstanciada por uma mesma resposta jurisdicional a todos os jurisdicionados. Na visão de Flávia Hellmeister Clito Fornaciari,

a tutela coletiva dos direitos não somente é benéfica aos autores, mas também, em tese, aos réus, no que toca à economia processual. Isto porque, mesmo num caso de procedência do pedido, o desgaste desse réu com apenas um processo, ainda que mais longo, mais complexo e mais trabalhoso, será sempre menor do que aquele havido com centenas de outros processos individuais, de modo que se lhe permite angariar forças e recursos financeiros para sua defesa com maior rigor. Assim, o benefício da economia processual, tanto para o Estado-Juiz, como para o autor ou mesmo do réu, é evidente. (FORNACIARI, 2010, p. 28).

Embora seja um importante ramo da ciência jurídica, o direito e o processo coletivo não receberam do legislador brasileiro um diploma normativo exclusivamente dedicado à matéria. Tem-se, no entanto, dispositivos normativos

fragmentados em vários diplomas, os quais, em conjunto, formam um microsistema.

Com efeito, pode-se dizer que o sistema processual coletivo brasileiro é composto, em princípio, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e, dependendo do direito a ser tutelado/protegido, são aplicadas as normas específicas (por exemplo: Lei dos portadores de necessidades especiais - Lei nº 7.853/89; Estatuto da criança e do adolescente - Lei nº 8.069/90; Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - Lei nº 8.938/81, etc.), além do Código de Processo Civil (CPC).

Entretanto, é sabido que o CPC brasileiro se baseia eminentemente no direito individual, não tendo sido pensado e trabalhado sob a ótica do direito e processo coletivo. Tem-se, desde modo, que os procedimentos cognitivo, executivo, recursal e cautelar adotam parâmetros extraídos dos direitos individuais. O jurista Renato Rocha Braga pontua que,

Com a moderna sociedade se tornando cada vez mais complexa, surgindo o fenômeno da massificação, decorrente da Revolução Industrial e conseqüências, certos institutos jurídicos se viram ultrapassados em relação à realidade. A visão puramente individualista do direito, v.g., em uma coincidência perfeita entre o titular de um direito e o legitimado para exercê-lo perante o Estado-juiz (legitimação ordinária), tornou-o inadequado para regular com perfeita idoneidade os

conflitos surgidos no âmbito dos direitos metaindividuais. [...] Em suma, ao lado dos tradicionais direitos subjetivos e potestativos individuais, o Estado passou a conhecer outras espécies de direitos, aqueles ligados a um contingente enorme de indivíduos, por vezes completamente indetermináveis (como no caso dos direitos difusos). (BRAGA, 2000, p. 43)

Ainda sobre o tema, Renato Rocha Braga preleciona que

O reconhecimento de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos demonstrou que os tradicionais conceitos de direito processual civil não mais se adequavam à sua proteção, visto que, historicamente o processo já chegou a ser visto como contrato e quase-contrato. (BRAGA, 2000, p. 44)

Pode-se verificar, pelas citações ora colacionadas, que o direito processual civil tradicional não tinha em mente a visão coletiva e a necessidade de proteção diferenciada dos direitos e interesses metaindividuais. Por esta razão emerge a necessidade de analisar se os institutos trazidos pelo Processo Individual são suficientes para a proteção dos direitos metaindividuais,

principalmente no que se refere às lides provocadas pelos desastres ambientais.

Tal análise se torna ainda mais relevante quando o direito metaindividual estudado é o que se relaciona ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A definição de meio ambiente equilibrado como direito fundamental é extraída do artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

Conforme as lições de Celso Antônio Pacheco Fiorillo,

Fica evidente que a definição jurídica de meio ambiente está circunscrita à *tutela da vida em todas as suas formas*, ou seja, o direito ambiental se ocupa da defesa jurídica da vida no plano constitucional. O direito à vida em todas as suas formas, estabelecido no art. 225 da Constituição Federal, deve ser *ecologicamente equilibrado*, ou seja, restou assegurado o direito à vida relacionado com o meio, com o recinto, com o espaço em que se vive. (FIORILLO, 2012, p. 54)

Na visão da professora Isabela Dias Neves,

A proteção ambiental, **entendida como direito fundamental**, faz com que ela deixe de ter um interesse menor ou acidental no ordenamento, para alcançar o ponto máximo, privilégio que outros valores sociais relevantes, só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram conquistar. Dentre outros

benefícios diretos, tem-se a sua aplicabilidade imediata, na medida em que, conforme preceitua o art. 5º, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (NEVES, 2014, p. 24) (grifou-se)

Importante mencionar que o meio ambiente como direito fundamental, tal como pontuou a Professora Isabela Dias Neves, possibilita a atuação imediata dos operadores do direito, não sendo possível, portanto, a não atuação do sistema protetivo em razão da ausência de mecanismos jurídico-normativos infraconstitucionais, eis que *“a Constituição tem papel preponderante na garantia e na satisfação dos direitos e das garantias fundamentais, sendo estes autoaplicáveis e, por isso, não dependem de qualquer norma para a sua eficácia”* (NEVES, 2014, p. 183).

Na perspectiva da proteção imediata do meio ambiente, Isabela Dias Neves, em sua tese de doutorado, estabeleceu como parâmetro para a concessão de tutelas de urgência a aplicação do princípio da precaução, interpretado a partir do princípio 15 da DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, que assim dispõe:

Princípio 15

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Segundo Isabela Dias Neves, *“a falta de certeza científica não deverá ser utilizada como razão para se adiar adoção de medidas eficazes, que impeçam a degradação do meio ambiente sobretudo em função dos custos dessas medidas”* (NEVES, 2014, p. 48-49). De outro lado, tem-se que a responsabilidade civil pela causação de danos ambientais é matéria disciplinada na Constituição da República que, em seu artigo 225, § 3º, dispõe que

as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, **independentemente da obrigação de reparar os danos causados.** (grifou-se)

Neste aspecto, pode-se afirmar que a obrigação de reparar o dano ambiental é fruto de um mandamento constitucional e, por isso, merece um estudo aprofundado.

3. O CPC/2015 E AS MEDIDAS APLICÁVEIS À TUTELA AMBIENTAL

Por mais de quarenta anos vigorou no país um código processual que pouco contribuía para o tratamento coletivizado dos direitos. Isto se deve ao fato de que, na época em que foi editado, o legislador do código de processo civil de 1973 (Lei nº 5.869/73) não tinha ideia da onda de coletivização dos direitos que, no mundo, começou a nascer na década de 1970 e que no Brasil só ganhou força a partir de 1988, com a promulgação da Constituição da República.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) não mudou a sistemática individual do código anterior, mas preocupou-se em dar um tratamento coletivizado dos direitos de alguma forma. Seu texto original previa, no art. 333, a possibilidade de conversão de uma demanda individual em demanda coletiva, na hipótese em que o direito vindicado na ação, por um indivíduo, possuía natureza transindividual³. Entretanto,

³ LEI Nº 13.105/2015. Artigo 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo artigo 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor),

o dispositivo normativo foi vetado e não incorporou o texto promulgado em 16 de março de 2015.

Por outro lado, o código, dentre outras inovações, criou o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas, como um instrumento dos Tribunais para homogeneizar demandas múltiplas, mas de mesma natureza⁴. Para a sua instauração, é

e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no artigo 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no artigo 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

⁴ LEI Nº 13.105. Artigo 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

[...]

Artigo 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal:

I - pelo juiz ou relator, por ofício;

II - pelas partes, por petição;

III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

Artigo 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

necessário que haja a comprovação da efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, bem como risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Verifica-se que há uma preocupação com a segurança jurídica, já que múltiplas ações de mesma natureza ajuizadas em juízos distintos naturalmente correm o risco de terem julgamentos distintos. Deste modo, o incidente de resolução de demandas repetitivas pode funcionar como uma medida uniformizadora das decisões, o que acarreta maior isonomia aos jurisdicionados.

No caso do desastre ocorrido em Mariana, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo já se utilizou do incidente de resolução de demandas repetitivas para solucionar os casos de moradores do estado que sofreram danos em razão da falta de água provocada pelo desastre. A turma de uniformização do referido tribunal entendeu que, para cada postulante, seria cabível a indenização por danos morais no valor de R\$1.000,00 (um mil reais) da empresa Samarco Mineração S/A⁵.

⁵ TJES. COLÉGIO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. TURMA DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI. EMENTA: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - 040/2016. SUSCITANTES MAGISTRADOS COMPONENTES DA TURMA RECURSAL REGIÃO NORTE. INTERRUÇÃO ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL. ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE REJEITOS DE FUNDÃO NO ESTADO DE MINAS GERAIS. POLUIÇÃO DO RIO DOCE. DECISÕES

É importante salientar que, apesar de ser uma importante medida, o incidente de resolução de demandas repetitivas não resolve o problema do tratamento coletivizado dos direitos no Brasil, uma vez que se trata de um procedimento de coletivização de direitos exigidos judicialmente pela via do processo individual.

CONFLITANTES. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA SAMARCO MINERAÇÃO S/A. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR DANOS A TERCEIROS. DANO MORAL CONFIGURADO. FIXAÇÃO DANO MORAL EM R\$ 1.000,00 (UM MIL REAIS) PARA TODAS AS AÇÕES. REPARAÇÃO PELOS DANOS MORAIS INDIVIDUALMENTE. NECESSIDADE APRESENTAÇÃO CONTA ABASTECIMENTO DE ÁGUA - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, autuado sob o nº 040/2016, deflagrado pelos MAGISTRADOS COMPONENTES DA TURMA RECURSAL REGIÃO NORTE, apontando dissensões nas decisões das inúmeras ações protocolizadas junto aos Juizados Especiais Cíveis, sendo conflitante o reconhecimento do dano, bem como valores lançados em sentenças totalmente divergentes. Ações visam à reparação civil decorrente de ato ilícito praticado pela empresa SAMARCO MINERAÇÃO S/A, tendo como causa de pedir os danos advindos da falha na prestação de serviços, que resultou no rompimento de barragens de rejeitos de Fundão no Estado de Minas Gerais, interrompendo o abastecimento de água potável nas cidades banhadas pelo Rio Doce, bem como na Vila de Regência, município de Linhares. Adoção da Teoria do Risco Integral para os casos de dano ambiental, responsabilidade objetiva da Samarco Mineração S/A. Responsabilidade objetiva por danos a terceiros. Dano Ambiental Individual, também chamado de dano ricochete ou reflexo. Cada munícipe lesado tem o direito constitucional de ser integralmente reparado na sua esfera individual pelos danos sofridos, desde que morador da área afetada. Danos Morais fixados pela falta de abastecimento de água em R\$ 1.000,00 (um mil reais), na forma individual, para todas as ações ajuizadas. Necessária apresentação conta de abastecimento de água comprovando o domicílio do postulante se residente na área afetada. Colégio Recursal dos Juizados Especiais.

A solução para o país, sobretudo para o abarrotamento de processos no Judiciário, é que as demandas coletivas aumentem e que, ao mesmo tempo, as demandas individuais diminuam, a fim de que, de fato, a segurança jurídica se instaure para que seja implementada a verdadeira isonomia.

Neste diapasão, ideal seria que as demandas já se iniciassem coletivas, sem a necessidade de a máquina judiciária ser movimentada inúmeras vezes em razão de uma mesma relação jurídica.

O legislador brasileiro ainda não encontrou, seja por desconhecimento, seja por falta de vontade política, razões para a edição de um código processual voltado para as tutelas coletivas, e por isso existiu, por parte dos estudiosos do direito coletivo, um tremendo esforço para se criar um microsistema de processo coletivo, o qual é formado, basicamente, conforme já mencionado, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), associados à lei que rege a matéria a ser debatida em juízo.

É correto afirmar que, se não fosse um sistema protetivo de plena efetividade, não seria chamado por muitos de *microsistema*, como se fosse uma adaptação engendrada para prestar uma satisfação no sentido da existência de mecanismos de proteção dos direitos transindividuais, inclusive o meio ambiente. A própria terminologia já remonta à ideia de um sistema em construção, um sistema pequeno e que precisa mais e mais de

aprimoramentos para que alcance, de fato, a efetividade das tutelas coletivas.

4. A POSIÇÃO DO CIDADÃO NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO COLETIVA

Um dos fatores pendentes de aprimoramento no microsistema de processo coletivo brasileiro é a questão da condição do cidadão no âmbito das tutelas coletivas.

A Constituição Federal de 1988, em seu texto normativo, instituiu um Estado Democrático de Direito, no qual o povo assume o papel de protagonista no desenvolvimento dos atos estatais em geral, em quaisquer dos poderes. Essa presunção é extraída da leitura do parágrafo único do artigo 1º da Carta Política, que estabelece que “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

Neste contexto, considerando que a Constituição não fez menção a nenhum dos poderes (legislativo, executivo ou judiciário), é possível inferir que tanto o poder legislativo, como o executivo e o judiciário, se constituem e exercem funções através de uma vontade popular.

Entretanto, ao estabelecer que o poder emana do povo, a Constituição estabeleceu que esse poder pode ser exercido de forma direta ou por meio de representantes eleitos, o que legitima a atuação dos representantes do poder legislativo ou poder

executivo para a prática dos atos estatais. Com relação a estes dois poderes, ora mencionados, visualiza-se claramente a atuação do cidadão no momento em que se verifica que, tanto os representantes do legislativo quanto do executivo são eleitos pelo povo, por meio de eleições diretas.

Assim, todos os atos praticados pelo poder executivo são fruto, em tese, de um contexto colocado previamente, antes do exercício do mandato, por meio das campanhas eleitorais e pelas ideologias partidárias, em debate, seguido da aprovação popular por meio do sufrágio. A mesma sistemática ocorre com relação ao Poder Legislativo: descon sideradas, aqui, as formas e os cálculos realizados para a elegibilidade dos membros do Poder Legislativo, o exercício do mandato e, conseqüentemente, a prática dos atos inerentes ao exercício do cargo eletivo é precedida pela vontade direta popular.

Com efeito, não é possível dizer, numa superficial análise, que os atos do poder legislativo e executivo são descobertos de legitimidade, uma vez que a vontade popular externou, por meio do voto, o desejo de investir, no cargo eletivo, pessoa certa e determinada, por um período prefixado.

Todavia, no que se refere ao Poder Judiciário, a atuação dos magistrados não se condiciona ao voto popular, uma vez que a investidura do juiz é, em tese, precedida por concurso público. Neste contexto, surge a seguinte indagação: se os representantes do Poder Judiciário exercem função estatal sem a necessidade da

aquiescência popular, através do voto, é possível dizer que o cidadão pode exercer a democracia no âmbito da jurisdição? Logicamente, o sistema judiciário, que é pautado na imparcialidade e insubordinação aos demais poderes e aos interesses de quaisquer pessoas, para que seja efetivo e alcance a finalidade de garantir o bem comum, necessita de prerrogativas que garantam a sua operacionalidade e total isenção. Daí se extrai a ideia de inadmissão do voto popular para a constituição de membros do Poder Judiciário. Esta lógica justifica algumas prerrogativas conferidas ao representante do Poder Judiciário, tais como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Não se pode deixar de destacar que a Constituição Federal de 1988, ao instituir os órgãos do Poder Judiciário, buscou democratizar o sistema jurisdicional no momento em que estabeleceu o quinto constitucional e, ainda, a nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça por ato do Presidente da República, com a aquiescência do Senado Federal. Mesmo assim, é necessário inferir que a investidura dos membros do judiciário se perfaz de forma desvinculada da vontade popular, justamente para que o exercício da jurisdição se perfaça de forma totalmente isenta de interesses diversos daqueles tendentes a ferir os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Partindo-se da premissa de que todos os poderes emanam do povo, inclusive o judiciário, cabe, então, responder à

pergunta formulada alhures, de modo a satisfazer a afirmação constitucional de ativa participação do povo na construção e operacionalização das políticas estatais por meio dos poderes constituídos.

Cultivou-se, no país, a ideia de que a democracia, no exercício da jurisdição, é exercida pelo cidadão através da implementação do direito de ação, instituído no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Nesta toada, a dogmática implementada é de que o cidadão exerce a democracia, no âmbito dos poderes legislativo e executivo, por meio do voto direto, e, no âmbito do poder judiciário, através do direito de ação.

Portanto, o direito de ação, como instrumento para a efetivação do princípio democrático, deve ser dissecado, a fim de que se alcance o objetivo central do trabalho, que consiste no alcance de parâmetros de constitucionalidade pautados na participação efetiva do cidadão na construção do provimento jurisdicional.

Destaca-se, novamente que a Constituição Federal asseverou que o poder pode ser exercido por meio de representantes eleitos ou, ainda, de forma direta pelo povo. Assim, considerando que, no poder judiciário, não há eleição direta dos membros que compõem a magistratura, resta dizer que a democracia, no âmbito da jurisdição, deve ser exercida de forma

direta pelo cidadão, eis que o exercício da democracia representativa encontra óbice no momento que se visualiza a impossibilidade de eleição direta dos magistrados.

Partindo-se da ideia inicial de que a democracia é exercida por meio do direito de ação, passa-se, então, a analisar o instituto sob a ótica constitucional. Conforme se verifica, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, já mencionado, preleciona não pode ser afastado do poder judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito, o que quer dizer que o Estado-Juiz não pode criar entraves para o ajuizamento da ação, por parte do cidadão.

5. A PROPOSTA DAS AÇÕES TEMÁTICAS NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVEM O DESASTRE AMBIENTAL

As ações temáticas se constituem em uma proposta diferenciada de tratamento coletivizado dos direitos e se baseia em uma abordagem do acesso à justiça voltada para a impossibilidade de limitação infraconstitucional de sua abrangência.

É sabido que o direito de ação está previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Na visão de Vicente de Paula Maciel Júnior, precursor da teoria das ações coletivas

como ações temáticas, no tocante ao texto constitucional que estabelece o direito de ação,

Esse texto é significativo porque admite que não será excluída da apreciação pelo Poder Judiciário tanto a lesão, ou seja, o fato já consumado perante o qual o interessado pretenda afirmar a existência de um direito ofendido, quanto a mera ameaça a um direito que o interessado afirme como seu, e que é objeto de tutela, não podendo ser excluído da apreciação do Poder Judiciário.

Mas as repercussões desse texto no direito processual não foram ainda bem equacionadas. A nós nos parece que, nos sistemas constitucionais e legais que adotam esse princípio, ocorreu uma evidente opção pelo modelo unitário e não dualista.

Pelo texto legal claramente se observa que temos interessados em que uma afirmada *lesão* seja examinada pelo poder judiciário. Temos ainda interessados que alegam haver uma *ameaça* a um direito. Tanto numa quanto em outra situação o Poder Judiciário não pode deixar de cumprir seu mister.

Mas não é somente isso. O texto constitucional brasileiro suscita uma reflexão ainda mais profunda e de grande repercussão na teoria do processo.

Quando o texto constitucional diz que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário “lesão” ou “ameaça a direito”, surge naturalmente a indagação se a norma infraconstitucional poderia criar condições para o exercício da ação ou pressupostos processuais.

A garantia constitucional parece ter evoluído no sentido de superar o formalismo e as contradições do sistema dualista do direito subjetivo e da relação jurídica processual.

Tanto no tema da ação quanto no processo, a opção do legislador foi a de garantir o acesso a um pronunciamento judicial sobre o mérito.

Portanto, o estabelecimento de condicionantes para a ação nesses sistemas seria superado.

A ação é meio e não fim. Sendo meio não poderia ser obstáculo ao fim, que é a apreciação dos interesses em conflito, onde se afirmam lesões ou ameaças a direito. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.162-163) (grifou-se)

Pelas lições de Vicente de Paula, o acesso à justiça previsto na constituição está livre de qualquer limitação infraconstitucional, e por isso surge a necessidade de um procedimento jurisdicional que proporcione a participação de quaisquer interessados na formação do Mérito.

Busca-se uma tutela jurisdicional que, verdadeiramente, discuta todos os pontos de controvérsia relacionados a determinado direito metaindividual, sendo certo a firmar que somente existe a garantia de que todos os pontos foram debatidos se houver a inclusão de todos os interessados na lide, partindo-se, logicamente, da premissa de que, em se tratando de direitos metaindividuais, os interesses das pessoas envolvidas podem ser múltiplos e, por isso, todos eles devem ser discutidos.

Sob este enfoque, Vicente de Paula realiza em sua obra um esquema, pelo qual o objeto de discussão se localizaria no centro, e ao seu redor estariam ligadas os interessados difusos, cada um em seu lugar, mas todos ligados ao objeto de controvérsia. Vislumbra-se a superação de um processo oriundo das tutelas individuais, em que a organização dos polos se define em autor, de um lado, e réu, de outro.

As “ações temáticas” têm justamente o enfoque no tema. E para Vicente, os temas “*são os fatos ou situações jurídicas que afetam os interessados*” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.178). A ideia é que o objeto da lide não seja definido apenas na petição inicial, mas que seja realizado um procedimento para que todos os interessados tenham a oportunidade de discutir e debater as questões que tragam relevo ao tema, de modo a fazer com que seja construído um mérito participado, que legitimará, com mais força e coerência, a tutela jurisdicional.

Neste modelo, as pretensões de todos os envolvidos, de fato, seriam analisadas; não haveria limitação ao direito de ação e não se imporá, de forma arbitrária, o sistema representativo como exclusiva forma de manifestação da vontade popular e, por fim, se atenderia ao ideário constitucional da democracia.

Poder-se-ia questionar este modelo de processo sob o ponto de vista da multitudinaridade, diante do fato de que, em se tratando de direitos difusos, inúmeros podem ser os interessados e inviável seria se todos eles se manifestassem em uma relação processual.

Pensando nisso, Fabrício Veiga Costa estabelece esclarecimentos em sua obra intitulada Mérito Processual: a formação participada nas ações coletivas. Para ele, é desnecessária a intervenção de todos os interessados, bastando que eles se reúnam em grupos temáticos para que, por meio de um representante, apresentem os seus pontos de controvérsia.

Com o objetivo de aprimorar as lições de seu precursor Vicente de Paula, Fabrício Veiga Costa assevera que

A proposta do jurista Vicente de Paula Maciel Junior é que todos os interessados difusos sejam representados a partir dos temas levados a juízo, ou seja, com a publicidade do objeto da ação temática todos os interessados poderão participar da definição da matéria de mérito e da construção participada do mérito processual mediante a vinculação a um dos temas

levantados e correlatos ao objeto inicial da demanda. Dessa forma, não seria necessário que todos os interessados se manifestassem individualmente, a ponto de tornar inviável o processo coletivo. Cada interessado difuso teria a legitimidade de se vincular a um dos temas suscitados e ser representado quanto aos seus interesses mediante a vinculação à proposta temática apresentada por um grupo de pessoas. (COSTA, 2012, p. 227).

Aplicando-se a hipótese ao caso do desastre ambiental ocorrido em Mariana-MG, em razão do rompimento da barragem de rejeitos da mineradora Samarco Mineração S/A, pode-se estabelecer o seguinte procedimento coletivo temático: a ação poderia ser ajuizada por qualquer legitimado previsto atualmente na Lei de Ação Civil Pública ou por qualquer cidadão, e esta ação seria ajuizada com o objetivo de alcançar a reparação civil dos danos provocados pelo desastre.

Ao receber a inicial, o juiz passaria a analisar a viabilidade do tratamento coletivizado da pretensão posta em debate e, decidindo pela natureza metaindividual da ação, o juiz determinaria a citação do réu e, ao mesmo tempo, determinaria a divulgação da demanda, por edital e pelas mídias disponíveis. Assim, quaisquer interessados, respeitados os limites de competência, poderão manifestar nos autos, na condição de grupos temáticos.

Ou seja, na hipótese, poderiam integrar a lide todas as pessoas afetadas diretamente pelo desastre, sendo formados diversos grupos, como, por exemplo, o grupo dos pescadores do Rio Doce, os moradores das cidades que permaneceram sem o abastecimento de água, as famílias desabrigadas em razão da destruição de suas casas, as famílias dos trabalhadores que morreram na ocasião do desastre, o próprio Poder Público, o Ministério Público, dentre outros.

Com a definição dos grupos temáticos, iniciaria a fase de formação do mérito processual, o que poderia ser realizado através de audiências públicas nas quais o representante de cada grupo temático exporia as razões constitutivas do seu direito.

Após os debates, que poderiam ser realizadas em quantas audiências fossem necessárias, o juiz proferiria a decisão saneadora, definindo as questões a serem enfrentadas na demanda. A partir de então, a dilação probatória poderá ser realizada com base nas questões definidas conjuntamente por todos os envolvidos.

Deste modo, a decisão final produziria efeitos *erga omnes* mediante a constatação de que foi oportunizado o amplo acesso por todos os interessados, o que, de fato, garante maior democracia ao comando jurisdicional.

Trata-se de um modelo de processo ousado, embora condizente com a proposta constitucional de democracia e de participação do cidadão nas demandas coletivas, sendo exigido do

cidadão um desejo de participar da tomada de decisões estatais no âmbito da jurisdição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposição das ações coletivas temáticas se baseia na necessidade de se obedecer ao comando previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, que tem aplicabilidade imediata e não pode sofrer limitação infraconstitucional. Parte-se da noção de que o tratamento coletivizado dos direitos no Brasil é formado por um esforço da comunidade jurídica de reunir dispositivos normativos esparsos com vistas à formação de um microssistema, eis que o legislativo nacional não manifestou interesse em criar um código regulatório das tutelas coletivas.

A partir daí, vislumbra-se que, nas tutelas coletivas em matéria ambiental, sobretudo nos conflitos que envolvem desastre ambiental, sobretudo o ocorrido em Mariana-MG, o sistema representativo de processo coletivo acabou pormenorizando a possibilidade de participação popular das pessoas efetivamente afetadas, de modo que a opção de todas elas seria o ajuizamento de inúmeras demandas individuais, com a possibilidade do surgimento de decisões contraditórias para casos análogos. Ou, por outro lado, os afetados estariam sujeitos às decisões proferidas

em processos coletivos dos quais não fizeram parte, o que vai de encontro ao princípio da democracia.

O Código de Processo Civil de 2015 representou, de certa forma, uma preocupação com o tratamento coletivizado dos direitos, mas sob uma perspectiva ainda representativa e muito mais pautada na diminuição das demandas individuais do que, efetivamente, na participação do cidadão.

O importante, nas ações temáticas em matéria ambiental, é a oportunidade que se dá a qualquer interessado de participar e de contribuir para a formação da decisão final, e isso constitui um aprimoramento do sistema coletivo brasileiro em defesa da democracia e da garantia de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Ana Lucia. Acidente em Mariana é o maior da História com barragens de rejeitos. In: **O Globo**, Rio de Janeiro, vol. 17, 2016.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; SALAZAR PRIMO, Diego de Alencar. A responsabilidade civil por dano ambiental e o caso Samarco: desafios à luz do paradigma da sociedade de risco e da complexidade ambiental. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_responsabilidade_civil_por_dano_ambiental_e_o_caso_samarco_desafios_a_luz_do_paradigma_da_sociedade_de_risco_e_da_complexidade_ambiental.pdf> Acesso em: 25 jul. 2017.

BRAGA, Renato Rocha. **A coisa julgada nas demandas coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em: 22 jul. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco Fiorillo. **Princípios do direito processual ambiental**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. 2010. 188f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

FRANÇA, Maurício Gomes Pereira. **A natureza jurídica da legitimação para agir nas ações coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **A execução coletiva pecuniária: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito**

brasileiro. 2011. 244f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

NEVES, Isabela Dias. **Processo civil ambiental: o princípio da precaução como fundamento para a concessão de tutelas de urgência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

POEMAS. Antes fosse mais leve a carga: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/40796295/POEMAS_2015_Antes_fosse_mais_leve_a_carga_-_versao_final.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1480468785&Signature=%2Bh5B7ydSVhdR65RY4HsdyNS843Q%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DAntes_fosse_mais_leve_a_carga_avaliacao.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, Vanessa Sardinha Dos. *"Impactos ambientais do acidente em Mariana (MG)"*; Brasil Escola. Disponível em

<<http://brasilecola.uol.com.br/biologia/impactos-ambientais-acidente-mariana-mg.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed.rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 290f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul.

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E O CRESCIMENTO SUSTENTÁVEL DAS CIDADES

HOUSING FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE URBAN SUSTAINABLE GROWTH

Norma Sônia Novaes¹

RESUMO: A moradia é requisito básico para uma vida plena, é um direito fundamental e no constitucionalismo moderno recebe especial atenção em diversos textos legais. Com o grande processo migratório vivido no último século a questão da moradia se tornou intrinsecamente ligada com o desenvolvimento da cidade, já que à para a cidade que se destina o grande fluxo migratório. O êxodo rural, a desigualdade econômica, a crise de governança associada à falta de planejamento, fez das cidades locais com baixa qualidade de vida, local de destruição completa dos ambientes naturais, e sobretudo locais de risco, onde a população mais pobre comumente estão expostas aos riscos de desastres naturais. Neste contexto o desenvolvimento das cidades com o suprimento de moradias dignas, passa pelo conceito de sustentabilidade, que deve permear toda *praxis* sociopolítica.

PALAVRAS-CHAVE: Cidades; Moradia; Desenvolvimento Urbano; Sustentabilidade.

¹ Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna – UIT. Oficial Registradora de Imóveis.

ABSTRACT: The townhouse is a basic requisite for a full life is a fundamental right and in the modern constitutionalism receives special attention in several legal texts. With the great migratory process experienced in the last century the issue of housing has become intrinsically linked with the development of the cities, since the cities receives the great migration flow. The rural exodus, the economic inequality, the governance crisis associated with lack of planning, has made the cities a place with low quality of life, place of complete destruction of natural environments, and more importantly, places of risk where the poorest people are commonly exposed to the risks of natural disasters. In the context of the cities development with the supply of decent housing, the concept of sustainability should permeate all sociopolitical *praxis*.

KEYWORDS: Cities; Housing; Urban Development; Sustainability.

INTRODUÇÃO

Serrano Junior (2012) descreve o direito humano à moradia digna como um dos mais fundamentais de todo o ordenamento jurídico e que notadamente ganhou importância na era do garantismo constitucional associado a um movimento internacional de criação de organismos supranacionais de tutela dos direitos fundamentais.

A importância inata do direito à moradia faz com que o mesmo permeie diversos diplomas legais de nosso ordenamento, como a Constituição da República de 1988 (CR/88), o Estatuto das Cidades de 2001 (Lei 10.257/2001), além é claro de fazer também em diversos tratados internacionais aos quais o Brasil se submete como signatário, incorporando-os ao ordenamento nacional por força do art. 5º da CR/88.

Embora este direito encontre amplo respaldo no ordenamento isso não é garantia de sua efetividade. A complexidade da questão da moradia passa pela transversalidade do tema, fazendo com que a satisfação deste direito envolva uma perfeita coordenação de diferentes frentes políticas, passa por aspectos econômicos, sociais e culturais, envolve profundo planejamento e sobre tudo é correlato a questões ambientais.

Destarte, a pouca efetividade seja um tema amplamente discutido na atualidade, a ideia deste artigo é discutir o desenvolvimento das cidades e a promoção da moradia digna em consonância com as diretrizes ambientais correlatas como via de atingir um desenvolvimento urbano e social calcado nos princípios da sustentabilidade. Em outras palavras, o objetivo é discutir como que os conceitos de sustentabilidade podem incrementar a efetividade das políticas de moradia.

Para atingir este propósito, primeiramente, o artigo discute as bases protetivas deste direito, referenciando as principais fontes jurídicas que intentam assegurar o direito à moradia; em segundo momento se discute o conceito de

sustentabilidade e onde se ampara esta diretriz; por fim se discute a interconexão entre questões ambientais e o desenvolvimento urbanístico, bem como o papel do estado como promotor e tutor do desenvolvimento como via à promoção da moradia digna.

2. A POSITIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

A proteção dos direitos fundamentais figuram um dos grandes eixos de discussão da dialética jurídica, Alexy (2008), Canotilho (2004), Piovesan (2008) e Silva (1998) discutem a preponderância dos direitos fundamentais bem como formas de aplicabilidade destes.

Como marco teórico da proteção do direito à moradia tomaremos a CR/88, que no intento de garantir a cidadania e promover a dignidade da pessoa humana se lança na proteção dos direitos fundamentais, dentre os quais figura o direito à moradia.

Primeiramente no artigo 5º no inciso X a moradia aparece como asilo inviolável do indivíduo: “(...) XI - a *casa* é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Em seguida no art. 6º *caput* aparece como um dos direitos sociais: “(...) São direitos sociais a educação, a

saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”. Em seguida no mesmo artigo no inciso IV aparece como uma das necessidades prementes a ser suprida pelo salário mínimo: “[o] *salário mínimo (...) capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social ...*”

Importante ressaltar que no art. 23 da CR/88 é dito que compete à União, aos Estados e aos Municípios a promoção de políticas que:

(...)

VI - proteger o **meio ambiente** e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - **preservar** as florestas, a fauna e a flora;

(...)

IX - **promover** programas de construção de **moradias** e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - **combater** as causas da **pobreza** e os fatores de **marginalização**, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

(Grifo nosso)

(...)

Este artigo 23 é especialmente rico em conteúdo legal que nos remete automaticamente à ideia de ampla interconexão do

direito à moradia às questões ambientais, à fatores de exclusão, e indubitavelmente encarrega o Estado (em sentido *latu*) da promoção deste direito como uma das vias erradicação da pobreza e da redução da marginalização como pressuposta da integração à sociedade de grupos sociais desfavorecidos.

A importância da moradia, bem como sua intercorrelação com outras áreas fica evidenciada no Capítulo II da CR/88, que trata da Política Urbana. Neste capítulo, que engloba os artigos 182 e 183, mais uma vez que fica evidente que cumpre ao Estado desenvolver as políticas que assegurem este direito, aponta diretrizes como o uso social da propriedade e como esta deve objetivar o bem-estar do cidadão. Ressalta a importância dos planos diretores municipais, estabelece regras para desapropriação de imóveis urbanos bem como regras de apropriação fundiária.

E ainda no Título X, o Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias, o direito à moradia, das classes menos favorecidas, recebe especial tutela. No Artigo 47 (ADCTs) “(...) *a casa de moradia e os instrumentos de trabalho e produção;*” representam exceções à aplicação e cômputo de correção monetária a empréstimo concedido.

Outro diploma legal pátrio em que a tutela da moradia se reitera é o Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) que se apresenta como a regulamentação do Capítulo da CR/88, que trata da

Política de Desenvolvimento Urbano. Nas palavras da lei assim se manifesta:

Artigo 1º Na execução da **política urbana**, de que tratam os **arts. 182 e 183** da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece **normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade** urbana em prol do **bem coletivo**, da segurança e do **bem-estar dos cidadãos**, bem como do **equilíbrio ambiental**.

Artigo 2º A política urbana tem por objetivo **ordenar o pleno desenvolvimento** das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I - garantia do direito a **cidades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (Grifo meu)

No Estatuto das Cidades, o direito à moradia também é visto sob uma abordagem holística, apresenta-se como um tema transversal que carrega em si “interesse social”, aspectos correlatos ao “uso da propriedade”, como forma de proteção de um “bem coletivo” imprescindível que deve ser tratado como uma “política urbana” cujo objetivo é “ordenar o desenvolvimento” rumo à construção das “cidades sustentáveis” que emergirão do pleno equilíbrio dos fatores ambientais sociais e econômicos.

Também tem viés pragmático e encarrega o estado da sua promoção: veja a redação do artigo 3º do EC/2001:

Artigo 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

(...)

III - promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de **construção de moradias e melhoria das condições habitacionais**, de saneamento básico, das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público; (Grifo nosso).

(...)

Além do mais cita como instrumentos da Política Urbana: “*h) concessão de uso especial para fins de moradia;*” (Artigo 4º V, h.), reafirma o direito de se usucapir imóvel tido por

moradia (Artigos 9º e 10º), e flexibiliza normas registrai e concernentes ao parcelamento de solo e registros públicos (Artigos 55 a 57), alterando dispositivos da Lei 6015/73 (Lei de Registros Públicos) para trazer mais segurança jurídica aos reais detentores da moradia e acolhendo a legitimidade de assentamentos podendo serem constituídos em zonas especiais de interesse social para moradia.

Tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto das Cidades, ficam claros alguns aspectos, que inclusive são comuns a ambos: 1) a importância do direito à moradia; 2) a sua intrínseca relação com o ambiente e com o Direito Ambiental; e 3) a preponderância do Estado como agente facilitador e fomentador do direito à moradia, respeitados os princípios do Direito Ambiental. Outros aspectos também são apresentados, mas estes três são escolhidos dentre todos ao demais dada sua pertinência temática no escopo objetivado por este artigo. Por este motivo pretende-se o enaltecimento destes aspectos numa discussão calcada nestes três eixos.

No contexto da supranacionalidade o direito à moradia é também amplamente respaldado. A partir da Segunda Guerra Mundial, em especial com a formação da Organização das Nações Unidas (ONU) o mundo viveu um intenso processo de integração e assistiu ao nascimento de diversos organismos internacionais que objetivam a tutela dos direitos fundamentais. O Brasil é signatário de diversos acordos e protocolos no âmbito global, sob a bandeira da ONU e de diversos acordos e protocolos no âmbito

regional, sob a bandeira da Organização dos Estados Americanos (OEA). E em diversos destes tratados o tema do direito à moradia é trazido à tona, assim como a necessidade de ações positivas bem como negativas por parte dos estados. Em nota uníssona, apresenta-se como um direito que urge ser tutelado pelo Estado.

Em outra vertente temática o direito à moradia, no âmbito dos tratados internacionais, também é visto em uma abordagem holística e transversal a diversas áreas da ciência, o que faz crer que ao se tratar a questão do direito à moradia é impossível fazê-lo de forma estanque e sem considerar suas interconexões temáticas.

A Declaração Universal do Direitos Humanos (DUDH, 1948), proclamada na assembleia geral da ONU em 1948 é um marco histórico na defesa dos direitos humanos, foi traduzida para mais de 360 idiomas e inspirou constituições diversas ao redor do mundo, inclusive a CR/88. Em seu artigo XXV mostra a habitação como direito primordial para o ser humano:

(...) Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em

circunstâncias fora de seu controle (artigo XXV da DUDH), (Grifo meu).

A DUDH está calcada no *“reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”*, e tenta promover a igualdade como meio de se garantir a paz social.

Posteriormente em 1966 foi proposto o Pacto Internacionais dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDHS - ONU, 1966) e o mesmo assim se posiciona no artigo 11, I:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o **direito de toda pessoa** a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a uma melhoria continua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (Artigo 11,I, PIDESC-ONU). (Grifo meu).

Na passagem acima (grifos nosso) fica claro que a moradia digna, aqui expressa por “moradia adequada” constitui

um direito fundamental e essencial para que se viva uma vida plena.

Na Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 (CIDH, 1969), mais conhecidos como Pacto de San José da Costa Rica, também apresenta diretrizes para a proteção dos direitos humanos na esfera regional e assim se posiciona em seu preâmbulo: “*Só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos;*” fazendo crer na supremacia do princípio da igualdade como premissa para a construção de uma sociedade livre e justa.

Dentro do arcabouço institucional de proteção dos direitos fundamentais, a ONU, a partir da Conferência das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, ocorrida em Vancouver, Canadá, em 1976, instituiu o Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (ONU-Habitat), um programa permanente de avaliação da situação das habitações nos países que compõem a ONU. Além de avaliar quantitativa e qualitativamente o *status* das moradias nos países membros a ONU-Habitat ajuda a estabelecer diretrizes para o desenvolvimento setorial objetivando diminuir o déficit habitacional seja ele quantitativo ou qualitativo.

Em suma, o direito fundamental à moradia recebe especial atenção em diversas fontes legais seja ela nacional ou supranacional, entretanto fica uma questão. Como diante de

tantos esforços legais, a habitação de qualidade continua a faltar? Apresentando déficit cada dia maior em todos os rincões do mundo seja ele subdesenvolvido ou não.

2.1. Crescimento sustentável das cidades: positivamente e papel do Estado

A sociedade tem profunda ligação com o meio físico, tal premissa pode ser bem entendida em: Haynes (1913), Maricato (2002), Tilly (2004) e Fingland (2014). Esta discussão é especialmente importante na América Latina, que historicamente tem raízes profundas de desigualdade (FAORO, 2001) e com baixa qualidade no planejamento urbano como visto em: Randolph e Judd (2000), Gilbert (2011) e Loboda (2016). Quando se fala em crescimento sustentável, projeta-se uma sociedade mais justa e igualitária onde as distorções segregativas são mitigadas por um planejamento espacial inteligente e inclusivo.

O termo sustentabilidade foi cunhado pelo filósofo alemão Hans Jonas com a edição de sua obra *The Imperative of Responsibility: In Search of Ethics for the Technological Age* (Jonas, 1979) e está associado ao esforço que a humanidade deve fazer para garantir a possibilidade de vida para sua geração e para as gerações futuras. Neste esforço deve-se garantir a proteção do meio ambiente, a erradicação da pobreza e a mitigação das demais desigualdades sociais. Embora o termo sustentabilidade seja um mantra no direito ambiental, seu significado vai além da proteção do meio ambiente. A sustentabilidade está calcada no tripé: 1)

Proteção ao meio ambiente; 2) Desenvolvimento econômico; e 3) Desenvolvimento social. Neste sentido o desenvolvimento só será sustentável atendidos estes três pressupostos.

Tal conceito, embora recente na histórica, teve profundo impacto na maneira como se pensar políticas de desenvolvimento, inspirando movimentos por todo o mundo no sentido de que é importante o desenvolvimento, sobretudo sob as premissas da sustentabilidade. No Brasil não foi diferente, o conceito de sustentabilidade irradiou seus efeitos por todo o ordenamento e está expresso na CR/88 e em outros textos legais supervenientes como o EC/2001 e o Novo Código Florestal de 2012.

Exemplo disto é que das poucas transcrições apresentadas na seção anterior quando tratamos da positivação do direito à moradia vê-se que o acesso à moradia digna está intimamente ligado com o componente ambiental e sobretudo com o conceito de sustentabilidade, esta visão é particularmente patente tanto na CR/88 quanto no EC/2001. Morar bem, possuir uma moradia digna, implica em ter uma habitação em harmonia com o ambiente externo, capaz de promover conforto físico, social, econômico e psíquico.

Morar bem significa o preenchimento das premissas do desenvolvimento sustentável, que passa pela satisfação de aspectos econômicos, sociais e ambientais. Quando a cidade não planeja o seu desenvolvimento, acaba por não cumprir a legislação

ambiental, o que traz grandes danos ao ambiente e à população, uma vez que homem e ambiente são dois entes indissociáveis.

A cidade brasileira está cheia destes exemplos e vamos citar alguns: Santos (1994) retrata a profunda desigualdade presente na cidade brasileira; Milano e Bonadio (2013) falam das dificuldades encontradas no desenvolvimento das cidades e pela utilização de forma desigual do ambiente urbano, os instrumentos de proteção do desenvolvimento sustentável instituídos pelo EC/2001 não são utilizados na prática e o que se vê, nas palavras das autoras, *é(...) a existência de milhares de imóveis vazios na cidade, ocupações irregulares em APPs e conjuntos habitacionais longínquos da área central (...)* p. 153; Alves e Silva (2015) dizem que estes problemas não são exclusivos de grandes cidades, existindo também nas pequenas cidades problemas sociais, ambientais, falta de serviços básicos como saneamento e conservação dos espaços públicos; Costa *et al.* (2014) diz que a ilegalidade em relação à propriedade é causadora de grandes problemas sociais e ambientais; Loboda (2016) também diz que o desenvolvimento das cidades brasileiras se dá de forma livre e desassistida, o que acaba por configurar espaços urbanos sem uma estrutura mínima de urbanismo e o desrespeito das questões ambientais, além do mais os espaços públicos vão sendo cada vez mais fragmentados como resultados de políticas pontuais e emergenciais de promoção de moradias; Rodrigues (2006) relatando o caso do município de São Paulo mostra que *no ano 2000 havia cerca de 1,2 milhão de pessoas vivendo em favelas e*

cerca de 1 milhão em loteamentos precários (correspondendo a 11,12% e 10,17% da população do município, respectivamente), mostra ainda que a gênese das favelas, via de regra, se dá pela ocupação de terrenos públicos ou pela criação de loteamentos irregulares, sem planejamento, sem aprovação nos órgãos municipais de controle ambiental; Gonçalves (2009) mostra que a prática imobiliária têm convergido para aquelas praticadas nos ditos bairros formais, e com a regularização de assentamentos em áreas ilegais consolida-se a ocupação em áreas de preservação permanente e em áreas públicas.

Unanimemente o que se vê é um só quadro, uma total falta de planejamento urbano, num contexto de grande desigualdade econômica, com total desrespeito às leis ambientais, o que visto num sentido amplo, gera um quadro de segregação socioespacial extrema. Então todos os três componentes, premissas do desenvolvimento sustentável, são desrespeitados e muito mais que no descumprimento dos preceitos da sustentabilidade, constituem-se uma afronta dos direitos humanos, já que o direito à igualdade, ao desenvolvimento econômico e ao meio ambiente constituem-se direitos humanos por excelência.

Quando trazemos esta discussão para o campo do direito, dois dos pressupostos da sustentabilidade parecem naturais, são eles: O que diz respeito ao desenvolvimento social e o que diz respeito ao desenvolvimento econômico, pois ambos

dizem respeito a questões tradicionalmente tratadas nas rodas jurídicas. O terceiro componente, o ambiental parece carregado de um viés ideológico, o que faz pensar que sua tutela é menos importante. Entretanto a concepção das normas ambientais, muito mais que limitar a atuação do homem objetivando a proteção do meio ambiente, tem o condão de conferir proteção ao próprio homem diante das intempéries do mundo natural, como exemplo disto vamos citar o conceito de Áreas de Preservação Permanentes, conhecidas como APPs.

O Código Florestal de 2012 (BRASIL, 2012) assim define as Áreas de Preservação Permanentes, em seu artigo 3º, II:

Artigo 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

(...)

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

(...)

Estas áreas são afetadas com uma profunda restrição ao uso, e constantemente se questiona esta restrição. A principal argumentação contrária às APPs é que a instituição delas configuraria um desperdício, significaria valorar mais o ambiente

que o homem. Acontece que esta visão é totalmente errônea, a instituição das APPs se dá por que elas se constituem ambientes extremamente frágeis, e susceptíveis a desastres naturais como vendavais (topos de morros), deslizamentos de terra (encostas íngremes), enchentes e inundações (beiras de rios, mangues e ilhas).

Assim sendo sua tutela (das APPs) acaba por tutelar a vida humana, não gera passivos de desastres ambientais, como perda de vida e destruição de sistemas produtivos, e serve para refúgio da fauna e flora silvestres, ameniza a amplitude térmicas das povoações, diminui a velocidade dos ventos, diminui a poluição do ar, absorvendo gases tóxicos e materiais particulados, aumenta a umidade relativa do ar, constitui reservas do patrimônio genético natural, servem como sítios de grande beleza cênica, enfim, contribui enormemente para a melhoria da qualidade da vida da população. É impossível chegar a conclusão diferente: a proteção do meio ambiente constitui atitude humana extremamente responsável do ponto de vista social e ambiental e extremamente racional do ponto de vista econômico.

E assim sendo o legislador fez questão de inserir nos textos legais o aspecto da sustentabilidade. Tanto na CR/88 quanto no EC/2001 a sustentabilidade é diretriz como meio de se conseguir uma sociedade justa e igualitária. A CR/88 no artigo 23 confere competência concorrentes à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seguinte:

(...)

VI - **proteger o meio ambiente e combater a poluição** em qualquer de suas formas;
(grifo meu)

(...)

VIII - **responsabilidade** por dano **ao meio ambiente**, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e **paisagístico**; (grifo meu)

(...)

No artigo 186, condiciona a função social da propriedade ao cumprimento das normas ambientais, a redação deste artigo assim se dá:

Artigo 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

(...)

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

E finalmente no artigo 225 a constituição dedica todo um capítulo (Capítulo VI) para tratar a questão do meio ambiente, claramente se vê no teor de seu texto o conceito de sustentabilidade:

Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No Estatuto das Cidades não é diferente no artigo segundo quando trata dos objetivos da política urbana, inova ao criar o conceito de cidade sustentável, mostrando de forma irrefutável como o conceito de sustentabilidade foi incorporado no eixo legal de desenvolvimento das cidades. A redação deste trecho legal é a seguinte, (grifos nosso):

Artigo 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I - garantia do direito a **idades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, **para as presentes e futuras gerações;**
(...)

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana **compatíveis** com os limites da **sustentabilidade ambiental**, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; (os grifos são nossos).

Inevitável não ver o viés de sustentabilidade que o legislador intenta imprimir na política urbana brasileira. Entretanto tamanho arcabouço protetivo não é sinônimo de efetividade, e em sentido oposto, a cidade brasileira é exemplo de mau planejamento, desrespeito ao meio ambiente, e como consequência deixa de oferecer condições dignas à população.

Mas propelidos pelos desastres ecológicos, e não pelo conceito de sustentabilidade, que em 2010 foi convertida em lei (Lei 12.340/2010) a Medida Provisória nº 494, de 2010 dispendo

(...) sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e sobre o Fundo Especial para Calamidades Públicas, e dá outras providências. (Senado Federal, 2010)

A justificativa da lei é que o processo de ocupação de encostas e beiras de rios é uma característica tanto das grandes quanto das pequenas cidades, além do mais a falta de

planejamento e falta de fiscalização do poder público deixam em risco milhares de pessoas. Fala que ...*O combate à ocupação irregular é o principal desafio para evitar tragédias como as que vêm ocorrendo no Rio e em outros Estados, nos últimos anos.* E a própria lei reconhece a corresponsabilidade para a contenção destes efeitos. *Cabe à União e aos Estados auxiliarem os Municípios a desempenharem as vezes do Estado Brasileiro no planejamento da ocupação urbana.*

Mais uma vez se vê a falta de planejamento urbano, solapando os pilares do desenvolvimento sustentável, já que as ocupações em áreas de preservação permanente configuram uma agressão tanto ao meio ambiente quanto ao próprio homem. Estas áreas, ecologicamente frágeis, são acometidas sempre por “desastres” ambientais que não seriam nenhum desastre (senão fenômenos triviais do desenvolvimento da paisagem natural) não fosse o fato destas áreas serem resididas por pessoas. Neste contexto a fragilidade do ambiente se transmuta em fragilidade social, tornando frágeis os cidadãos, moradores que passaram a compor aquele ambiente. Inevitavelmente, há de se concluir, que há um aprofundamento do processo de exclusão. Pessoas economicamente vulneráveis se submetem a morar em uma área de riscos, e desta colocam em risco seu bem estar físico, psicológico e material (no pouco que possuem).

Mas o mais grave de tudo isto é que tal fenômeno não é pontual. A ocupação de áreas de risco se generaliza por todo o

país colocando em xeque o conceito de sustentabilidade, afrontando direitos humanos e sociais, direitos ambientais, e materiais do jurisdicionado o do Estado. Uma breve revisão sobre o tema mostra seu enraizamento na paisagem urbana.

Rosa Filho e Cortez (2010), falam da problemática socioambiental da ocupação urbana em áreas de encostas sob o risco de deslizamentos, fala de como tem aumentado este tipo de povoação, principalmente nos países emergentes e como estudo de caso traz o da “Suíça Brasileira”, Campos do Jordão, um rico município brasileiro.

Parfitt (2016), fala da ocupação de áreas de preservação permanente, no ambiente natural urbano e como isto tem impactos nefastos tanto na segregação socioespacial quanto na biodiversidade, e como exemplo traz as ocupações irregulares no município de Pelotas, RS, ocorridas a partir de 1976.

Oliveira e Robaina (2015) fala, no contexto do “*gerenciamento de áreas de risco em cidades brasileiras*”, do enorme passivo ambiental existente na cidade brasileira e de como os episódios de deslizamentos, de inundações e corridas de massa marcaram a geografia histórica dos desastres no Brasil.

Ramalho (2010) também trata da questão da ocupação de áreas de risco, diz que a idade moderna apregoa o ...*bem-estar e qualidade de vida*, entretanto, vive-se uma grande controvérsia: (...) “*o crescimento acelerado e desordenado das cidades brasileiras tem gerado uma série de conflitos sociais aos que se somam as inúmeras ocupações irregulares e a criação de áreas de*

risco à perda material de vidas humanas.” Mais uma vez fica clara a ideia de que a ocupação das áreas de risco são um obstáculo tanto para a segurança das pessoas quanto para a eficiência econômica das pessoas e do Estado.

Pereira e Barbosa (2012) trazem os aspectos jurídicos relativos às desocupações de moradias em áreas de risco em decorrência de desastres. Conclui que, as pessoas na condição de desabrigados de desastres naturais ficam na condição de dependentes do setor público e depois do trauma do desastre ambiental se deparam com uma nova realidade, um Estado que não acolhe, não indeniza e apenas supre as necessidades básicas. Constata também que não nenhum programa federal específico para suprimento de casas populares para moradores em áreas de risco e nenhuma norma que determine prazo limite para suprimento de moradias aos que a perderam por desastres naturais.

Marandola *et al.* (2013) diz que a expansão urbana, em processo intrínseco, traz riscos e perigos pela falta de ajuste e aderência da produção do espaço urbano às peculiaridades dos sistemas naturais respectivos. Esta situação é agravada quando a ocupação se dá em ecossistemas frágeis, como é o caso de APPs.

São centenas e centenas de autores que relatam o mesmo fato: as ocupações irregulares em áreas de risco. Tal fato se tornou sistêmico em nossa sociedade, fazendo parecer inócuos todos os mecanismos legais que emergem para tutelar uma moradia digna,

uma cidade sustentável, cujos moradores tenham paz e segurança para desenvolverem-se a si e as suas famílias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A moradia digna e acessível a todos os cidadãos representa um horizonte cada dia mais distante. O Estado tem papel fundamental na coordenação das políticas públicas de habitação, no regramento e normatização dos usos e parcelamento dos solos, no controle de ocupações irregulares, e na implementação dos princípios de sustentabilidade, positivados na CR/88, no EC/2001, e em ordenamentos supranacionais. Entretanto o Estado negligencia o seu papel, suas leis não se materializam e o crescimento das cidades se dá de forma desassistida, criando uma situação de difícil solução (do ponto de vista jurídico, social, econômico e ambiental), com o passar do tempo ocupações irregulares se consolidam, consolidando o risco social do que lá vivem, além do mais o ambiente natural se deteriora, com impactos em diversos campos da vida humana. O desenvolvimento efetivo das cidades, com efetiva melhoria da qualidade de vida, passa pela construção dos pilares da sustentabilidade: desenvolvimento social, econômico e proteção ao meio ambiente. Implica respeito ao meio ambiente, diminuição das desigualdades e inclusão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo: superação da summadivisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 641 p.

ALVES, Lidiane Aparecida; SILVA, Adriano Reis de Paula e. Desafios e potencialidades das pequenas cidades para o desenvolvimento no contexto de uma sociedade urbana: alguns apontamentos com base na realidade de Frutal-MG e São Gotardo-MG. In: **Revista Ra'ega**. Curitiba, v.35, p.7-37, Dez/2015

PEREIRA, Aparecida Veloso; BARBOSA, Fernando Cordeiro. Aspectos jurídicos relativos às desocupações de moradias em áreas de risco em decorrência de desastres. In: **Direito, Estado e Sociedade**.n.41, p. 30 a 51, jul/dez 2012.

BRASIL. Código Florestal, Lei 12.651 de maio de 2012. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, 233 p.

CIDH, Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Organização dos Estados Americanos – OEA, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

DUDH, Declaração Universal dos Direitos Humanos. ONU 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>.

ETUI. European Trade Union Institute. **Benchmarking Working Europe**. Brussels: ETUI, 2012.

FAORO, R. **Os donos do poder**. 3. ed. revista, Editora O Globo, 2001.

FINGLAND Sharon Ruth. **Social inclusion: Policy, practice, people and place**. Submitted in fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy Urban Research Centre University of Western Sydney, 2014

GILBERT, Alan. Ten myths undermining Latin American housing policy. In: **Revista de Ingeniería de los Andes**. Bogotá, D.C. Colômbia, Julio-diciembre de 2011

GONÇALVES, Rafael Soares. **Repensar a regularização fundiária como política de integração socioespacial**. Estudos Avançados, 23 (66), 2009.

GONÇALVES, Norma Lacerda, ZANCHETI, Sílvio Mendes. Conservação urbana e regularização fundiária de assentamentos populares. *Urbe. In: Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management)*, v. 6, n. 3, p. 323-337, set./dez. 2014.

HAYNES, G. E. Conditions among Negroes in the Cities. In: **Annals of the American Academy of Political and Social Science**. v. 49, p. 105-119, 1913.

JONAS, Hans. *The Imperative of Responsibility: In: Search of Ethics for the Technological Age*, 1979.

LOBODA, Carlos Roberto. Public space and periphery in contemporary city: between the needs and possibilities. In: **Revista Ra'eGa**, Curitiba, v.37, p.37-63, Ago, 2016.

MIRANDOLA JUNIOR, Eduardo. MARQUES, Cesar. PAULA, Luiz Tiago de.

CASSANELI, Letícia Braga. Crescimento urbano e áreas de risco no litoral norte de São Paulo. In: **Revista bras. Est. Pop.**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 35-56, jan./jun. 2013.

MARICATO, E. As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias. In: ARANTES, O.; VAINER, C.; MARICATO, E. **A cidade do pensamento único: desmanchando consensos**. Petrópolis: Vozes, 2002.

MILANO, Joana Zattoni e BONADIO, Mariana Galacini.
Cuadernos de vivienda y urbanismo.vol. 6, No. 11, p. 140-155,
enero-junio 2013.

OLIVEIRA, Edson Luis de Almeida e ROBAINA, Luis Eduardo de Souza. Gerenciamento de áreas de risco em cidades brasileiras: projetos e programas.In: **Revista do Centro de Ciências Naturais e Exatas – UFSM**. Santa Maria, v. 37 n. 4, p.366-384 set-dez. 2015.

PARFITT, ClaireMorrone. Preservation areas of natural urban environment, segregation and impact on landscapes and the biodiversity: case study of Pelotas In: **Revista S. Ra’e Ga**, Curitiba, v.37, p.7-36, Ago/2016.

PIDESC - ONU, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. ONU, 1966. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMALHO, Roberta de Sousa. Processos de urbanização: ocupações irregulares em áreas de risco. In: **III Encontro de Geografia e IV Encontro de Ciências Humanas**. Campos do Goytacazes, RJ. 2010.

RANDOLPH, B. e JUDD, B. **Community renewal and large public housing estates**, *Urban Policy and Research* 18,1: 91-104, 2000.

RODRIGUES, Rute Imanishi. **Moradia precária e violência na cidade de São Paulo**. *Texto para discussão Ipea n. 1187*. Rio de Janeiro: IPEA, maio de 2006.

ROSA FILHO, Arthur e CORTEZ, Tereza Caceres. A problemática socioambiental da ocupação urbana em áreas de risco de deslizamento da “Suiça Brasileira”. In: **Revista Brasileira de Geografia Física**. Vol. 03, pag. 33-40, 2010.

SANTOS Milton. **Técnica, espaço, tempo: Globalização e meio técnico-científico informacional**. São Paulo: Hucitec, 1994.

SENADO FEDERAL. *LEI Nº 12.340*. Diário do Senado Federal. 11 de fevereiro, 2011.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento**. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TILLY, Charles. Social boundary mechanisms. In: **Philosophy of the Social Sciences**. v. 34, p. 211-36, 2004.

OS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS: OS
ALIMENTOS E A INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR
COMO GARANTIA DE DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA.

LOS ORGANISMOS MODIFICADOS GENÉTICAMENTE:
LOS ALIMENTOS Y LA INFORMACIÓN AL
CONSUMIDOR COMO GARANTÍA DE LA DIGNIDAD DE
LA PERSONA HUMANA

Junio César Doroteu¹

Stéphanie Nathanael Lemos²

RESUMO: O presente artigo busca desenvolver uma análise sobre a coexistência entre organismos geneticamente modificados, fruto da evolução da engenharia genética e, conseqüentemente, fruto da sociedade de risco, e a proteção da dignidade da pessoa humana, essência dos direitos fundamentais, que pode ser violado caso não haja uma correta informação sobre o consumo e a utilização das novas tecnologias e o seu extraordinário potencial de impacto nos diversos aspectos da vida humana, inclusive na vida social.

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais na Universidade de Itaúna-MG. Especialista em Ciências Penais pela PUC-MG e em Direitos Sociais pelo Unicentro Newton Paiva. Bacharel em Direito pela UFMG. Servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

² Mestranda em Direitos Fundamentais na Universidade de Itaúna-MG. Advogada.

PALAVRAS-CHAVE: Organismos geneticamente modificados; Informação; Consumidor; Dignidade da pessoa humana; Direitos fundamentais.

RESUMEN: El presente artículo busca desarrollar una evaluación sobre una coexistencia entre los organismos genéticamente modificados, fruto de la evolución de la ingeniería genética y, consecuentemente, fruto de la sociedad de riesgo, la protección de la dignidad de la persona humana, la esencia de los derechos fundamentales, que puede ser violado caso cuando no hay una información correcta sobre el consumo y la utilización de las nuevas tecnologías y su extraordinario impacto potencial sobre los diversos aspectos de la vida humana, incluyendo la vida social.

PALABRAS-CLAVE: Los organismos modificados genéticamente; Información; Consumidor; Dignidad de la persona humana; Derechos fundamentales.

INTRODUÇÃO

A biotecnologia presente na sociedade atual vem se desenvolvendo com velocidade singular, inovando em diversos campos sociais, ora significando esperança para um mundo melhor, ora significando um risco oculto, incerto, duvidoso e “arriscado”, típico da sociedade de risco. Essa evolução da

engenharia genética, por vezes, coloca em risco a própria dignidade da pessoa humana, ponto central dos direitos fundamentais, sem a qual o ser humano deixaria de ser pessoa, já que sua essência estaria degradada. Contudo, o avanço biotecnológico é inevitável.

Ulrich Beck³, sociólogo alemão da Era de 80/90, sustenta, em sua teoria intitulada “Sociedade de Risco”, que a sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, foi suplantada pela sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos já não mais corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas típicas da antiga modernidade. O desenvolvimento da ciência e da tecnologia, embora muito avançado na *RiskSociety*, não é suficiente para dar conta da previsão e controle dos riscos que esse mesmo desenvolvimento contribuiu para criar e que gera consequências de alta gravidade para a pessoa humana, consequências essas desconhecidas a longo prazo e que, quando (e se) descobertas, tendem a ser irreversíveis. Entre os riscos característicos da sociedade, Beck inclui os riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, produzidos pela indústria, enaltecidos pelo comércio, legitimados pela ciência e desprezados pelos legisladores.

Entre os riscos citados por Beck, encontra-se o risco decorrente da biotecnologia. Como dito, a biotecnologia vem se desenvolvendo numa velocidade desenfreada e o desafio que se

³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona, Paidós, 1998.

impõe é compatibilizar esse desenvolvimento com a dignidade da pessoa humana; é dizer, o descontido desenvolvimento deverá se dar de modo a não afetar o núcleo dos direitos fundamentais. Será isso possível?

Limitado ao terreno dos alimentos produzidos à base de organismo geneticamente modificado, o presente trabalho analisará o (im)possível equilíbrio entre tais organismos e a dignidade da pessoa humana, passando pelo campo do direito à informação do consumidor, buscando aferir se, de fato, a informação é imprescindível para livrar a sociedade de riscos do risco da sociedade, mormente no que tange ao risco genético oriundo da biotecnologia na produção e/ou modificação dos alimentos.

No desenvolvimento do estudo, para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se o método dedutivo e o procedimento bibliográfico, com consulta empreendida em material teórico-bibliográfico e documental disponível, com a utilização de livros, textos e artigos doutrinários, além de leis que possuam relação direta ou indireta com o tema.

De início, o artigo abordará a teoria entabulada por Ulrich Beck, que define a sociedade de riscos. Num próximo capítulo, será analisado o conceito de organismos geneticamente modificados e suas nuances positivas e negativas. O capítulo seguinte se incumbirá de conceituar a dignidade da pessoa humana e o direito aos alimentos, tal como posto na Constituição

Federal de 1988. Na sequência será abordado o direito de informação do consumidor e, por fim, serão apresentadas as conclusões tiradas, especialmente em relação à influência da informação na garantia da dignidade da pessoa humana, quando se trata do consumo de alimentos oriundos de organismo geneticamente modificado.

2. SOCIEDADE DE RISCOS

Com a Teoria da Sociedade de Risco, Ulrich Beck sustenta que houve uma expressiva modificação na modernidade atual e tal modificação afastou a sociedade moderna da sociedade industrial clássica, fazendo surgir algo diferente: a sociedade do risco, industrial por excelência e pautada no grande avanço e desenvolvimento tecnológico. Para Beck, a modificação por que passou – e passa – a sociedade moderna representa uma mudança estrutural bastante significativa, tão profunda quanto aquela ocorrida quando da substituição da organização feudal pela sociedade industrial. Para o alemão, a sociedade industrial criticou as práticas sociais típicas da tradição, e a sociedade de risco, por sua vez, questiona as premissas da sociedade industrial. Estes dois momentos são chamados por Beck, respectivamente, de modernização da tradição (ou modernização simples) e modernização da sociedade industrial (ou modernização reflexiva). Sobre a modernização reflexiva, afirma Beck que “a

possibilidade de uma (auto) destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O “sujeito” dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental”⁴.

Na sociedade moderna, sustenta Beck, os riscos sociais, políticos, econômicos e industriais alcançam patamares cada vez maiores, não podendo ser controlados por instituições de controle e proteção social, embora nesse modelo de sociedade cada pessoa receba diariamente inúmeras informações sobre os riscos decorrentes da vida social, tais como o risco do tabaco, da alimentação rápida (*fastfood*), do consumo de remédios, de conduta sexual, de sair de casa, enfim, na sociedade dos riscos o homem vive permeado pelo risco criado pela desvairada evolução tecnológica, que, aliada ao instinto curioso e descobridor do homem, produz o risco e corre o risco, criando um ambiente onde o risco se tornou comum e passa a ser ignorado – ou não percebido – pelo grupo social.

E é nesse ponto que se encaixam os organismos geneticamente modificados, evolução aparentemente inocente da biotecnologia, mas que pode oferecer os riscos da sociedade de risco.

⁴ Ulrich Beck. **A reinvenção da política**: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na nova ordem social moderna, p. 12.

3. OS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

Organismos Geneticamente Modificados – OGM - são definidos como toda entidade biológica cujo material genético (ADN/ARN) foi alterado por meio de qualquer técnica de engenharia genética, de uma maneira que não ocorreria naturalmente.

Os organismos geneticamente modificados são obtidos a partir da transferência de genes de um ser vivo para outro, por meio de uma técnica chamada de transgenia. Essa transferência constitui espécies que tiveram seu genoma alterado a partir da introdução de DNA proveniente de outro ser vivo, contendo uma sequência promotora, estrutural e terminal. Essa sequência estrutural permitirá que o organismo transgênico expresse a característica relevante desejada na produção da nova espécie.

Quando os organismos geneticamente modificados recebem genes de outro organismo diferente, mas da mesma espécie, são chamados simplesmente de OGM. Quando recebem genes de organismos de outras espécies, são chamados de organismos transgênicos. Conclui-se, assim, que todo transgênico é um organismo geneticamente modificado, mas nem todo organismo geneticamente modificado é um transgênico.

Também é importante estabelecer as principais distinções entre o melhoramento tradicional e a transgenia (técnica do DNA recombinante). As técnicas tradicionais estão

restritas ao cruzamento sexual, apresentando o organismo obtido, invariavelmente, metade do código genético das variedades parentais da mesma espécie que o originaram. O que torna a transgenia uma técnica economicamente relevante é a possibilidade de controle específico dos genes que serão transferidos, além de possibilitar a expressão de genes cujas características são conhecidas em uma espécie distinta daquela da qual foi extraído o DNA.

Os organismos geneticamente modificados apresentam pontos positivos e negativos. Os impactos negativos dos organismos geneticamente modificados são percebidos em diversos campos, tais como o ecológico e o sanitário.

João Carlos de Carvalho Rocha⁵ afirma que:

(...) também não podem ser desconsiderados os efeitos relativos à liberdade de escolha do consumidor, a dependência tecnológica, e ao aumento das desigualdades no comércio internacional e nas relações norte-sul.

Como impactos positivos, o mesmo autor afirma que:

Os partidários da biotecnologia transgênica sustentam que ela permitirá o

⁵ ROCHA, João Carlos de Carvalho. **Direito ambiental e transgênico: princípios fundamentais da biossegurança.** p. 127.

desenvolvimento de novos fármacos, avanços em transplantes de órgãos e tecidos, e, em outras técnicas da medicina, reduzirão a fome no mundo, fornecerão alimentos mais nutritivos e duráveis e mais resistentes a agrotóxicos.

No que diz respeito à alimentação, é de se ter clareza que os alimentos que contém ou são derivados de OGM representam apenas uma parcela das novas tecnologias de alimentos, que incluem também alimentos que são resultado de processos artificiais de transformação, sem necessariamente haver prévia alteração na composição genética do organismo⁶.

A engenharia genética é o ramo da ciência responsável pela atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante.

Apesar das várias possibilidades da engenharia genética, o presente artigo cingir-se-á tão-somente aos organismos geneticamente modificados destinados à alimentação, a partir dos quais será analisada a ofensa à dignidade da pessoa humana e o papel da informação ao consumidor como forma de garantia dessa dignidade.

⁶ ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Op. Cit.* p. 133.

4. ALIMENTOS TRANSGÊNICOS

Alimentos geneticamente modificados, ou alimentos transgênicos, são alimentos produzidos com base em organismos que, através das técnicas da engenharia genética, sofreram alterações específicas no DNA. Essa técnica tem permitido a introdução de culturas agrícolas de traços diferenciados, assim como um controle sobre a estrutura genética bastante superior em relação ao que proporciona as metodologias comuns.

Os defensores da modificação genética e produção de alimentos à base de OGM argumentam que a biotecnologia é capaz de aumentar o potencial nutritivo de alimentos tradicionalmente consumidos em países pobres e, assim, erradicar a fome de milhões de pessoas. Entretanto, tal argumento não pode ser analisado de forma tão simplista. É necessário que se faça uma análise do discurso, à luz da segurança alimentar.

João Carlos de Carvalho Rocha⁷ entende que

O direito humano ao alimento, entendido contemporaneamente como direito à segurança alimentar, é parte integrante do direito ao desenvolvimento, o que implica na análise das condições que produzem e perpetuam a fome, como estratégia de

⁷ ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Op. Cit.* p. 141.

negação do acesso às condições de desenvolvimento a países, regiões e povos.

(...)

O direito à alimentação constitui-se, portanto, em um direito humano de conteúdo material, porque envolve o cumprimento de prestações positivas, é diretamente afetado por políticas sociais e econômicas não criem depende para sua realização, se não quanto à sua promoção, pelo menos para evitar as políticas sociais e econômicas não criem obstáculos à realização desse direito.

Ora, o direito à alimentação não se resume apenas ao alimento, mas vai além. Implica, também, a alimentação sadia, de qualidade, segura, capaz de enriquecer o indivíduo e habilitá-los para a fluência de seus direitos. Ou seja, o direito ao alimento deve ostentar consonância com a dignidade da pessoa humana.

5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

São muitos os significados da palavra dignidade. Em regra, a palavra dignidade se relaciona a honradez, uma atribuição deferida a quem seja merecer. Pessoa humana, por sua vez, é um conceito jurídico baseado em critérios biológicos e filosóficos que

diferenciam os homens dos demais seres vivos e objetos inanimados. Taxonomicamente, humano é o *homo sapiens* (homem sábio). Pessoa é um termo que designa o ser que tem capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações.

Correlacionando os dois termos dignidade + pessoa humana, é possível dizer que a dignidade da pessoa humana é o atributo atribuído à pessoa humana pelo fato de ser “humano”, tornando-se, automaticamente, merecer de respeito e proteção, independentemente de sua condição política ou jurídica, de sua raça, cor, idade, sexo, religião ou condição socioeconômica.

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém “ser humano”, se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição socioeconômica.

A dignidade da pessoa humana se correlaciona diretamente ao conceito de mínimo existencial do homem, que envolve certos bens, oportunidades ou direitos cuja privação é considerada intolerável na medida em que se aviltaria a existência do ser.

Para Alexandre de Moraes⁸, a dignidade da pessoa humana é:

um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como uma cláusula aberta, uma fórmula lógica abstrata cujo conteúdo será preenchido concretamente a partir de certas circunstâncias de tempo, lugar e desenvolvimento histórico-cultural em cada coletividade. Não é um conceito *numerusclausus*, mas um conceito no qual se adequam diversas situações e soluções, todas em busca da honradez do ser humano.

⁸ MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, 2013. p 48.

Francisco Mori Rodrigues Motta⁹ afirma que a dignidade da pessoa humana possui uma identificação interna e uma identificação externa. Para ele,

A dignidade da pessoa humana possui uma identificação externa, como um direito natural, um direito humano, um direito fundamental e um princípio de hermenêutica. É um valor que orienta todos os demais princípios, direitos, deveres e atos, tornando-se assim a pedra angular de todos os direitos naturais, do Homem, humanos, fundamentais.

Por outro lado, em sua identificação interna, a dignidade da pessoa humana é um eixo de tolerabilidade, uma barra de proteção, uma linha divisória que delimita até que ponto algo, qualquer fato ou situação, é considerado tolerável por determinada coletividade, conforme suas referidas circunstâncias de tempo, lugar e desenvolvimento histórico-cultural. Ou seja, analisa-se o que o indivíduo deve ser obrigado a suportar ou tolerar por se tratar de um mero dissabor da vida em

⁹ MOTTA, Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054. Acesso em: 02 nov. 2016.

coletividade ou algum infortúnio proveniente de fato da natureza.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental assegurado nas diversas constituições, sendo que, no Brasil, a Constituição de República de 1988 erigiu tal princípio a fundamento da República Federal do Brasil. Esse fundamento encontra-se no artigo 1º do Texto Constitucional:

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana.

(...)

Para dar consecução e aplicação ao fundamento da dignidade da pessoa humana, o constituinte de 1988, em diversos outros pontos da Carta Magna, impôs comandos e estabeleceu direitos decorrentes e necessários à dignidade da pessoa humana. Um desses direitos é o direito à alimentação, previsto como direito fundamental social no artigo 6º daquela Lei Maior.

O direito fundamental à alimentação pressupõe uma alimentação adequada, tanto do ponto de vista da quantidade como de qualidade, garantindo a segurança alimentar e nutricional e o direito à vida. E é nesse ponto que interessa os

alimentos produzidos à base de organismos geneticamente modificados.

É que tais alimentos, produzidos a partir de modificações arranjadas pela engenharia genética, trazem riscos incertos e não sabidos, podendo colocar em xeque atributos da pessoa humana que podem ferir a sua dignidade. Será que todos que consomem alimentos produzidos à base de OGM sabem o que estão consumindo? Nesse campo, o direito à informação ao consumidor conecta-se ao núcleo dos direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana.

6. O PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR

A proteção do consumidor nas relações de consumo decorre de comando constitucional expresso, uma vez que o legislador constituinte de 1988 erigiu a sua defesa ao *status* de norma de direito fundamental e, ao mesmo tempo, a princípio geral da ordem econômica. É o que se vê nos artigos 5º e 170 do Texto Constitucional:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (...)

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

V - defesa do consumidor.

Do preceito acima, extrai-se o direito de informação como medida assecuratória da defesa do consumidor. Sem uma informação adequada, o consumidor não tem condições de manifestar sua vontade, seja na aquisição de algum produto, seja na contratação de serviços. Ora, se o consumidor não tem informações, a sua vontade fica viciada, pois pode estar consumindo um produto diferente daquele que pretendia consumir.

Dando cumprimento ao comando constitucional de defesa do consumidor, a Lei n.º 8.078/90, denominada Código de Defesa do Consumidor, instituiu uma série de princípios, todos interpretados e aplicáveis de forma harmônica, e entre esses princípios encontra-se o princípio da informação ao consumidor, dever de informar imposto ao fornecedor. Esse dever está positivado no inciso III do artigo 6º daquele diploma, sendo considerado direito básico do consumidor:

Artigo 6º São direitos básicos do consumidor:
(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

A relação de consumo é marcada pelo desequilíbrio existente entre o consumidor, parte presumidamente vulnerável, e o fornecedor. Sobre o tema, Bruno Miragem¹⁰, ao citar a professora Cláudia Lima Marques, afirma que a vulnerabilidade do consumidor se apresenta sob quatro espécies, a saber: a) vulnerabilidade técnica; b) vulnerabilidade jurídica; c) vulnerabilidade fática; e d) vulnerabilidade informacional.

A vulnerabilidade informacional não é só a falta de informação que fragiliza o consumidor, mas, sobretudo, o fato de que tal informação é “abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária”¹¹.

No campo dos alimentos produzidos à base de organismos geneticamente modificados, a informação prestada ao consumidor ainda é bastante escassa, deixando-o a mercê dos

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2014, p.123

¹¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. 2009, p. 34.

riscos desconhecidos e do desconhecimento dos riscos. E isso não ocorre por falta de regulação, mas, acredita-se, por falta de fiscalização.

É que a legislação brasileira de Biossegurança é uma das mais completas e avançadas do mundo quanto à regulamentação, controle e fiscalização da atividade científica e tecnológica no campo da engenharia genética.

A Lei de Biossegurança – Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e para a liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados.

Referida lei estabelece o Sistema de Informações em Biossegurança – SIB, destinado à gestão das informações decorrentes das atividades de análise, autorização, registro, monitoramento e acompanhamento das atividades que envolvam OGM e seus derivados. No que tange aos alimentos produzidos à base de OGM, o art. 40 da referida lei dispõe que “Os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos, conforme regulamento”.

O Decreto n.º 5.591, de 22 de novembro de 2005, que regulamenta a Lei de Biossegurança, por sua vez, dispõe, no artigo 91, que “os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de OGM e seus derivados deverão trazer

informação nesse sentido em seus rótulos, na forma de decreto específico”.

A determinação acima visa, por certo, subsidiar o consumidor na sua decisão de escolher ou não consumir o alimento transgênico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto, dos riscos incertos e ainda não sabidos advindos dos organismos geneticamente modificados, na sociedade de riscos a informação apresenta-se como importante ferramenta para o equilíbrio entre o desenvolvimento e a dignidade da pessoa humana. A informação tem o condão de possibilitar ao indivíduo o aceite ou não do risco.

No caso do consumidor, a informação direciona-o para o exercício perfeito de sua vontade, sem vício, sem ilusão e sem incertezas, proporcionando-lhe uma certa segurança e proteção aos valores que o indivíduo considera essenciais. A informação protege a dignidade humana, na medida em que permite ao indivíduo avaliar os riscos, ainda que hipotéticos (e é difícil falar em risco que não seja hipotético), possibilitando uma liberdade de escolha, subgênero do direito de liberdade. O valor da informação

torna-se ainda maior quando se fala em alimentos transgênicos ou decorrentes de qualquer modificação genética.

O direito à alimentação envolve algo a mais que a simples abundância de alimentos. Esse direito tem estreita relação com a segurança alimentar. Tão estreita é essa relação que se pode dizer que o direito à alimentação se confunde com a segurança alimentar. Assim, a informação ao consumidor é a possibilidade que se apresenta, no momento, capaz de compatibilizar o risco dos alimentos transgênicos com a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **A reinvenção da política**: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na nova ordem social moderna.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona, Paidós, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. **Manual de direito do consumidor**. 2.ed. rev. atual. eamp. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2016a. 168p.

BRASIL. Lei Complementar n.º 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança–PNB, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/lei/L11105.htm>. Acesso em 10 dez. 2016.

BRASIL. Lei Ordinária n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 10 dez. 2016

MIRAGEM. Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5.ed. rev. atual. eampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOTTA, Francisco Mori Rodrigues. **A dignidade da pessoa humana e sua definição**. Disponível em <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054>. Acesso em: 02 nov. 2016.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. **Direito ambiental e transgênico: princípios fundamentais da biossegurança.**

VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. **Organismos geneticamente modificados.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

A ONU E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA
ANÁLISE A PARTIR DA COOPERAÇÃO
INTERNACIONAL

THE UN AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT: AN
ANALYSIS FROM INTERNATIONAL COOPERATION

*Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira*¹

*Sérgio Henriques Zandona Freitas*²

RESUMO: A afirmação do desenvolvimento econômico e a necessidade de cooperação internacional colocaram a ONU no centro das relações internacionais. A inspiração no modelo desenvolvimentista aliada a Guerra Fria fez com que a cooperação internacional se baseasse sob o pilar econômico aliado à geopolítica. A questão ambiental obrigou a Comunidade Internacional a adotar o desenvolvimento sustentável, que desde

¹ Mestrando no PPGD Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna – UIT. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho-RJ. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC-MG. Advogado

² Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC MINAS. Professor do PPGD – Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC. E-mail: sergiohzhf@fumec.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. Pesquisa desenvolvida como resultado do ProPic 2016-2017 na Universidade FUMEC, com apoio da FAPEMIG, tendo como coordenador o co-autor

1972 integra as Convenções da ONU. Apesar das Convenções da ONU adotarem medidas visando à sustentabilidade, a sua integração a economia não tem sido efetiva como indicam os modelos cooperativos internacionais prevalentes. A metodologia utilizada foi a da pesquisa teórico-bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação, Convenções da ONU, Desenvolvimento sustentável, Direito ao desenvolvimento.

ABSTRACT: The affirmation of economic development and the need for international cooperation have placed the UN at the center of international relations. The inspiration in the development model allied to the Cold War made international cooperation based on the economic pillar allied with geopolitics. The environmental issue has forced the International Community to adopt sustainable development, which since 1972 has been part of the UN Conventions. Although the UN Conventions adopt measures aimed at sustainability, their integration into the economy has not been effective as indicated by prevailing international cooperative models. The methodology used was that of theoretical-bibliographic and documentary research.

KEYWORDS: Cooperation, UN conventions, Sustainable development, Right to development.

INTRODUÇÃO

Ao fim da Segunda Guerra Mundial revelou-se todo o horror daquele conflito, marcado pelo Nazismo e pelo desrespeito a todos os seres humanos em seus direitos mais basilares. Neste contexto, o mundo criou uma expectativa de máximo esforço pela paz e a criação da Organização das Nações Unidas - ONU ocorreu sob aquele auspício.

A política internacional precisava se reinventar tal qual a economia e deixar para trás o mundo dos impérios e das conquistas territoriais que tanto horror produziu. A comunidade internacional entendeu que o esforço pela paz implicaria num esforço pelo desenvolvimento das nações e dos povos, e o desenvolvimento econômico europeu, baseado pelo sucesso do Plano Marshall, substituiu a ânsia imperial, e de certa forma, os governos mundiais passaram a um novo objetivo, exercitado de forma pacífica.

A descolonização dos impérios europeus produziu uma série de novos países na Ásia e na África, que somados à América Latina, ainda em desenvolvimento, formaram um bloco de nações carentes e ansiosas pelo desenvolvimento. Neste contexto, com a polaridade mundial dividida entre Capitalismo e Comunismo, o alinhamento determinou diversos modos de cooperação internacional, e a ONU passou a ministrar a paz como fomento ao desenvolvimento, paralelamente a Guerra Fria.

O reconhecimento da capacidade do homem em modelar o ambiente e conseqüentemente a sua responsabilidade ante a natureza colocaram em discussão o desenvolvimentismo. Assim surgiu a sustentabilidade, que enquanto termo, logo se incorporou ao desenvolvimento, porém uma inclusão efetiva da sustentabilidade e a proteção do planeta tem sido o grande desafio da humanidade e da ONU, especialmente após o reconhecimento do direito ao desenvolvimento como direito humano.

Considerando que a própria ONU elegeu a cooperação internacional como ferramenta de implementação do desenvolvimento sustentável, conforme se apura dos textos das suas convenções e considerando que a cooperação possui formas diferentes de execução entre os Estados, este artigo visou verificar ao longo dos períodos acima descritos a forma de cooperação internacional prevalente na comunidade internacional, baseando-se na a cronologia das convenções da ONU por ser esta o agente propulsor do desenvolvimento, da cooperação internacional e do meio ambiente sustentável.

Assim, o artigo indaga se efetivamente procurou-se a inserção da sustentabilidade no desenvolvimento ou se apenas manteve a estrutura desenvolvimentista com uma roupagem diferente, de forma a satisfazer politicamente os anseios da comunidade internacional.

A partir destes dados, verificou-se a sua pertinência no contexto histórico-fático no intuito de demonstrar, a partir do referencial teórico, a possibilidade, real ou não, de efetividade do

desenvolvimento sustentável pela forma de cooperação priorizada, destacando a motivação pela utilização do tipo prevalente de cooperação como indicativo da intenção de promover efetivamente o desenvolvimento sustentável.

O artigo se baseou em pesquisa teórico-bibliográfica e documental dos temas, analisadas sob a perspectiva histórica do desenvolvimento sustentável. Inicialmente levantou-se bibliografia básica e os documentos da ONU a respeito dos temas desenvolvimento, cooperação internacional e sustentabilidade.

Posteriormente se contextualizou historicamente os objetivos teóricos constantes dos documentos da ONU, comparando com a forma cooperação utilizada e os efeitos práticos da execução dos objetivos a partir das previsões das Convenções da ONU e seus resultados, apontados no próprio referencial teórico.

Assim, dividiu-se a posição da comunidade internacional em três períodos, com intuito de demonstrar os diferentes contextos históricos-políticos e a relação com a sustentabilidade: o período imediatamente pós-guerra até o surgimento da questão ambiental, o período da inclusão da sustentabilidade (aliado à guerra fria) e a afirmação do direito ao desenvolvimento e o período posterior à guerra fria e reconhecimento (e efetivação) do desenvolvimento sustentável.

Nestes períodos procurou-se verificar qual o tipo de cooperação prevalecia entre os Estados e quais as motivações,

relacionando com os objetivos demonstrados nas declarações e convenções da ONU, formando um quadro geral sobre a situação da cooperação como ferramenta do desenvolvimento sustentável efetivo. Tal construção permitiu verificar a posição da sustentabilidade no desenvolvimento em considerações que ao final foram apresentadas, formando o atual panorama global do tema.

Ao final do artigo foram feitas algumas considerações sobre o tema proposto, destacando a prevalência do ideal desenvolvimentista e as dificuldades de implantação da sustentabilidade efetiva pela cooperação na comunidade internacional, especialmente demonstrada sob a ótica da posição da ONU em suas convenções.

2. O SURGIMENTO DA ONU E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Como é cediço, a Organização das Nações Unidas surgiu em 1945 com dois objetivos precípuos a manutenção da paz entre as nações. Rapidamente a comunidade internacional verificou que a paz seria edificada sobre uma construção econômica, através da busca pelos países da elevação dos níveis de desenvolvimento, especialmente fomentada pela ONU através de meios pacíficos de cooperação.

Este objetivo ficou claro desde sua estruturação interna, desde a composição do Conselho de Segurança até o Banco

Mundial e o FMI, destacando-se que as organizações como a ONU almejam objetivos comuns dos Estados, que não poderiam ser satisfatoriamente atingidos sem a união destes dentro de um novo quadro organizacional que implicasse em cessão de parte de suas competências funcionais às organizações criadas por acordo mútuo, para agir em seu nome (MAZZUOLI, 2011).

No dizer de Antônio Augusto Cançado Trindade, 2005, apesar de não possuir um poder como a soberania, uma organização como as Nações Unidas, “tem feito uso amplo da doutrina dos “poderes implícitos”, de modo a exercer fielmente suas funções e buscar realizar seus propósitos, em um cenário internacional em mutação constante”. Desta forma a ONU se constitui como condutora da política internacional por meio de suas iniciativas.

O primeiro ato de cooperação internacional para desenvolvimento foi o Plano Marshall para a reconstrução da Europa, ao fim da Segunda Guerra Mundial. Baseado em empréstimos bancários norte-americanos tinha por objetivo a reconstrução das estruturas industriais europeias após a guerra e foi um sucesso (SANTOS E CARRION, 2011).

A reconstrução europeia serviu para o pagamento dos esforços de guerra dos aliados e para resguardar o mundo capitalista da ameaça comunista e a cooperação apresentava um ingrediente político e ideológico sob uma base fundamentalmente

econômica, que se propagou por todo o mundo na chamada guerra fria.

A ONU surge já com um grande desafio, pois a maciça descolonização dos impérios europeus da África e Ásia nas décadas 1950-1960 representou o surgimento nacionais envolvia interesses políticos, as primeiras relações de cooperação internacional surgiram através de ajuda financeira dada pelas antigas potências coloniais europeias às suas antigas colônias da África e Ásia, naquilo que se caracterizou como a primeira cooperação para desenvolvimento.

Os países originários da descolonização também estavam sujeitos à polaridade Leste-Oeste, que marcou a guerra fria, sendo assediados por EUA e URSS com “ajuda” financeira em troca de comprometimento político-militar.

Este tipo de cooperação internacional, tida como norte-sulou “tradicional”, é caracterizada pela doação, e por vias transversas, implicava num alinhamento na aplicação do donativo com ingerência velada do doador e num alinhamento político-militar. Não há horizontalidade e sim verticalidade, com um dos parceiros em condição mais favorável que o outro, com caráter de caridade e ausência de transferência de tecnologia (SÁNCHEZ, 2002).

Desta forma a cooperação internacional para o desenvolvimento se iniciou num mundo claramente dividido entre países capitalistas europeus capitaneados pelos EUA e países comunistas europeus liderados pela URSS e os demais países,

denominados de 3º mundo, a maioria em amplo processo de construção de suas estruturas.

A posição da ONU de fomento ao desenvolvimento modelou a integração entre as nações e já nos anos de 1960 a cooperação internacional restou estabelecida num padrão norte-sul. Os países membros do Comitê de Assistência ao Desenvolvimento (CAD) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) se estabeleceram como os doadores tradicionais, sendo os receptores os países do chamado terceiro mundo (SOUZA, 2014).

É importante frisar que toda uma sistemática visando justificar a matriz econômica foi adotada: o mundo foi dividido em países desenvolvidos e subdesenvolvidos e foram criados indicadores como o Produto Interno Bruto PIB visando aferir quão desenvolvida seria uma nação. O sistema da ONU, notadamente o FMI contribuiu com seus estudos para que fosse respeitada a meta desenvolvimentista.

A cooperação norte-sul ou tradicional para o desenvolvimento tinha matriz estritamente econômica, baseada na política de estruturação industrial, crescimento de riqueza e desenvolvimento econômico e utilizava do pretensu discurso de liberdade do capitalismo para acrescer os países as fileiras deste sistema em troca de empréstimos e ajuda econômica.

Apesar das pressões, muitos dos países subdesenvolvidos não se sentiam comprometidos com nenhum lado (capitalista ou

comunista) e lançaram o Bloco dos países não alinhados, após a Conferência de Bandung em 1961. Estes países, espelhados na experiência cooperativa do sudoeste asiático iniciam a sua própria forma de cooperação internacional para o desenvolvimento, que remete a acordos locais entre países vizinhos ou mesmo ideologicamente afins (MILANI, 2012).

Surge daí a cooperação “moderna” que seria caracterizada pela horizontalidade e intercâmbio tecnológico, que envolvia países que, a despeito do seu “subdesenvolvimento”, intercambiavam conhecimentos técnicos e ajuda mútua e seria o modelo de cooperação adequado ao desenvolvimento, pois se pautava na assistência mútua e ganhos mútuos, num conceito não indulgente (SÁNCHEZ, 2002).

Os países subdesenvolvidos tinham a exata dimensão da cooperação necessária, em detrimento da “ajuda” que vinham recebendo e começaram a lutar por uma cooperação técnica e científica ao invés das doações e empréstimos e seus encargos. Esta forma de cooperação seria a ideal, sendo emblemático o discurso do líder Chinês Zhou Enlai em Acra, Gana, 1964, que asseverou que “o governo chinês baseava-se na igualdade e no benefício mútuo e nunca a contemplava como ação assistencial”, nas suas ações cooperativas (SOUZA, 2014).

Ainda que parcialmente limitada pela falta de tecnologia e recursos, pode-se afirmar que na década de 1970 se consolidou a denominada cooperação internacional para o desenvolvimento moderna, e a ONU, de certa forma, contribuiu para este êxito,

patrocinando encontros e Convenções e assegurando Declarações, por sua Assembleia Geral, com a Declaração do Direito ao Desenvolvimento, já em 1986.

Assim, a despeito do ideário desenvolvimentista idealizado pela ONU, baseado na concepção política, econômica e social da América do Norte e Europa representado pela cooperação econômica norte-sul ou tradicional, havia sido criada a cooperação sul-sul moderna, lastrada no intercâmbio dos países tidos por não desenvolvidos, a primeira de cunho indulgente e geopoliticamente concebida e a segunda paritária e efetivamente desenvolvimentista, na medida do que fosse possível (MILANI, 2012).

3. AS CONVENÇÕES DA ONU E A INSERÇÃO DA SUSTENTABILIDADE: O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Há consenso de que a preocupação com os impactos das atividades do homem no meio ambiente surgiu no início da década de 1960. Efetivamente, estudos acadêmicos norte-americanos indicando uma possível relação entre o excesso de emissão de CO² e o aumento de temperatura global, e a obra de Rachel Carson “Primavera Silenciosa” publicada em 1962,

formam a denúncia ao mundo dos males que a atuação do homem poderia fazer sobre o meio ambiente (LAGO, 2007).

Inicialmente os efeitos da exploração do meio ambiente em escala crescente e descontrolada ficaram restritos a comunidade acadêmica e intelectualizada, porém, em fins da década de 1960, já havia uma preocupação na sociedade em geral e a publicação do Relatório “Limites do Crescimento” pelo Clube de Roma, em 1968, efetuiu a formal conexão entre o desenvolvimento e o meio ambiente. A posição desenvolvimentista da ONU foi posta em xeque com o surgimento da questão ambiental, criando uma posição antagônica entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento (FURTADO, 1998).

Respondendo a este anseio, a ONU promoveu a Conferência de Estocolmo de 1972, um evento que alçou a preocupação com o meio ambiente em nível global de forma oficial (KINOSHITA, 2010). Neste evento foi produzida a Declaração de Estocolmo, documento elaborado no sentido de diminuir os efeitos do Relatório do Clube de Roma de 1968, que defendia o crescimento zero e a paralisia do desenvolvimento, na qual a ONU propôs que a solução não seria parar de desenvolver, mas desenvolver melhor³.

A defesa do modelo desenvolvimentista surge como forma de harmonizar posições do norte, desenvolvido, e do sul,

³ Também nesta conferência instituiu-se o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

em desenvolvimento, de forma a não parar o processo de desenvolvimento econômico mundial e de tentar conciliá-lo com a preocupação ambiental. Assim, se o desenvolvimento estava desconsiderando o meio ambiente a ponto de ameaçar a condição ambiental do planeta, a ONU defendia a manutenção do desenvolvimento e suas metas de crescimento e se dispunha a criar uma forma de desenvolvimento capaz de preservar o meio ambiente, naquilo que viria a ser a sustentabilidade.

A Declaração de Estocolmo de 1972 produziu dois dos princípios basilares do Direito Internacional Ambiental, a liberdade de uso de recursos naturais aliada à responsabilidade dos estados sobre sua exploração e o dever de precaução em relação aos demais aliado ao dever de indenização, disposições que podem ser destacadas dos princípios advindos daquela carta. Tais disposições, previstas na Declaração de Estocolmo como princípios números 21 e 22 trazem um paradoxo, já que o primeiro é um princípio aplicável diretamente pelos países e alicerçado na soberania, de valor robusto, substancial e o segundo é diametralmente oposto, já que implica em análise potestativa do país potencialmente transgressor, sendo impreciso e de difícil efetividade.

A Declaração de Estocolmo de 1972 é um fomento ao desenvolvimento, pois indica que o subdesenvolvimento é a maior causa da destruição do meio ambiente. Em seus princípios há um reforço à soberania (princípios 21; 23 e 24), ao direito ao

desenvolvimento (quase todos os princípios), a cooperação tradicional (princípios 22 a 26) e uma alusão à capacidade humana de controle do ambiente (1 a 5). De destacar que a perspectiva desenvolvimentista da Declaração colocou a sustentabilidade a mercê exclusiva da cooperação tradicional, da benevolência dos Estados e seu esforço isolado no respeito às recomendações.

Àquela altura seria compreensível que tanto a ONU quanto os Estados tivessem razões para minimizar a sustentabilidade, pois a ONU, mesmo com a criação do PNUMA, não foi constituída para abarcar o desenvolvimento sustentável. Os países desenvolvidos não aceitariam limites a seu potencial de consumo e sua política exploratória e os Países em desenvolvimento entendiam a questão ambiental como um limite às suas pretensões.

Apesar de a sustentabilidade contrapor o modelo de industrialização e elevação do PIB diretamente com os temores ao futuro do planeta, a luta pelo desenvolvimento colocou a sustentabilidade em segundo plano e até 1986, quando a ONU finalmente reconheceu o Direito ao desenvolvimento⁴ como direito humano, não houve uma resposta efetiva aos objetivos de 1972.

Após diversos indícios que eram necessárias medidas urgentes sobre meio ambiente e sustentabilidade, a ONU formou

⁴ Direito assegurado pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1986, na aprovação da Resolução nº 41/128.

a equipe de peritos para analisar a questão ambiental, cujo trabalho produziu documento Nosso Futuro Comum, de 1987, conhecido como Relatório Brundtland. Neste relatório, criou-se um consenso na comunidade internacional sobre desenvolvimento sustentável, definido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.

Após sua conceituação no Relatório Brundtland, o desenvolvimento sustentável foi objeto de uma segunda Convenção da ONU, a Convenção do Rio de Janeiro de 1992, para desenvolvimento e meio ambiente, evento que contou com a presença de chefes de Estado e no qual se produziu documentos efetivos, como a Agenda 21, a Convenção de Biodiversidade (visando à preservação das formas de vida e material genético), a Convenção do Clima (visando metas a interromper as alterações de emissões) e a Declaração de Princípios sobre Florestas (preservação e regular exploração das florestas).

Muito do que foi discutido no Rio de Janeiro naquele ano foi decorrente do Relatório Brundtland: “O documento dava o tom considerando a necessária união entre o desenvolvimento e o meio ambiente” assevera Marcelo Dias Varela, 2003.

Nesta convenção restaram configurados os princípios estabelecidos na Declaração de Estocolmo, bem como foram acrescidos novos princípios, como a destacada participação da

mulher, dos jovens e dos indígenas ou comunidades locais (princípios 20 a 22).

Sob o ponto de vista da cooperação internacional, há uma pequena mudança, mas interessante, pois apesar do fomento a cooperação tradicional no princípio nº 7, há uma alusão à cooperação moderna no princípio nº 9. Porém, a atuação volitiva dos Estados e a soberania passaram a representar um obstáculo ao desenvolvimento sustentável, quando mais que toda a declaração é pautada na busca pelo desenvolvimento econômico.

A Declaração do Rio de Janeiro de 1992 foi, ainda assim, um marco e seus níveis de discussão foram elevados, mas após a sua edição, verificou-se que os Estados não estavam tão empenhados no cumprimento dos objetivos de implantação do desenvolvimento sustentável.

A crise econômica que se abateu nos mercados na década de 1990 e que se refletiu em diversos países fez acirrar as disputas e as guerras comerciais por desenvolvimento econômico assumiram o protagonismo ao invés da sustentabilidade. Também a ampliação do conceito de sustentabilidade e as ainda maiores exigências que este novo conceito requer representaram uma dificuldade a mais em sua efetividade.

Este fato pode ser apurado nas Convenções da ONU que sucederam a de 1992, como a Convenção de 1997 e de 2002, que foram marcadas pelo descompromisso com os objetivos da Convenção de 1992. De certa forma, a própria Convenção de 1992

indicava uma tendência em se deslocar do meio ambiente para a sociedade as mudanças.

A sustentabilidade, a partir da análise do princípio nº 5 da Declaração do Rio de Janeiro, passaria a englobar ou coexistir com a erradicação da pobreza, num arranjo interessante do texto da declaração, que harmonizaria com uma tendência que anunciava a inserção social nas Declarações Ambientais.

A Convenção Rio +20 de 2012 reiterou as posições de 20 anos atrás, mas foi um evento esvaziado por parte dos países desenvolvidos, que enviaram delegações sem chefes de Estado de primeiro escalão, (não recebeu os chefes de Estados das duas maiores potências econômicas EUA e Alemanha, v.g.) fato que esvaziou seu poder, com a própria ONU reconhecendo e lhe classificando como uma Convenção de Revisão, Guimarães e Fontoura, 2012. A imprensa também destacou o fracasso das negociações, influenciada justamente pela falta de compromissos efetivos dos países desenvolvidos (ANTUNES; ANGELO, 2012).

A inserção de objetivos sociais ao desenvolvimento sustentável é um capítulo à parte nas Convenções da ONU e devem ser destacadas dadas as reflexões posteriores sobre cooperação, pois apesar de sua importância no sentido de obter o desenvolvimento social pleno, muitas vezes implica em adoção de meios que protelam a sustentabilidade.

É cediço que o direito ao desenvolvimento possui três pilares⁵: o econômico, o social e o ambiental, e à dimensão econômica, predecessora, foram incluídos os pilares ambiental e social, não necessariamente nesta ordem.

Pois em 2000 a ONU patrocinou a Conferência do Milênio na qual foram estabelecidos os ODM – Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, com a inserção de diversos objetivos sociais no desenvolvimento, um reforço ao pilar social, objetivos estes que foram substituídos e ampliados em 2015 em Nova York, pelos ODS – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, com meta de vigência até 2030, que englobam desde sustentabilidade à inclusão social.

4. A COOPERAÇÃO INTERNACIONALE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Desenvolvimento e sustentabilidade são temas de diversas Convenções das Nações Unidas, conforme se destacou na construção histórica do desenvolvimento sustentável. E em todos estes documentos se verifica uma base cooperativa internacional como recurso executivo as pretensões dos seus acordos, conforme depreende dos textos das Convenções.

⁵ De acordo com a definição da ONU, pela Declaração de Johannesburgo de 2010. Há quem indique cinco pilares incluindo os pilares político e espacial, como Sachs, 1993.

De fato, a construção das Nações Unidas é baseada em Estados soberanos e mais do que os próprios objetivos, o destaque a soberania e a autodeterminação dos povos é um imperativo mundial. Desta forma baseia-se na cooperação internacional a execução desses objetivos, ainda que os Estados dependam uns dos outros em toda sua exequibilidade.

Deste modo, a cooperação internacional para o desenvolvimento sustentável surgiria pela dupla necessidade (desenvolvimento e sustentabilidade). Os Estados deveriam cooperar de forma a criar um sistema econômico internacional aberto e favorável a ambos os temas.

A partir da Convenção do Rio de 1992, a proposta da ONU seria tornar a sustentabilidade o ponto de partida da construção do desenvolvimento, especialmente a partir de um cooperativismo internacional compromissado com o desenvolvimento ambiental, centrado nas metas da Agenda 21, integrando definitivamente a sustentabilidade ao desenvolvimento.

Comprovando esta afirmativa tem-se a ratificação dos princípios da Convenção de 1972 demonstrada nos 27 princípios sobre desenvolvimento e meio ambiente da Convenção do Rio de 1992, especificamente no princípio número 07 desta Declaração, no qual os Estados desenvolvidos reconhecem suas responsabilidades com o desenvolvimento de todos bem como os Estados menos desenvolvidos reconhecem a forma de desenvolver

em respeito ao meio ambiente. Deste modo reconheceu-se que somente com a implantação da cooperação internacional seria possível o efetivo desenvolvimento sustentável.

Destaque-se que a cooperação internacional está prevista nos princípios consagrados nas duas convenções (1972 e 1992, sendo consagrados na Convenção de 2012) conforme destacado alhures, sendo o agente efetivo do desenvolvimento sustentável, ao lado das premissas estabelecidas nos compromissos assumidos pelos Estados para suas legislações internas.

A cooperação internacional possui ao menos dois tipos distintos de acordo com a Doutrina, que a classifica em cooperação tradicional e cooperação moderna, além de um terceiro tipo, mais recente, denominada triangular⁶ que vem sendo destacada a partir do surgimento de países emergentes. Fala-se ainda em cooperação norte-sul e cooperação sul-sul respectivamente, uma classificação atrelada à cooperação para o desenvolvimento que associa a cooperação tradicional como norte (países desenvolvidos doadores do norte global⁷) e sul (países subdesenvolvidos do sul global) de caráter assistencialista num contraponto com a cooperação sul-sul, a cooperação paritária e

⁶ Com seu conceito em construção, a Cooperação triangular é aquela na qual dois estados praticam a cooperação sul-sul e um terceiro estado ou mesmo uma organização internacional participa como fomentador (AYLLÓN PINO, 2013).

⁷ Norte e sul globais são definições contemporâneas que visam reunir os espaços dos países tidos por desenvolvidos, quase todos situados no norte, à exceção da Austrália e da Nova Zelândia, nomeados como Norte Global distinguindo-se dos países do terceiro mundo ou subdesenvolvidos, denominados como Sul global.

que busca benefícios mútuos entre países do sul global (SÁNCHEZ, 2002).

Assim, deve-se estabelecer que para fins deste artigo, a cooperação será abordada com duas concepções, a cooperação tradicional e a cooperação moderna, uma vez que o significativo na análise é o nível de tratativa e de compromisso com resultados em nível dos Estados entre si e a posição de fomento da ONU a esta ou àquela forma de cooperação, a partir dos objetivos das suas Convenções.

A cooperação tradicional possui caráter assistencialista e, na maioria dos casos, se revela importante em situações extremas nas quais um Estado passa por problemas extremos e recebe auxílio inicial de outro Estado, o doador. Esta “ajuda” produz efeitos benéficos num curto prazo, mas seu histórico demonstra uma melhora nos efeitos da situação extrema, mas as causas dos problemas geralmente persistem (SOUZA, 2014).

O modelo cooperativo tradicional não coloca os Estados em nível paritário, o que coloca o Estado recebedor em situação de dependência em relação ao Estado doador, o que pode gerar situações geopolíticas controversas.

Desta forma, o desenvolvimento sustentável a partir do modelo de cooperação tradicional seria prejudicado, uma vez que o envolvimento das partes redundaria invariavelmente em doação, assistência, empréstimo.

O modelo de cooperação moderna, ao contrário, se caracteriza pela paridade dos Estados e pela transferência de tecnologia, mão de obra especializada, treinamento. Criado a partir da experiência de países paritários, baseia-se na igualdade e os resultados são obtidos através de atividades duradouras, normalmente lastreadas operações técnicas aliadas às financeiras.

Ao desenvolvimento sustentável, que busca metas ousadas no sentido da preservação ambiental, não interessa a ajuda específica e sim um programa de apoio em longo prazo, diferentemente do que a cooperação norte-sul tradicional pode oferecer conceitualmente, mas apoiado na cooperação moderna, como já é feito em casos de cooperação sul-sul.

Apesar da opção lógica do fomento a cooperação moderna para a efetividade do desenvolvimento sustentável, não se pode afirmar que as convenções da ONU se referem a este modelo e tampouco se verifica que este modelo tem sido adotado, sendo de destacar talvez o contrário.

Ao se analisar especificamente as Declarações originárias das já citadas Convenções de 1972, 1992 e 1992 verifica-se que em 1992 já se havia chegado a um limite razoável de planejamento, havia a constatação da sua urgência e o meio escolhido para sua efetividade seria a cooperação, sendo claro que os países desenvolvidos deveriam intercambiar tecnologias que pudessem acrescer a sustentabilidade aos países em desenvolvimento.

O que se observou, contudo, é que a cooperação para o desenvolvimento sustentável não seria efetivada da forma

moderna, mas sim na forma tradicional, muito pela reserva dos países desenvolvidos de suas tecnologias e pela própria reserva de mercado ante as crises provocadas pela globalização e até mesmo pela geopolítica.

A inclusão expressa de objetivos sociais aliados aos objetivos ambientais notadamente após a Convenção de Johannesburgo de 2002, os ODM, também obrigou esforços da Comunidade Internacional no sentido de atender as louváveis metas de redução da miséria, e, de certa forma, minimizaram as questões ambientais frente às chocantes imagens da crescente miséria global.

Neste norte, a cooperação internacional tradicional era não só mais conveniente, como mandatária. A constante crise econômica mundial aliada ao retrocesso no discurso político mundial demonstrado nas Convenções sobre desenvolvimento sustentável posteriores a 2002 que a questão ambiental e o desenvolvimento sustentável tinham sido esvaziados desde a Convenção do Rio de Janeiro de 1992.

A análise destas convenções demonstra que desde 1997, na Reunião da ONU denominada “Rio +5”, verificou-se que os países não estavam politicamente engajados na implantação da Agenda 21, sendo observado o mesmo na Convenção Rio +10, realizada em 2002 em Johannesburgo, cujo objetivo principal era avaliar as dificuldades de implantação da Agenda 21 (BAPTISTA, 2005).

Por fim, a própria Convenção do Rio de 2012, conforme já destacado, foi mais uma demonstração da fragilidade do sistema de efetivação do desenvolvimento sustentável, comprometendo o próprio status da ONU perante a Comunidade Internacional como sua gestora (GUIMARÃES; FONTOURA, 2012).

De outro lado, houve uma aliança entre os objetivos do desenvolvimento sustentável e os objetivos sociais, destacada dos textos das Convenções da ONU do século XXI. Efetivamente, o direito ao desenvolvimento abarca não só o viés econômico, mas o social, o cultural e seus reflexos, sendo necessária a sinergia entre os pilares ambiental e social do desenvolvimento, aliados ao pilar econômico.

A ONU através da edição dos ODM – Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e sua ratificação na forma dos ODS – Objetivos do Desenvolvimento Sustentável trouxe a questão social ao centro dos esforços dos países e da ONU, de forma que a cooperação internacional do tipo moderna e todos os seus benefícios receberam a concorrência da cooperação tradicional, que atende de forma mais rápida a objetivos sociais, como transferência de renda e assistência.

Sendo mais adequada a atender demandas sociais, a cooperação tradicional é assim mais difundida e apesar de importante, a transferência de tecnologia pela cooperação moderna é fundamental para a sustentabilidade do desenvolvimento, de forma que a inserção dos objetivos

exclusivamente sociais dirige parte dos esforços de sustentabilidade para objetivos que podem ser atendidos pela cooperação tradicional, sem atender a sustentabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando-se a Convenção de Estocolmo de 1972 e todos os textos posteriores das Convenções da ONU, verifica-se que a cooperação internacional é fundamental para efetivação do desenvolvimento sustentável, sendo mesmo o elemento de ligação entre os países de forma a prover objetivos de forma pacífica.

Tal raciocínio é decorrente da própria estrutura da ONU, que inicialmente voltada para o desenvolvimento econômico como objetivo dos países, foi ao longo dos anos absorvendo novas demandas, como a sustentabilidade ambiental, em sua estrutura.

Desta forma, e considerando o reconhecimento do meio ambiente e do desenvolvimento como Direitos Humanos, somente a efetividade da sustentabilidade poderia atender a ambos ao mesmo tempo, tornando-os de opostos a alinhados. A via para esta opção é a cooperação internacional, que atende ainda integração dos povos e a paz, num completo e equilibrado sistema.

A cooperação possui duas formas básicas, a tradicional e a moderna, sendo a última realmente efetiva no sentido de efetivar o desenvolvimento sustentável, pois atende a transferência de tecnologia e planejamento necessários, com efeitos duradouros, a partir da consideração da paridade dos Estados.

Cumprе esclarecer que os Estados, desenvolvidos ou não, tem sua condição reconhecida perante a ONU e entre si, ao mesmo tempo em que reconhecem a necessidade preservação ambiental e uso lógico dos recursos naturais, de forma que a sustentabilidade permeia (ou deveria permear) as suas relações. E decore disso o principal elemento motivador da cooperação, que é a responsabilidade dos países desenvolvidos em transferir recursos técnicos de forma a permitir que os países em desenvolvimento possam desenvolver-se de forma sustentável.

Os referidos pressupostos implicam que a cooperação internacional moderna entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento deve ser privilegiada de forma a fomentar a transferência de tecnologia, sendo a ONU o principal fomentador desta forma cooperativa, como agente intergovernamental prevalente.

Apesar de presente nos textos das Declarações, a cooperação internacional não refletiu o necessário aumento de cooperação pelo modelo cooperativo moderno, sendo observada a prevalência do modelo cooperativo tradicional em volume de recursos, que é inadequado à efetividade do desenvolvimento sustentável (SOUZA, 2014).

Tal fato se explica por diversos fatores, mas cabe destacar alguns, a começar pela própria incongruência entre as Declarações e os atos dos países desenvolvidos, que não costumam cooperar e sim ajudar aos países em desenvolvimento, um conceito pouco adequado ao desenvolvimento sustentável, que depende do esforço dos países desenvolvidos em prol dos países em desenvolvimento, conforme reconhecido por estes em Convenção.

A efetividade buscada pela cooperação que permeia muitos dos princípios da Declaração do Rio de Janeiro de 1992 (rerratificada em 2012), somente pode ser alcançada com a transferência de tecnologia, de modo que se refere à cooperação moderna e não a cooperação tradicional, que além do assistencialismo, é em muitos casos é utilizada de forma a orientar as liberdades do Estado receptor, em autentica interferência política.

A incorporação do pilar social do desenvolvimento aos objetivos de desenvolvimento sustentável poderá fomentar práticas assistencialistas entre os países em detrimento da cooperação moderna. Hodiernamente os assuntos sociais estão ainda mais em foco que os assuntos ambientais e a própria edição dos Objetivos do Milênio, recentemente substituídos pelos ODS demonstram a mudança de foco nos objetivos da ONU, pois se por um lado se incorporou os demais pilares do desenvolvimento, especialmente o social, de outro retira do foco principal o desenvolvimento sustentável.

E se não há razões para duvidar da importância do pilar social, há que se considerar que num mundo baseado na economia capitalista, grassado pelo individualismo e pela exposição social, deve-se temer pelo meio ambiente desvalorizado em detrimento das ações sociais, especialmente considerando a primazia capitalista no desenvolvimento econômico.

As ações sociais com vistas ao desenvolvimento são tomadas invariavelmente de forma assistencialista, que se reflete no plano internacional. Assim, a cooperação tradicional prevalece em detrimento da cooperação moderna para ações sociais, o que de certa forma compromete atenções e recursos que poderiam ser ao menos parcialmente transferidos ao desenvolvimento sustentável.

E o intercâmbio tecnológico que poderia salvar o planeta vem sendo substituído pela doação e pelo tratamento vertical tradicional, em detrimento de uma cooperação moderna e paritária, em mais um dos anacronismos que têm espantado o mundo. Sem o intercâmbio tecnológico que pode ser efetivado pela cooperação moderna se terá apenas um tratamento superficial e sintomático do meio ambiente e do próprio desenvolvimento, desconsiderando os graves problemas que a protelação da sustentabilidade irá causar.

REFERÊNCIAS

AYLLÓN PINO, Bruno. **A cooperação triangular e as transformações da cooperação internacional para o desenvolvimento.** , 2013. Disponível em: <<http://ipea.gov.br>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

ANTUNES, C.; ANGELO, C. **Texto da Rio+20 será 'equilíbrio de descontentamentos', diz negociador.** Folha de São Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

BAPTISTA, Zulmira M. de Castro. **O novo Direito Internacional Público e suas consequências.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

FURTADO, Celso. **O Mito do Desenvolvimento Econômico.** 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

GUIMARÃES, Roberto Pereira e FONTOURA, Yuna Souza dos Reis da. **Rio+20 ou rio-20? Crônica de um fracasso anunciado.** São Paulo: Ambiente & Sociedade, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 14 set. 2016.

KINOSHITA, Fernando. **Breves considerações sobre o pilar ambiental e sua crescente inserção na cooperação internacional.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, out 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em Nov. 2016.

LAGO, A. A. C. **Estocolmo, Rio, Johannesburgo: o Brasil e a três conferências ambientais das Nações Unidas**. Brasil. Thesaurus, Editora. 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 597.

MILANI, Carlos. **Cooperação sul-sul e política externa: Brasil e China no continente Africano**. , 2013. Disponível em: <<http://fes.org.br>>. Acesso em: Nov. 2016.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo: Nobel, 1993.

SÁNCHEZ, Erick Román. **Cooperación y Desarrollo: Nueve Preguntas sobre el Tema**. Amycos, 2002.

SANTOS, Claire Gomes dos. CARRION, Rosinha da Silva Machado. **Sobre a governança da cooperação internacional para o desenvolvimento: atores, propósitos e perspectivas**. Rio de Janeiro, Rev. Adm. Pública Vol. 45 Nº 6 Nov./dec. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: Set. 2016.

SOUZA, André de Mello e. **Repensando a cooperação internacional para o desenvolvimento**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A contribuição das organizações internacionais ao desenvolvimento progressivo**

do direito internacional, 2005. Disponível em:<http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_X_XXII_curso_derecho_internacional_2005_Antonio_Augusto_Cançado_Trindade.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. MG, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOCIEDADE DE RISCOS: O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E OS ALIMENTOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

RISK SOCIETY: THE PRINCIPLE OF ADVERTISING AND GENETICALLY MODIFIED FOODS

Alberto Magalhães de Oliveira¹

Carlos Alberto Simões de Tomaz²

RESUMO: A presente pesquisa, de natureza teórica, seguindo o método descritivo-analítico, tem como objetivo demonstrar a importância da rotulagem que informa se o alimento é geneticamente modificado. Partindo da premissa de que, atualmente, vivemos em uma sociedade de riscos, termo esculpido por Ulrich Beck, onde a evolução da ciência trouxe consigo uma infinidade de riscos, muitas vezes de difícil observação, buscará demonstrar, como hipótese, que a precaução, como princípio ambiental, é a melhor forma de antever os problemas futuros. Para referendar tal hipótese, o presente artigo demonstrará a

¹ Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção aos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG (UIT). Especialista em Direito do Trabalho pela UNOPAR. Graduado em direito pela Universidade de Itaúna, licenciado em Filosofia pela FAERPI. E-mail: alberto.magalhaes@yahoo.com.br

² Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Professor do PPGD da Universidade Vila Velha/ES. Magistrado.

questão dos alimentos geneticamente modificados, suas características, seus aspectos políticos e jurídicos, e principalmente, a relação entre o princípio da publicidade e a obrigatoriedade de informar aos consumidores se o alimento é geneticamente modificado ou não.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos transgênicos. Rotulagem. Projeto de lei nº34/2015. Direito do Consumidor à informação.

ABSTRACT: The present research, of theoretical nature, following the descriptive-analytical method, aims to demonstrate the importance of the labeling that informs if the food is genetically modified. Starting from the premise that we currently live in a society of risks, a term sculpted by Ulrich Beck, where the evolution of science has brought with it an infinity of risks, often difficult to observe, will seek to demonstrate, as a hypothesis, that precaution, as environmental principle is the best way to anticipate future problems. In support of this hypothesis, this Article will demonstrate the issue of genetically modified foods, their characteristics, their political and legal aspects and, in particular, the relationship between the principle of advertising and the obligation to inform consumers whether or not the food is genetically modified.

KEYWORDS: Transgenic foods. Labeling. Bill no. 34/2015. Consumer Rights to information.

INTRODUÇÃO

Antes de entrar no objetivo central do presente artigo cumpre, inicialmente, introduzir conceitos fundamentais ligados aos alimentos transgênicos.

Organismos geneticamente modificados, ou OGM, é aquele que foi submetido a uma modificação de seu genoma, enquanto que transgênico é o organismo que recebeu parte de um outro organismo, ou seja, o primeiro foi modificado geneticamente enquanto que o segundo, além de ter sido modificado geneticamente recebeu genes de outra espécie que não a sua, por isso sempre será um organismo geneticamente modificado, enquanto que nem todo OGM é um transgênico.

A lei nº 11.105/2005 em seu artigo 3º traz diversas definições acerca da engenharia genética, dentre essas, em seu inciso V, há a definição de organismo geneticamente modificado, conforme exposto acima.

A parte da ciência que estuda o uso de agentes biológicos para obtenção de bens denomina-se biotecnologia, e biossegurança, conforme definição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA é a “condição de segurança alcançada por um conjunto de ações destinadas a prevenir, controlar, reduzir ou eliminar riscos inerentes às atividades que

possam comprometer a saúde humana, animal e o meio ambiente”³.

A Constituição Federal, em seu artigo 225, diz que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e no inciso V do parágrafo primeiro desse artigo, diz que para assegurar a efetividade desse direito incumbe ao poder público, “V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;”.

Para regular o inciso citado acima foi criada a Lei 8974/95, já revogada pela lei nº 11.105/05, em que se criou a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio⁴, órgão responsável por todas as questões relativas ao OGM.

A Lei 11105/05 criou o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, órgão de assessoramento superior do

³ ANVISA. Definição de biossegurança. Disponível em <<http://portal.anvisa.gov.br/conceitos-e-definicoes4>>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁴ Artigo 1º A. Fica criada, no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, instância colegiada multidisciplinar, com a finalidade de prestar apoio técnico consultivo e de assessoramento ao Governo Federal na formulação, atualização e implementação da Política Nacional de Biossegurança relativa a OGM, bem como no estabelecimento de normas técnicas de segurança e pareceres técnicos conclusivos referentes à proteção da saúde humana, dos organismos vivos e do meio ambiente, para atividades que envolvam a construção, experimentação, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, armazenamento, liberação e descarte de OGM e derivados.

Presidente da República para a formulação e implementação da Política Nacional de Biossegurança – PNB.

Em suma, a biotecnologia trouxe uma nova forma de trabalhar com os organismos, modificando-os, seja para aprimorarem características, como por exemplo, uma soja com melhor sabor, seja para aumentar sua resistência a pesticidas, consequentemente aumentando a produção.

Para diminuir, evitar, consequências indesejáveis da manipulação de organismo, há a biossegurança, no Brasil, representada principalmente pela CTNBio.

2. SOCIEDADE DE RISCOS

A sociedade evoluiu de uma maneira extremamente rápida nos últimos anos, inicialmente geradora de riscos localizados, como por exemplo, acidente em uma fábrica de explosivos, evoluiu para uma sociedade geradora de riscos globais, como por exemplo, os riscos nucleares e as mudanças climáticas, ou seja, a sociedade de riscos clássicos, essencialmente industrial, tornou-se uma sociedade de riscos globais, chamada por Ulrich Beck, de sociedade dos riscos.

O traço fundamental do livro de Ulrich está sobre a noção de que os riscos da modernidade, não podem ser totalmente conhecidos no momento atual e nem ao menos

possuem um dano real nesse momento, mas, num futuro podem gerar danos irreversíveis, conforme o autor:

Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente futuro. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto “amplificador do risco”. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje. (BECK, 2010, p.39)

Em outras palavras, podemos dizer que devido a uma evolução tecnológica e social sem precedentes na história, a sociedade, da mesma forma, evoluiu o nível e a quantidade dos riscos de uma forma sem precedentes, gerando riscos incalculáveis para a própria sociedade, na mesma linha, Délton Winter de Carvalho diz que:

A sociedade de risco demarca a passagem de uma primeira modernidade (modernidade simples) para uma modernidade reflexiva, ou seja, a passagem de uma modernidade fundada em uma racionalidade cientificista,

no Estado-Nação, na previsibilidade e calculabilidade dos riscos e perigos da técnica, na luta de classes e na segurança, para uma modernidade em que o êxito do capitalismo industrial gera uma autoconfrontação da sociedade industrial com suas próprias consequências: o surgimento de riscos globais, imprevisíveis, incalculáveis, invisíveis, transtemporais, transnacionais, como foi o caso paradigmático de Chernobyl. (CARVALHO, 2013, p.178)

Desse modo, a sociedade de riscos produz, cada vez mais, riscos invisíveis, incalculáveis, por vezes inevitáveis, Ulrich Beck denomina “efeito colateral latente” a desculpa, ou como se diz o autor, uma licença para a criação do risco, pois o que não pode ser previsto não pode ser evitado, conforme:

Os riscos podem, pois, ser legitimados pelo fato de que sua produção não foi nem prevista, nem desejada. As situações de ameaça precisam, portanto, na civilização cientificizada, romper o privilégio da tabuização que as certa e “nascer cientificamente”. Isto ocorre no mais das vezes sob a forma de um “efeito colateral latente”, que ao mesmo tempo admite e legitima a realidade da ameaça. O que não foi previsto tampouco podia ser evitado, tendo-se produzido com a melhor das intenções,

revelando-se uma criança problemática, indesejada, sobre cuja aceitação será necessário agora dividir. O raciocínio esquemático do “efeito colateral latente” equivale assim a uma espécie de licença, a um destino natural civilizatório, que simultaneamente reconhece, distribui seletivamente e justifica efeitos a serem evitados. (BECK, 2010, p. 41)

Pode-se citar como exemplo, o DDT, pesticida que foi muito utilizado após a segunda guerra que se mostrou extremamente prejudicial à saúde e foi proibido na década de 70 por diversos países, sendo proibido no Brasil apenas em 2009, por meio da Lei nº. 11.936⁵. Claramente era um risco previsível, mas, mesmo assim, foi utilizado no Brasil por décadas até a sua proibição, ou seja, enquanto puderam lucrar, as grandes indústrias utilizaram o produto, mesmo sabendo dos riscos, pois o DDT já estava proibido em diversos países.

⁵ Proíbe a fabricação, a importação, a exportação, a manutenção em estoque, a comercialização e o uso de diclorodifeniltricloreto (DDT) e dá outras providências.

3. OS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS

O Brasil é o segundo maior produtor de transgênicos do mundo, em matéria publicada pelo Serviço Internacional para a Aquisição de Aplicações em Agrobiotecnologia (ISAAA), conforme segue:

O Brasil está em segundo lugar, perdendo somente para os Estados Unidos em áreas cultivadas com transgênicos no mundo, com 40,3 milhões de hectares (acima dos 36,6 milhões registrados em 2012) e está emergindo como um forte líder global de variedades transgênicas. Pelo quinto ano consecutivo, o Brasil foi o propulsor de crescimento mundialmente em 2013, aumentando sua área cultivada com transgênicos mais do que em qualquer outro país no mundo – um aumento recorde de 3,7 milhões de hectares, o que corresponde a um aumento impressionante ano - após - ano de 10 %. O Brasil plantou 23 % (acima dos 21% registrado em 2012) da área cultivada mundial de 175 milhões de hectares e tem consolidado sua posição consistentemente diminuindo a lacuna com os EUA. Um sistema eficiente de aprovação no Brasil facilita a adoção. Em 2013, o Brasil plantou comercialmente a primeira soja combinada com resistência a inseto e tolerância a

herbicida em 2.2 milhões de hectares.
(JAMES·2013)

A grande controvérsia sobre os alimentos transgênicos está sobre o risco de causar mal à saúde. Alguns são a favor, pois é a evolução da produção, um alimento transgênico tem produtividade muito maior que um alimento comum, entretanto há aqueles que dizem que os alimentos trazem riscos à saúde, para esses, há um descontrole na liberação dos transgênicos no Brasil, aqueles a favor dos transgênicos dizem que o Brasil possui um sistema eficiente de aprovação, os que são contra, dizem que esse sistema é frágil, conforme segue:

O fato de duas autorizações de transgênicos para fins comerciais (soja RR e algodão Bollgard) terem sido concedidas sem os necessários estudos prévios sobre possíveis situações de riscos ambientais impostas por esses OGM, demonstra a fragilidade e falta de rigor científico na tomada de decisões no País. (NODARI, 2007, p.260)

Sem entrar no mérito dos benefícios, e malefícios, dos alimentos transgênicos, é necessário analisar os históricos deles no Brasil, principalmente do ponto de vista político- jurídico-social.

A Lei nº 8.974/95 foi a primeira a estabelecer normas para o uso das técnicas de engenharia genética e a liberação de

organismos geneticamente modificados no meio ambiente. Segundo referida lei, ela regulamentava os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal⁶, os quais versam sobre manipulação de material genético e controle de substâncias que causam risco à saúde e ao meio ambiente.

Supracitada lei foi totalmente revogada pela Lei nº 11.105/05 que se propôs expressamente a regulamentar os incisos II, IV e V do § 1º do artigo 225, incluindo o inciso que diz respeito ao estudo prévio de impacto ambiental e sua publicidade.

Conforme informativo do *GreenPeace*, houve uma ação judicial em 1998 que deixou fora de mercado os produtos transgênicos até 2003, conforme segue:

Foi em 1998 que, pela primeira vez, a Monsanto conseguiu a aprovação para sua soja RoundupReady, a qual foi autorizada pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio). Após essa aprovação, o Greenpeace e o Instituto de

⁶ Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

Defesa do Consumidor (IDEC) entraram com um processo na 6ª Vara de Justiça Federal contra a Monsanto e o governo. Esse processo marcou o início da moratória judicial para liberações comerciais de transgênicos no Brasil e fez com que as variedades transgênicas permanecessem fora do mercado entre 1998 e 2003. (GREENPEACE,2007)

Referida ação teve como escopo impedir que houvesse liberação de organismos geneticamente modificados sem um estudo prévio de impacto ambiental, publicada em 26 de junho de 2000, a sentença condenou a União a realizar tais estudos, conforme segue:

Com estas considerações, julgo procedente a presente ação para condenar a União Federal a exigir a realização de prévio Estudo de Impacto Ambiental da MONSANTO DO BRASIL LTDA, nos moldes preconizados nesta sentença, para liberação de espécies geneticamente modificadas e de todos os outros pedidos formulados † CTNBio, nesse sentido; declaro, em consequência, a inconstitucionalidade do inciso XIV do artigo 21 do Decreto nº1.752/95, bem assim das Instruções Normativas nºs. 03 e 10 - CTNBio, no que possibilitam a dispensa do

EIA/RIMA, na espécie dos autos. Condeno, ainda, a União Federal a exigir da CTNBio, no prazo de 90 (noventa) dias, a elaboração de normas relativas à segurança alimentar, comercialização e consumo dos alimentos transgênicos, em conformidade com as disposições vinculantes da Constituição Federal, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 18.078/90) e da legislação ambiental, na espécie, ficando obrigada a CTNBio a não emitir qualquer parecer técnico conclusivo a nenhum pedido que lhe for formulado, antes do cumprimento das exigências legais, aqui, expostas. (BRASIL. ACP nº 1998.34.00.027682-0)

De modo pouco convencional, o governo federal, em 2003, editou a Medida Provisória 113, que teve como objetivo estabelecer normas para a comercialização da produção de soja de 2003, ou seja, uma norma foi criada para regram um acontecimento específico, qual seja, o plantio de soja da safra de 2003, deixando claro, em seu artigo 1º, que a soja daquele ano não estaria sujeita às exigências da Lei nº 8.974/95, vigente à época.

Conforme o Greenpeace, tal medida foi de encontro à decisão judicial e à própria Constituição Federal:

A forte pressão por parte da Monsanto, do governo do Rio Grande do Sul e dos agricultores que plantaram ilegalmente a soja

transgênica forçaram o governo federal a resolver o assunto. No dia 26 de março de 2003, o governo federal, através da Medida Provisória (MP) 113, autorizou o uso comercial da soja transgênica cultivada ilegalmente nos alimentos para consumo humano e animal para mercado doméstico e internacional até janeiro de 2004. Essa decisão foi contra as promessas eleitorais do governo. A MP desrespeitava uma decisão judicial do Tribunal Regional Federal e também a Constituição Federal, que demanda um Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA). (GREENPEACE, 2007)

Para aqueles que contrários aos transgênicos a decisão judicial foi um ganho para a saúde e para o meio ambiente, entretanto para aqueles que apoiam, tal decisão judicial atrasou a evolução do Brasil na produção de alimentos, conforme explicita Walter Colli:

Quando a nova CTNBio se instalou, em fevereiro de 2006, em decorrência da Lei 11.105/05 e do Decreto 5.591/05, promulgado em novembro de 2005, havia apenas dois organismos geneticamente modificados liberados para uso comercial. O primeiro foi a soja RR já mencionada, cuja liberação comercial foi suspensa por decisão judicial, e

o segundo foi o algodão BollGard, aprovado em março de 2005, ao apagar das luzes da CTNBio antiga, que foi dissolvida pela promulgação da Lei de Biossegurança em 24/3/2005. Havia ainda duas vacinas transgênicas aprovadas para uso em animais. A proibição judicial impôs um atraso na agricultura brasileira considerável deixando o país atrás da Argentina, país vizinho que nunca enfrentou os problemas de oposição que existem no Brasil. (COLLI, 2011)

Claramente, podemos perceber que existem dois lados, aqueles que são contra os transgênicos, ressalta-se o Greenpeace por motivos ambientais, e o IDEC por questões consumeristas, e aqueles que são a favor dos transgênicos, como por exemplo, os políticos, bem como as indústrias, tanto as produtoras de transgênicos quanto as que apenas os utilizam, uma vez que sua produtividade é bem maior que a do alimento comum.

4. OS INTERESSES DISTINTOS EM RELAÇÃO AOS TRANSGÊNICOS

Não obstante a importância sobre os alimentos transgênicos fazerem mal à saúde ou não, o presente artigo objetiva demonstrar a existência de um terceiro lado interessado, aqueles que se preocupam com o direito à informação.

Em busca pela internet podemos facilmente encontrar publicações, artigos, estudos, tanto em relação aos malefícios dos transgênicos quanto aos benefícios, ou pelo menos, sobre os não malefícios.

A questão é que não há nenhum estudo conclusivo, mas, se pensarmos nos alimentos transgênicos sobre o enfoque de uma sociedade riscos, podemos concluir que, mesmo que haja algum dano, à saúde ou ao meio ambiente, a melhor forma que possamos lidar com a situação é por meio da precaução.

No direito ambiental existem dois grandes princípios norteadoras das condutas de efeito futuro, o princípio da prevenção e o da precaução, se diferenciam posto que o primeiro lida com o dano certo, cientificamente comprovado, e o segundo quando esta comprovação não é possível, pelo menos no momento, importante citar as palavras de Maria Luiza Machado Granziera:

Os vocábulos prevenção e precaução, na língua portuguesa, são sinônimos. Todavia, a doutrina jurídica do meio ambiente optou por distinguir o sentido desses termos, consistindo o princípio da precaução em um conceito mais restrito que o da prevenção. A precaução tende à não-autorização de determinado empreendimento, se não houver certeza de que ele não causará no

futuro um dano irreversível. A prevenção versa sobre a busca da compatibilização entre a atividade a ser licenciada e a proteção ambiental, mediante a imposição de condicionantes ao projeto. (GRANZIERA, 2009, p.55)

Pode-se inferir que, no caso dos alimentos transgênicos, devemos aplicar o princípio ambiental da precaução, não apenas no que se refere ao meio ambiente em si, como por exemplo o alto uso de agrotóxico devido à resistência dos transgênicos, mas também em relação à saúde humana, como alterações de órgãos e aumento de alergias e outras doenças.

Para que haja precaução é necessário que haja, primordialmente, informação sobre o produto, desse modo, mesmo que você seja um cidadão que consome transgênicos sem problemas, ou seja, é a favor deles, merece ter o direito à informação. Principalmente voltado para aqueles que são contrário aos transgênicos, a rotulagem permite que esses possam escolher não os consumir.

Assim, pode-se propor a existência de um terceiro interesse distinto, existe aqueles contra os transgênicos, e por isso não o consomem, existem aqueles a favor, e existe o terceiro tipo de interesse, sendo esse, interessado na informação sobre os transgênicos, dessa forma podendo optar por se consumi-lo ou comprar outro produto, ou seja, esse último preocupa-se mais com seu direito à informação, como bom consumidor.

5. LEGISLAÇÃO SOBRE A ROTULAGEM DOS TRANSGÊNICOS

A rotulagem de alimentos possui uma complexa estrutura normativa, é composta, principalmente por diversas portarias da ANVISA – Agencia Nacional de Vigilância Sanitária.

Sobre a rotulagem dos transgênicos, a primeira a norma a tratar do tema foi o Decreto 3871/01, revogada pelo Decreto nº 4680/03. Em seu artigo 1º disciplinava que alimentos produzidos com organismos geneticamente modificados em quantidade superior a quatro por cento deveriam conter informação nesse sentido. Conforme parágrafo primeiro, “§ 1º Na hipótese do **caput** deste artigo, o rótulo deverá apresentar uma das seguintes expressões: "(tipo do produto) geneticamente modificado" ou "contém (tipo de ingrediente) geneticamente modificado”.

O Decreto nº 4680/03, por sua vez, deixa claro que tem como objetivo regulamentar o direito à informação previsto no Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90. Referido decreto diminui a porcentagem para 1%, ou seja, alimentos produzidos, ou que contenham, mais que um por cento de transgênico deverá conter a informação sobre a natureza transgênica do produto bem como um símbolo sobre essa condição.

Referido símbolo foi definido pela Portaria nº2658/03 do Ministério da Justiça, tal símbolo é um “T” dentro de um

triângulo, podendo ser amarelo e preto, em rótulos coloridos, e preto e branco em rótulos a serem impressos em preto e branco.

6. O PROJETO DE LEI Nº 34/2015

O projeto de lei da Câmara, de número 4148/08, cuja autoria pertence a Luís Carlos Heinze, foi aprovado pela Câmara Legislativa, sendo enviado ao Senado com o nº 34/2015.

Referido projeto de lei já recebeu dois votos no senado, um contrário e outro a favor, merecem destaque partes de ambos os votos.

A favor do projeto de lei, votou o Senador Cidinho Santos, abaixo transcrição de parte do voto:

Não obstante, não encontramos explicação para a redução, aparentemente aleatória, do percentual de 4 para 1%, nos decretos de 2001 e 2003. No Japão, por exemplo, é obrigatória a rotulagem para produtos com 5% ou mais. [...]

Adicionalmente, como já afirmamos, não se verifica, por estudos científicos, que alimentos transgênicos causem mal à saúde humana. [...]

Por outro lado, há alimentos que contêm glúten, lactose, gorduras trans, ou mesmo sal ou açúcar em quantidades tais que agravam males conhecidos, como hipertensão,

obesidade ou diabetes. Nem por isso a sociedade tem demandado símbolos destacados (G, para glúten, L, para lactose, ou GT, para gorduras trans) que alertem para a existência de tais ingredientes nos alimentos, bastando a menção por escrito.

Contrário ao projeto de Lei, votou a Senadora Regina Sousa, conforme abaixo:

Dizer que o consumo de alimentos transgênicos não traz danos ou riscos potenciais à saúde humana é desconsiderar os diversos trabalhos científicos publicados em revistas especializadas que atestam esse fato. De acordo com a extensa revisão bibliográfica feita por Jeffrey M. Smith, animais de laboratório testados com alimentos geneticamente modificados tiveram: crescimento reduzido; sistema imunológico afetado; sangramentos estomacais; crescimento celular anormal e potencialmente pré cancerígeno nos intestinos; desenvolvimento afetado de células sanguíneas; má formação de estruturas celulares no fígado, pâncreas e testículos; alteração da expressão de genes e do metabolismo celular; lesões no fígado e rins; aumento de fígado, pâncreas e intestinos; redução das enzimas digestivas;

elevação de açúcar no sangue; inflamação do tecido pulmonar; aumento das taxas de morte; mortalidade mais alta de filhotes. O autor americano aponta também casos de reações alérgicas em seres humanos em função do pólen do milho transgênico Bt nas Filipinas e do contato com o algodão Bt na Índia. Denuncia ainda o aumento em 50% dos casos de alergias à soja no Reino Unido pouco tempo após a introdução da soja geneticamente modificada.

O pesquisador francês Gilles-Eric Séralini e colaboradores detectaram o aumento de casos de câncer em ratos alimentados pelo milho transgênico NK603, da Monsanto, liberado no Brasil desde 2008. Segundo esse estudo, publicado na revista *Food and Chemical Toxicology*, de setembro 2012, e conduzido ao longo de dois anos (o que corresponde ao ciclo de vida completo dos animais), a mortalidade das fêmeas que receberam esse tipo de alimento é duas ou três vezes maior em comparação com as que comeram alimentos não alterados geneticamente. As chances de tumor nos ratos que consumiram milho transgênico também foram até três vezes maiores comparadas aos demais animais da espécie.

A senadora, perceptivelmente contrária aos transgênicos, reconhece que existem estudos que não encontram associação de

citados alimentos com doenças, concluindo que há uma ausência de consenso sobre esse assunto.

Para sermos ainda mais exatos e justos em nossa argumentação, é preciso reconhecer que se, de um lado, há inúmeras pesquisas que apontam riscos à saúde humana pelo consumo de alimentos transgênicos, por outro, há estudos que não encontram essa associação.

Por isso, podemos dizer que o único consenso a respeito dos impactos à saúde humana do consumo de produtos à base de transgênicos é a ausência de consenso.

Ambos os votos refletem bem a realidade atual dos transgênicos, há quem é a favor, há quem é contra. A grande questão é que, mesmo aqueles que são a favor aos alimentos transgênicos, que efetivamente consomem transgênicos, têm direito à informação. Nesse sentido, o parecer da Parecer da COMISSÃO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÃO, COMUNICAÇÃO E INFORMÁTICA, anexado ao projeto de lei, conforme abaixo:

Registre-se, por oportuno, que o direito fundamental do consumidor à informação independe da presença ou da ausência de riscos à sua saúde advindos do produto. Assim, ainda que se

alegue a inexistência de riscos decorrentes de OGMs, ao consumidor é garantido o acesso. Registre-se, por oportuno, que o direito fundamental do consumidor à informação independe da presença ou da ausência de riscos à sua saúde advindos do produto. Assim, ainda que se alegue a inexistência de riscos decorrentes de OGMs, ao consumidor é garantido o acesso integral às informações relativas ao produto, inclusive no que se refere às suas características e composição.

Tal parecer vai além e explica a grande questão do projeto de lei, que aparentemente, aos olhos do homem comum, não causaria mal algum, mas que na verdade traria o fim, ou pelo menos a diminuição, da rotulagem dos transgênicos. A primeira norma sobre a rotulagem, o Decreto 3871/01, trazia uma porcentagem de quatro por cento, enquanto que a legislação posterior, o decreto 4680/03, abaixou essa porcentagem para um por cento, ou seja, acima disso caberia a informação no rótulo.

O projeto de lei, ora em comento, mantém a mesma porcentagem da legislação em vigor, ou seja, um por cento, porém acrescenta a necessidade de uma análise específica na composição final do produto, ou seja, um óleo de soja passará por análise específica para verificar se possui soja transgênica, a grande questão é que, em alimentos processados, tal análise poderá não comprovar a presença de matéria prima transgênica, mesmo constituindo porcentagem acima de um por cento. Tal questão é suscitada pela Comissão:

Assim, no sistema atual, basta que determinada espécie transgênica tenha sido utilizada para que advenha a necessidade de rotulagem do produto acerca da presença de OGM. A lógica é simples: havendo matéria-prima transgênica, deverá ocorrer a rotulagem. Observe-se que, dada a facilidade de se identificar a presença de OGM na matéria-prima utilizada no produto, não há necessidade de qualquer comprovação laboratorial.

Já pela proposta contida no PL n.º 34, de 2015, a identificação da origem transgênica seria realizada no próprio produto final, através de análise laboratorial...

Na prática, como a maior parte dos alimentos que contém OGM em sua constituição são (ultra) processados (como óleos e margarinas, por exemplo), a detecção da origem transgênica não será possível de ser realizada. Com isso, a **matéria-prima poderá ser 100 % transgênica, mas, em função do processo industrial de fabricação do alimento, este não mais poderá ser identificado como produto de um OGM,** dada a impossibilidade de se detectar o DNA da matéria-prima transgênica.

Como bem explica a Ana Paula Bortoletto, pesquisadora do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, a inclusão da

“análise específica” para a comprovação da origem transgênica do produto “é um detalhe técnico que dificulta ter essa informação porque, como a detecção só acontece se tivermos o DNA, o material genético do alimento transgênico, quase nenhum alimento processado, industrializado, vai ter o DNA inteiro para fazer essa análise. Então, **no produto final, não necessariamente vamos encontrar a prova laboratorial de que ele é transgênico.** E o que importa para o consumidor é saber se a matéria prima usada no produto é ou não transgênica. (Sem grifos no original)

Desse modo, caso o projeto de lei seja aprovado, a rotulagem de produtos transgênicos não mais ocorrerá, indo contra o que preconiza o código de defesa do consumidor, onde em seu artigo 6º, inclui como direito básico do consumidor, que lhe seja assegurada a liberdade de escolha e a informação adequada dos produtos e serviços, com especificação das características e da composição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os alimentos transgênicos estão longe de ser unanimidade, há os contrários e o que são a favor, no presente artigo defende-se uma terceira visão, a daqueles que querem,

apenas, a informação sobre o produto, independente se causam mal ou não.

Quanto ao meio ambiente, novamente a questão do transgênico é polêmica, é indiscutível a questão da produtividade, onde o transgênico possui maior eficiência, até por que este é o motivo de serem modificados geneticamente. Entretanto, mesmo que não haja um dano claro nesse momento, na sociedade de riscos atual, todo cuidado é pouco, pois não são conclusivos os efeitos a longo prazo dos alimentos transgênicos.

Na sociedade de riscos existem situações aparentemente vantajosas, mas que podem se converter em perigos sem precedentes na história, nessa linha, Délton Winter de Carvalho diz que:

Pode ser facilmente percebido que na era atual, inúmeras situações de perigo convertem-se em situações de risco (intervenções do homem na natureza a partir do surgimento da biotecnologia), bem como surgem novas espécies de risco (riscos invisíveis oriundos da utilização da energia atômica, de novas tecnologias e da indústria química). (CARVALHO, 2013, p.181)

Acima de qualquer debate sobre os transgênicos, seus malefícios ou benefícios, deve estar o direito do consumidor em

ter informações sobre o produto que vai comprar, conforme preconiza a lei, desse modo, caso aprovado o projeto de lei, o consumidor sairá lesado.

Conforme informativo do IDEC, um terço dos consumidores do mundo vivem em países que possuem normas de rotulagem de produtos transgênicos:

Um terço dos consumidores do mundo vivem em países que têm normas obrigatórias de rotulagem de alimentos transgênicos pelo menos para alguns produtos. Entre esses países estão China, Japão, Tailândia, Coreia do Sul, Taiwan, Austrália, Nova Zelândia, Rússia, Arábia Saudita, Ilhas Maurício, Brasil, Equador, Chile, Noruega, Islândia, Suíça, Croácia e todos os membros da União Europeia (Reino Unido, França, Alemanha, Suécia, Dinamarca, Finlândia, Espanha, Portugal, Itália, Grécia, Áustria, Irlanda, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Chipre, Malta, República Checa, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Polônia, Eslováquia e Eslovênia). (IDEC, 2005)

Importante salientar que o princípio da transparência, ante a sua própria importância, obriga o produtor a informar as características do produto sejam quais forem, conforme ensina Emanuelle Brandão:

Diante do exposto é visível a suma importância da informação designada e disponível para o consumidor, pois é a partir desta que o consumidor tem o conhecimento esmiuçado de informações do produto. Neste esmiuçado de informações, não importa se o conjunto de dados que ali existem beneficiam ou prejudicam o consumidor ou o fornecedor, a verdade é que as informações quanto características, quantidades, se contém ou não transgênia, peso periculosidade, riscos e afins devem constar no rótulo para a satisfação do consumidor e do próprio fabricante, evitando assim problemas futuros para ambos. (BRANDÃO, 2011)

Nesta mesma linha, referendando a importância do direito à informação, Fernanda Nunes Barbosa explica que tal direito extrapola a legislação infraconstitucional, sendo um direito fundamental, segundo o autor:

A verificação de que o direito à informação não está contido apenas em legislações infraconstitucionais, mas também nas Constituições mais recentes, como o direito fundamental, também denota que seus efeitos não se restringem à ordem privada dos sujeitos, mas irradiam-se na consideração

pública do campo indisponível da cidadania ativa, segundo a concepção contemporânea que não a vê somente no exercício do direito oponível ao Estado, mas em face do poder econômico. (BARBOSA, 2009, p.60)

Jorge Fernando Sampaio Monteverde e Wallace Ferreira Carvalhosa vão além e dizem que é dever do governo, por meio de políticas socioeducativas, instrumentalizar o consumidor para tornar efetivas as normas de rotulagem, transformando-o em um componente efetivo da biovigilância, sendo eles:

Portanto, para uma mudança do cenário brasileiro diante deste problema, cabe ao Governo, por meio de políticas socioeducativas e às empresas, através de informações transmitidas pela mídia, à capacitação da sociedade para escolha consciente de qual alimento consumir e a habilitação para denunciar irregularidades verificadas em rótulos, tornando o consumidor um componente efetivo e importante da biovigilância. Assim, ocorreria a real implementação da legislação relativa à rotulagem alimentos geneticamente modificados, valorizando sempre o interesse público e o bem-estar social. Este processo requer investimentos em longo prazo, pois depende também da mudança de comportamento e valores, tanto dos

consumidores, como da indústria.
(MOTEVERDE, CARVALHOSA, 2014)

Neste sentido, importante citar uma iniciativa do governo do Estado de São Paulo, que por meio da Lei Estadual nº14274, foi além da obrigação imposta pelo Decreto Federal e impôs aos estabelecimentos comerciais que os produtos transgênicos fiquem em local específico, não podendo ser expostos de modo a confundir o consumidor com produtos semelhantes não-transgênicos, em outras palavras, em um supermercado, por exemplo, os alimentos transgênicos devem ficar em locais separados dos demais alimentos.

Independente da opinião do consumidor sobre os produtos transgênicos, lembrando que nem os cientistas chegaram ao consenso, o que deve prevalecer é o direito à informação, acima de tudo por ser um direito básico do consumidor e uma obrigação do Estado em atuar para efetivar referido direito. Caso o projeto de lei supracitado seja aprovado, independente dos transgênicos causarem mal ou não, o consumidor será lesado em um de seus direitos mais básicos, a informação.

REFERÊNCIAS

ANVISA. **Definição de biossegurança**. Disponível em <<http://portal.anvisa.gov.br/conceitos-e-definicoes4>>. Acesso em: 13 out. 2017.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: Direito e Dever nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BRANDÃO, Emanuelle Monção de Campos. Produtos transgênicos: rotulagem e o direito à informação do consumidor. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9678&revista_caderno=10>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 3.871, de 18 de julho de 2001**. Disciplina a rotulagem de alimentos embalados que contenham ou sejam produzidos com organismo geneticamente modificados, e dá outras providências. Brasília, 18 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3871.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003**. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. Brasília, 24 de abril de 2003. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4680.htm>.

Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal. **Ação Civil Pública nº 1998.34.00.027682-0**. Juiz Titular da 6ª Vara. Dr. Antônio Souza Prudente. Disponível em:

<http://www.greenpeace.org/brasil/PageFiles/4686/SentencaJudicial_20000626.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. **Lei 8.078/90**. Código de Defesa do Consumidor.

Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso

em: 14 out. 2017

BRASIL. **Medida Provisória nº113**. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas_2003/113.htmimpresao.htm> Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº2658/03. Definir o símbolo de que trata o art. 2º, § 1º, do Decreto 4.680, de 24 de

abril de 2003, na forma do anexo à presente portaria. D.O.U., 26/12/2003 - Seção 1. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33916/393963/Portaria_2685_de_22_de_dezembro_de_2003.pdf/54200bc1-8c57-4d36-bf1e-2045fcff1919>. Acesso em: 14 out. 2017

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2013.

COLLI, Walter. **Organismos transgênicos no Brasil: regular ou desregular?** Rev. USP nº.89 São Paulo mar./maio 2011. Disponível em <http://rusp.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-99892011000200011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 out. 2017.

COMISSÃO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÃO, COMUNICAÇÃO E INFORMÁTICA. **Parecer no projeto de lei nº34/2015**. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3436575&disposition=inline>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

GREENPEACE. **O contexto político dos transgênicos no Brasil**. Disponível em <http://www.greenpeace.org/brasil/Global/brasil/report/2007/8/greenpeacebr_050430_transgenicos_documento_contexto_politico_port_v1.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

IDEC. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Em discussão, a rotulagem dos OGMs**. Disponível em <http://www.idec.org.br/uploads/revistas_materias/pdfs/2005-05-ed88-cidadania.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

JAMES, Clive. **Relatório nº46**, Status Global das Cultivares Transgênicas Comercializadas, 2013. Disponível em <http://cib.org.br/wp-content/uploads/2014/02/2014_JamesClive_ISAAAEExecutiveSummary_Port.pdf> Acesso em: 14 out. 2017.

MONTEVERDE, Jorge Fernando Sampaio; CARVALHOSA, Wallace Ferreira. Responsabilidade do estado na rotulagem dos alimentos transgênicos: a educação do consumo. In: **Congresso nacional CONPEDI/UFPPB**. (org.). Responsabilidade do estado na rotulagem dos alimentos transgênicos: a educação do consumo. 1.ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014, v. 24, p. 329-343.

NODARI, Rubens Onofre. A engenharia genética é o foco das preocupações sociais e das normas relacionadas à biossegurança IN: **ALMANAQUE BRASIL SOCIOAMBIENTAL 2008**. São Paulo: Instituto Socioambiental -ISA, 2007.

SANTOS, Senador Cidinho. Voto no projeto de lei nº34/2015. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=6009721&disposition=inline>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Lei 14274/2010**. Dispõe sobre a rotulagem de produtos transgênicos no Estado e dá outras providências. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2010/lei-14274-16.12.2010.html>>. Acesso em: 14 out. 2017.

SOUSA, Senadora Regina. **Voto no projeto de lei nº34/2015**. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=6009721&disposition=inline>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

CRIAÇÃO INTENSIVA: MISÉRIA ANIMAL PERMITIDA POR UMA LEGALIDADE IMORAL

INTENSIVE LIVESTOCK FARMING: THE ANIMAL MISERY ALLOWED BY AN UNETHICAL LAWFULNESS

Laura Timponi Medeiros¹

Deilton Ribeiro Brasil²

RESUMO: Este artigo visa apresentar a problemática que envolve a criação intensiva, a falácia ética da legalidade como violação dos direitos dos animais. Seu principal objetivo é expor uma visão sobre o que acontece por trás da criação intensiva de animais, bem como o conflito existente entre a criação intensiva e o Direito dos Animais, atrelando legalidade e moralidade à indústria animal para explicar que mesmo permitida por lei, não necessariamente será moral. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise de leis, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

¹ Bacharel em Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves – UNIPTAN.

² Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor do PPGD - Mestrado em Direito “Proteção dos Direitos Fundamentais” e Graduação da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASA).

PALAVRAS-CHAVE: Direito dos animais; Criação intensiva; Abolicionismo Animal.

ABSTRACT: This article aims to present the problematic that involves the intensive livestock farming, the ethical fallacy of legality as violation of animal rights. Its main objective is to present a vision of what happens behind of intensive creation of animals, as well as the conflict between intensive creation and animal law, linking legality and morality to the animal industry to explain that even allowed by law, not necessarily is moral. It's a theoretical-bibliographical-natured research guided by a descriptive-analytical method about related laws, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

KEYWORDS: Animal law; Intensive livestock farming; Animal Abolitionism.

INTRODUÇÃO

A criação intensiva carrega por trás muito sofrimento por parte dos animais, que têm uma vida completamente restrita e fora do curso natural, uma vez que além de viverem trancafiados, acabam sendo torturados e se alimentando de forma artificial. Considerando que todos possuem o direito de ver seus direitos preservados, pode-se perceber claramente, que mesmo a criação intensiva sendo legal esta não é moral, pelo fato de que submete os animais a condições precárias, causando-lhes sofrimentos desde o nascimento até o momento do abate.

Sendo assim, este trabalho será de suma importância para o mundo acadêmico, uma vez que procura tratar desta matéria tão relevante e ainda aventada de forma preconceituosa por boa parte da população.

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema no que se refere ao criação intensiva de animais sob o viés de uma legalidade imoral. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros.

Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

2. DIREITO DOS ANIMAIS

2.1. Previsão legal

O direito dos animais no Brasil, inicialmente foi tratado com descaso, pois havia uma visão fechada de que os mesmos não tinham direito à liberdade, à integridade física e principalmente à vida. No passado, falar em direito dos animais poderia ser entendido como algo insensato, porém, atualmente, a expressão já é considerada uma realidade aceitável, pelo menos por boa parte da população. Ao longo dos anos, vários foram os decretos e leis que dispunham sobre direito dos animais, porém, vale destacar para este artigo os citados abaixo.

Com o advento da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 as normas de Direito Ambiental passaram a ganhar força, mais especificamente, o capítulo VI, que dispõe sobre “Meio Ambiente”.

O artigo 225 da CRFB/88 impõe ao Poder Público incumbências para defender e preservar o meio ambiente, vedando práticas de crueldade contra os animais. O inciso VII do referido artigo, dispõe: “VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.” Vale ressaltar que, atualmente, o conceito de fauna abrange todas as espécies que habitarem o solo brasileiro.

Assim sendo, o Brasil é um dos poucos países do mundo a proibir, na própria Constituição os maus tratos aos animais, reconhecendo o dever de respeitar a vida e a integridade física.

Merece ênfase para fins históricos o revogado Decreto-lei nº 24.645/34, que estabelece medidas de proteção aos animais. O referido dispositivo coloca sob tutela do Estado “todos os animais existentes no país” (artigo 1º), e mais, atribui ao Ministério Público a função de substituto legal dos mesmos, com capacidade, assim como os membros das “Sociedades Protetoras dos Animais”, de assisti-los em juízo (Artigo 2º, § 3º). Ocorre que é utopia acreditar na abolição da violência contra os animais, mesmo estes sendo tutelados pelo Estado.

O artigo 3º do revogado Decreto-Lei nº 24.645/34 enumerava trinta e uma situações consideradas maus tratos, dentre elas, vale destacar os seguintes incisos, para a finalidade deste artigo:

- I - Praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;
- II - Manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;
- III - Obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento para deles obter

esforços que, razoavelmente não se lhes possam exigir senão com castigo;

VI - Não dar morte rápida, livre de sofrimento prolongado, a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo ou não;

VII - Abater para o consumo ou fazer trabalhar os animais em período adiantado de gestação;

XX - Encerrar em curral ou outros lugares animais em número tal que não lhes seja possível moverem-se livremente, ou deixá-los sem água ou alimento por mais de doze horas;

XXI - Deixar sem ordenhar as vacas por mais de vinte e quatro horas, quando utilizadas na exploração de leite;

XXIII - Ter animais destinados à venda em locais que não reúnam as condições de higiene e comodidade relativas; XXV - Engordar aves mecanicamente;

XXVI - Depelar ou depenar animais vivos ou entregá-los vivos à alimentação de outros.

Em 1998, foi criada a legislação ambiental, a Lei nº 9.605/98, um grande avanço no âmbito do direito dos animais, visto que indica as penalidades previstas, bem como, constitui como agravante de pena, em seu artigo 15, II, m, o emprego de métodos cruéis para abate e captura de animais. E mais, dispõe em seu artigo 32:

Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

A aludida lei também permite o abate animal, conforme segue:

Artigo 37 - Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;

II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;

III - (VETADO);

IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

Outrossim, a Lei de Contravenções Penais -Decreto-lei nº 3.688/41 prevê penalização para os maus tratos com os animais, mais especificamente no artigo 64:

Artigo 64 - Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena - prisão simples, de 10 (dez) dias a 1 (um) mês, ou multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza, em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§ 2º - Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público.

Um grande avanço no âmbito do direito comparado é o novo Estatuto Jurídico dos Animais (Lei nº 8/2017), derivado de projetos de lei e aprovado por unanimidade no dia 22 de dezembro de 2016, entrou em vigor no dia 01 de maio de 2017 em Portugal.

O Estatuto altera o Código Civil Português, que considerava os animais como “coisas”, dotando agora os animais de sensibilidade e proteção jurídica. Sem dúvidas demonstra que o legislador brasileiro está se preocupando com os animais, o que não ocorria nos tempos remotos. Do texto, os seguintes artigos merecem destaque:

Artigo 3.º Aditamento ao Código Civil: São aditados ao Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de novembro de 1966, os artigos 201.º -B, 201.º -C, 201.º -D, 493.º -A, 1305.º -A e 1793.º -A com a seguinte redação:

Artigo 201.º -B – Animais: os animais são seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza.

Artigo 201.º -C - Proteção jurídica dos animais: A proteção jurídica dos animais opera por via das disposições do presente código e de legislação especial.

Artigo 1305.º -A - Propriedade de animais:

1 - O proprietário de um animal deve assegurar o seu bem-estar e respeitar as características de cada espécie e observar, no exercício dos seus direitos, as disposições especiais relativas à criação, reprodução, detenção e proteção dos animais e à salvaguarda de espécies em risco, sempre que exigíveis.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, o dever de assegurar o bem-estar inclui, nomeadamente:

a) A garantia de acesso a água e alimentação de acordo com as necessidades da espécie em questão;

b) A garantia de acesso a cuidados médico - veterinários sempre que justificado, incluindo as medidas profiláticas, de identificação e de vacinação previstas na lei.

3 - O direito de propriedade de um animal não abrange a possibilidade de, sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos que resultem em sofrimento injustificado, abandono ou morte.

Em contrapartida, a legislação brasileira, embora essencialmente antropocêntrica, contém um lastro de dispositivos apropriados a resguardar alguns direitos dos animais, livrando-os de maus tratos e sofrimentos desnecessários. É fato que, na realidade os “maus tratos” é um tanto comum em determinados lugares, visto que como explanado acima, a penalidade é branda para tais crimes.

2.2. A Declaração Universal dos direitos dos animais

A proteção jurídica dos animais no âmbito internacional é feita por diversas normas, em especial, pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais (1978), elaborada pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), em Bruxelas.

A referida Declaração institui que “todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência” (artigo 1º).

Ainda, a própria Declaração, fala sobre o respeito aos animais, enfatizando que o homem não pode exterminar ou explorá-los, ressaltando o direito à existência. Tem o homem o dever de dispor os seus conhecimentos a serviço dos animais, sendo estes submetidos aos cuidados e proteção do homem e não julgados a maus tratos, como muito ocorre. Sobre abate, é feita a ressalva que, se necessário matar, o animal deve ser morto instantaneamente, sem dor e de modo a não provocar-lhe angústia.

Também merecem destaque especial os artigos:

Artigo 9º Quando o animal é criado para alimentação, ele deve de ser alimentado, alojado, transportado e morto sem que disso resulte para ele nem ansiedade nem dor.

Artigo 11º Todo o ato que implique a morte de um animal sem necessidade é um biocídio, isto é um crime contra a vida.

Artigo 12º 1. Todo o ato que implique a morte de um grande número de animais selvagens é um genocídio, isto é, um crime contra a espécie. 2. A poluição e a destruição do ambiente natural conduzem ao genocídio.

Artigo 13º 1. O animal morto deve de ser tratado com respeito. 2. As cenas de violência de que os animais são vítimas devem de ser interditas no cinema e na televisão, salvo se elas tiverem por fim demonstrar um atentado aos direitos do animal.

Entretanto, a Declaração Universal do Direito dos Animais é apenas um norte de como deveria ser a relação entre homem e animal. Ela assevera que o homem deve entender que não é somente ele que tem direito à existência e nem a gozar da natureza e seus recursos.

2.3. O animal como sujeito de direito

Ainda existe o pensamento de que os animais são propriedade humana, porém, a expressão “direito dos animais” nos remete a outra linha de pensamento. Ora os animais são dotados de amparo jurídico, havendo inclusive previsão legal de sanções para atos de crueldade e maus tratos, não restam dúvidas que os animais são titulares de certos tipos de direitos.

No Brasil, a própria Constituição Federal abarcou a proibição das práticas que submetam os animais a crueldade à hierarquia de norma constitucional, o que, levando em consideração o Princípio da Supremacia da Constituição, lhe conferiu ampla força jurídica.

Entre os defensores do reconhecimento da personalidade jurídica dos animais, destaca-se Peter Singer, autor do livro

Libertação Animal, que abriu portas para que os outros países começassem a pensar sobre o tema. No Brasil, a Revista Brasileira de Direito dos Animais (Bahia) é importante na defesa deste tema.

Também o Decreto Lei nº 24.645/34 foi um grande avanço no âmbito do Direito dos Animais. Importante ressalva feita por Danielle Rodrigues,

Ao considerar que o Ministério Público possui legitimidade para substituir as partes para as quais atua em nome próprio, na qualidade de autor ou réu, de pessoas físicas ou jurídicas a quem são atribuídas personalizações, o legislador, mediante o Decreto 24.645, não só conferiu nova função relevantíssima ao Ministério Público, mas também reconhece que os animais não são meramente coisas como se abstrai do Código Civil. (RODRIGUES, 2003)

Ora, se os animais fossem considerados “coisas”, não deveria ter o Ministério Público legitimidade para a aludida substituição processual determinada pela norma em tese, havendo claramente um conflito de leis.

Ainda, o Estatuto Jurídico dos Animais português reconhece-os como seres vivos dotados de sensibilidade. Tal legislação altera o Código Civil português, segundo o qual os animais eram “coisas”, e confere aos animais proteção jurídica.

Contudo, considerando que o direito é um interesse agasalhado pela lei, assim, é cediço que os animais são sujeitos de direito, e não “coisas”.

2.4. Legalidade x Ética e Moral

É importante destacar os conceitos de Ética e Moral, a fim de aplicá-los a este estudo. A esse respeito André Coelho traz a seguinte definição:

Ética tem a ver com o "bom": é o conjunto de valores que apontam qual é a vida boa na concepção de um indivíduo ou de uma comunidade. Moral tem a ver com o "justo": é o conjunto de regras que fixam condições equitativas de convivência com respeito e liberdade. Éticas cada qual tem e vive de acordo com a sua; moral é o que torna possível que as diversas éticas convivam entre si sem se violarem ou se sobreponem umas às outras. Por isso mesmo, a moral prevalece sobre a ética (COELHO, 2007)

Ademais, Carlos Naconecy colaciona os seguintes conceitos:

As normas morais implicam uma obrigação “interna”: a própria pessoa impõe a norma a si mesma, reconhecendo em sua própria consciência uma auto-obrigação,

independentemente de que essa norma provenha da família, da escola, da religião ou do meio social. Com efeito, a consciência humana só reconhece um princípio moral que ela mesma aceita como obrigatório ou racionalmente exigível. (...) As normas legais impõem uma obrigação “externa”: é aconselhável, mas não necessário que a pessoa aceite a lei de bom grado para que ela seja cumprida. No caso de descumprimento de uma norma legal, a pessoa terá que responder aos tribunais de justiça, mas não necessariamente à sua consciência. (...) Portanto, legalidade não é garantia de moralidade. Uma lei escrita num código pode ser injusta (grifo nosso). Logo, a obediência a leis não esgota a responsabilidade ética. Legisladores determinam quem tem ou não tem direitos legais, e as leis mudam conforme muda a opinião pública e as motivações políticas. A Ética não é tão arbitrária assim. Lembremos que o trabalho infantil e a escravidão já foram legalmente permitidos em certa época no nosso país; hoje são considerados antiéticos. O adultério, que até pouco tempo era crime previsto no código penal brasileiro; atualmente é visto como uma questão privada. No mesmo sentido, se os animais merecem respeito ético, e se o nosso sistema jurídico não reconhece isso,

então é esse sistema que deve mudar (grifo nosso), (NACONECY, 2006, p. 36-37)

Assim, é cediço que apesar de algumas práticas serem aceitas legalmente, estas podem não ser éticas e nem morais, tendo como exemplo a criação intensiva, onde os animais são tratados de forma injusta, vivendo como escravos do ser humano.

Ainda, Carlos Naconecy afirma que:

Algumas dessas pessoas pensam que uma defesa ética dos animais implica necessariamente em adorar ou se emocionar ao ver um deles, ou mesmo gostar de tê-los como companhia em casa. (...) Da mesma forma, alguém não precisaria ter filhos para mostrar que respeita crianças ou para denunciar a exploração infantil. (...) O tratamento que dispensamos a eles é antiético. Os animais não são como nós, mas são suficientemente parecidos conosco para que sejam incluídos na comunidade moral. Há uma guerra sendo travada todos os dias contra uma infinidade de animais, que não podem se proteger, posto que são fracos e vulneráveis. Este livro quer fornecer munição filosófica a favor da parte mais fraca desse conflito. Se os animais não podem falar para se defender, é preciso que alguns de nós o façamos, protegendo-os da insensibilidade ou da ganância da outra parte. Faz-se necessário,

em suma, uma filosofia de combate
(NACONECY, 2006, p. 19)

Levando em consideração os conceitos apresentados, mesmo sendo a criação intensiva permitida, esta submete os animais de consumo humano a condições onde os mesmos têm seus direitos totalmente violados, sofrendo excessivamente até o abate. Os animais são produzidos como em "fábricas", onde passam privações desde o seu nascimento, tendo uma vida inteira totalmente fora do curso natural, mantidos em condições desapropriadas, em espaços ínfimos, a fim de que se obtenha o maior lucro possível, afinal, o lucro move essas indústrias. A alimentação é pouco natural, por vezes forçada, o que gera riscos não só à saúde animal, quanto aos humanos que os consomem (consumindo também hormônios em excesso, entre outras substâncias que geram riscos).

O direito animal está longe de extinguir a crueldade, porém, deve reconhecer que a ética e moral não abarcam apenas a espécie humana, pois esta não é superior às demais. Se um ser sofre, não há qualquer justificativa moral para deixarmos de levar em conta seu sofrimento, não importando a natureza, já que o princípio da igualdade requer que o sofrimento seja considerado na mesma medida entre os semelhantes.

3. ANIMAIS DE CONSUMO HUMANO

3.1. Abatedouros e suas falhas

É fantasia acreditar que os abatedouros são ambientes que proporcionam bem-estar ao animal durante a sua (curta) vida. Os abatedouros são locais pequenos abrigando grande quantidade de animais aglomerados, privando-os de movimento ou descanso, até mesmo de respiração. Ambientes que geram um completo estresse ao animal, que é privado de ter uma vida natural e digna, para viver trancafiado à mercê do ser humano e seus egoísmos.

E como se não bastassem as privações e sofrimentos passados pelos animais desde o nascimento, no abate são colocados em situação de completa angústia, ao passo que muitos morrem lentamente através de pancadas recebidas. À sangue frio, os animais são abatidos sem qualquer compaixão, sem qualquer respeito à vida, ou ao menos a uma vida digna.

A crueldade no processo de abate dos animais é ignorada, afinal poucas pessoas se dispõem, a saber, porque os animais são submetidos a atos de extrema brutalidade antes de chegarem às mesas dos consumidores. Porém, é mais fácil fechar os olhos diante dessa situação do que mudar o modo antropocêntrico de pensar.

Vários documentários já revelaram a verdade por trás dos abatedouros. Temos como exemplo alguns clássicos como

“Terráqueos” e “A carne é fraca”, que mostram a exploração cruel da humanidade para com os animais, desde os domésticos até os de consumo, contendo cenas fortes de sofrimento animal ao abarcar toda a trajetória da carne até chegar ao prato do homem, revelando um choque de realidade.

O documentário “cowspiracy” merece destaque, uma vez que mostra os efeitos nefastos da agropecuária na sustentabilidade, revelando que tal atividade é a maior responsável pelo desmatamento, consumo e poluição de água, sendo o principal motivo de quase todas as destruições ambientais.

Os abatedouros brasileiros disparam em total falta de higiene e extrema crueldade na matança de animais de consumo humano. Em pesquisa feita pela ONG Amigos da Terra, que percorreu o Brasil entre setembro de 2012 e fevereiro de 2013 para aferir as condições de abate de competência estadual e municipal, com 280 unidades visitadas, cerca de 30% da carne consumida pelos brasileiros é produzida em condições precárias, com pouca ou sem qualquer inspeção veterinária para sua manipulação (o que coloca em risco a vida dos consumidores).

A ONG Amigos da Terra, após a pesquisa, criou o vídeo “Radiografia da Carne” com cenas cruéis de abate em abatedouros de oito estados brasileiros. Animais são transportados vivos empilhados na carroceria de caminhões, sendo arrastados pelo chão, agonizando, submetidos a bastão elétrico e mortos com

golpes de marreta na cabeça. E o festival de horrores se repete em muitos casos de abate de animais.

Choques elétricos empurram o boi pelo estreito corredor, enquanto um trabalhador – sem camisa, luvas ou equipamento de proteção – segura uma marreta e aguarda a hora de desferir o golpe. Na sala de abate, sob as patas do animal, poças de sangue e restos de outros bovinos e suínos. Quando o martelo atinge a cabeça do gado, ele desaba no chão imundo. Numa bacia ao lado – de onde transborda um líquido de cor avermelhada, formado por uma mistura de água e sangue – é enxaguado o facão. (Trecho do documentário “Radiografia da Carne no Brasil”)

Jonathan Safran Foer, em sua obra “Comer Animais”, relata diversas situações em que os animais são tratados com descaso, bem como os malefícios da agropecuária:

Funcionários (de um abatedouro de porcos) apagando cigarros na barriga dos animais, (...), estrangulando-os e jogando-os em poços de esterco para que se afogassem; (...) também enfiavam agulhões elétricos nas orelhas, bocas, vaginas e ânus dos porcos. (...) *Temos travado uma guerra, ou melhor, deixado uma guerra ser travada contra todos os animais que comemos. Essa guerra é nova*

e tem nome: criação industrial. (...) No mundo das criações industriais, as expectativas são viradas de cabeça para baixo. Os veterinários não trabalham buscando a melhor saúde possível, mas o maior lucro possível. As drogas não são usadas para curar doenças, mas como substitutos para sistemas imunológicos destruídos. As criações não visam produzir animais saudáveis.(...) A criação animal usa, a cada ano, 756 milhões de toneladas de grãos e cereais para alimentar aves, porcos e gado bovino, bem mais do que o necessário para alimentar o 1,4 bilhão de seres humanos que vivem em extrema pobreza (FOER, 2011, p. 185)

A Lei nº 7.889/89 dispõe sobre a inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, porém esta lei descentraliza a fiscalização dos abatedouros, em seu artigo 4º, dando poderes aos estados e aos municípios, conforme segue redação:

Art. 4º - São competentes para realizar a fiscalização de que trata esta Lei: a) o Ministério da Agricultura, nos estabelecimentos mencionados nas alíneas a, b, c, d, e, e f, do artigo 3º, que façam comércio interestadual ou internacional; b) as Secretarias de Agricultura dos Estados, do

Distrito Federal e dos Territórios, nos estabelecimentos de que trata a alínea anterior que trata a alínea anterior que façam comércio intermunicipal; c) as Secretarias ou Departamentos de Agricultura dos Municípios, nos estabelecimentos de que trata a alínea a desde artigo que façam apenas comércio municipal; d) os órgãos de saúde pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, nos estabelecimentos de que trata a alínea g do mesmo artigo 3º.

A descentralização demonstrada acima gera desconexão entre as fiscalizações federal, estadual e municipal, tendo como consequência a falha inspeção dos abatedouros.

Em reportagem de José Carlos Oliveira para a página Câmara Notícias, foi constatada uma CPI para investigar o abate dos animais no Brasil:

Diante da gravidade do caso, o deputado Ricardo Tripoli (PSDB-SP) anunciou a articulação de uma CPI para investigar esses casos. "Vou tentar de forma conjunta, Câmara e Senado, uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar tanto a questão da saúde pública quanto o abate humanitário e o respeito aos nossos animais" O coordenador da Frente Parlamentar Ambientalista, deputado Sarney Filho (PV-MA), apoiou à iniciativa de criação da CPI. O deputado Tripoli, autor do pedido

de audiência pública, pediu mais rapidez na tramitação de seu projeto de lei (PL 215/07), que institui o Código Federal de Bem-Estar Animal, e tramita na Câmara desde 2007. (Trecho da reportagem)

Como verificado, a CPI está em trâmite até os dias atuais, desde 2007, o que corrobora o descaso do governo nos assuntos que envolvem o bem-estar do animal de consumo humano.

3.2. Abolicionismo animal

Com o passar dos anos, começou a ser reivindicada uma posição séria em relação aos direitos dos animais, algo que realmente resguardaria todos os direitos garantidos pelas leis que tratam dos animais, e não tão somente, o “tratamento humanitário”, pois este não garante a proteção jurídica dos animais e o tão idealizado *status* moral.

Assim, surgiram movimentos em prol animal, como a Libertação Animal e o Abolicionismo Animal, que tiveram como marco a obra de Peter Singer “Libertação Animal”. Tal obra, além de demonstrar abusos sofridos pelos animais, defende que tais abusos violam o princípio fundamental de justiça.

A Libertação Animal entende que muitas espécies têm pelo menos o interesse de não sofrer. Peter Singer defende, porém, uma certa ponderação, onde deve levar-se em conta a capacidade mental do ser (utilitarismo), conferindo diferentes graus de importância moral do mesmo, ao passo que os animais mais semelhantes ao homem deveriam possuir valor moral mais elevado que outros, que poderiam até ser considerados coisas, o que foi motivo de muitas críticas a essa corrente. Michael Leahy criticava a posição de Singer:

Para Leahy, uma posição como essa pode nos levar ao absurdo de considerar a morte de um animal mais reprovável do que a morte de um ser humano anencéfalo, ou ainda, ter de salvar a vida de um animal cuja espécie esteja ameaçada de extinção em detrimento de um ser humano que se encontre em estado de indigência (GORDILHO, 2006, p. 77).

Em que pese a Libertação Animal ter sofrido críticas, esta abriu portas para o chamado Abolicionismo animal. Em contrapartida, o abolicionismo animal, “reivindica abolição imediata da exploração dos animais, independente das consequências que isso possa gerar, uma vez que os interesses básicos dos animais são mais importantes do que qualquer consideração custo-benefício” (GORDILHO, 2006, p. 80).

O abolicionismo animal tem como principal defensor Tom Regan, e pauta-se na abolição do uso de animais pela ciência,

dissolução da agropecuária comercial e proibição da caça esportiva ou comercial.

Heron Gordilho (2006) afirma que:

Quando um sistema é injusto em sua essência, o respeito pela justiça demanda a sua total abolição, de modo que toda exploração animal, sendo intrinsecamente imoral, independente das vantagens e desvantagens que possa trazer, viola o direito natural que todos nos temos o dever moral de respeitar (GORDILHO, 2006, p. 80).

Tom Regan defende que ao invés de melhorar as condições de vida dos animais, garantindo gaiolas mais ampla, por exemplo, deve-se defender gaiolas vazias, pois é impossível um sistema injusto ser flexibilizado.

Assim como a escravidão humana, a escravidão animal é injusta por excluir esses seres da esfera de incidência do princípio da igual consideração de interesses, pois, tanto em uma quanto em outra, o interesse do proprietário será sempre considerado superior (GORDILHO, 2006, p. 87).

Assim, se os princípios e regras constitucionais forem levados a sério, conclui-se que qualquer lei ou ato administrativo que aprecie legítima a crueldade contra os animais é inconstitucional.

A corrente abolicionista é a defendida no presente artigo, pois nenhum animal deve ser submetido a explorações, nenhum animal deve ser escravizado pelo ser humano. Se a Constituição Federal garante igualdade e dignidade esta deve ser estendida também aos animais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abate humanitário resta-se totalmente utópico, uma vez que não há nada humanitário em manter um animal trancafiado, com data marcada para morte, em um ambiente totalmente alheio ao natural, mesmo que as formas de abate sejam “isentas” de sofrimento. Ora os animais já passam sua vida sofrendo, já têm sua vida totalmente restrita, como não estariam sofrendo? O que teria de humanitário nisso?

A indústria da carne trata os animais como objeto, como uma mercadoria, desvalorizando a sua existência, rotulando-a com um valor, definindo quanto custa a vida, ou seja, “coisificando” os animais.

O abolicionismo animal é uma ideologia que prega o respeito à vida dos animais, afastando toda exploração, conferindo

a estes status moral, como seres que, assim como os seus agressores, sentem dor e merecem uma vida digna e livre, longe de qualquer tipo de crueldade.

É certo que, atualmente, o direito animal está longe de extinguir a crueldade, porém, deve reconhecer que a ética e moral não abarcam apenas a espécie humana, pois esta não é superior às demais. Os seres humanos escravizam os animais para servi-los, e se esquecem de que toda forma de vida deve ser respeitada e amparada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, S. **Visão Abolicionista:** ética e direitos animais. São Paulo: Libra Três, 2010.

ASSUMPÇÃO, R. ;OLIVEIRA, J. Deputados propõem CPI para investigar crueldade em abate de animais, In Agência Câmara Notícias. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/439601-DEPUTADOS-PROPOEM-CPI-PARA-INVESTIGAR-CRUELDADE-EM-ABATE-DE-ANIMAIS.html>>.
Acesso em: 28 de mar. 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm>. Acesso em 28 mar. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em 30 mar. 2017

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941**. Lei das contravenções penais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 30 mar. 2017

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1996**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017

BRASIL. **Projeto de Lei PL 215/2007**(Assembleia Legislativa).Institui o Código Federal de Bem-Estar Animal. São Paulo, 2007. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=341067>>.Acesso em: 28 de mar. 2017

COELHO, A. **Filosofia moral**: ética e moral. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2007/11/filosofia-moral-tica-e-moral.html>>.Acesso em: 27 de nov. 2016.

C, T. **A legislação brasileira em relação aos direitos dos animais**. Disponível

em:<<http://www.portalnossomundo.com/site/direito/a-legislacao-brasileira-em-relacao-aos-direitos-dos-animais.html>>. Acesso em: 14 mar. 2017

DIAS, E. Os animais como sujeitos de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 1, p.119-121, 2006.

FEIJÓ, A. DOS SANTOS; C. GREY, N.O animal não-humano e seu status moral para a ciência e o Direito no cenário brasileiro. **Revista de Bioética y Derecho**, Barcelona, n.19, mai. 2010. Disponível em: <http://www.ub.edu/fildt/revista/RByD19_art-gonc&isa&camp.htm>. Acesso em 15 mar. 2017

FELIPE, S. **Ética e experimentação animal**: fundamentos abolicionistas. Florianópolis: EUFSC, 2007.

FOER, J. **Comer Animais**. São Paulo: Rocco, 2011.

GORDILHO, H. **Abolicionismo animal**. Recife-PE, 2006.

NACONECY, C. Bem-estar animal ou libertação animal? Uma análise crítica da argumentação antibem-estarista de Gary Francione. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 4, n. 5, p. 235-267, jan./dez. 2009.

NACONECY, C. **Ética & animais**: um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre - RS: EDIPUCRS, 2006. 234 p.

NACONECY, C. Os marcadores morais do debate sobre a experimentação animal. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 9, n. 15, p. 95-130, jan./abr. 2014.

PEA. **Animais para consumo**. Disponível em: <<http://www.pea.org.br/crueldade/abatedouro/>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

PORTUGAL. Lei nº 8, de 03 de março de 2017. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/106549655>>. Acesso em: 20 mar. 2017

RODRIGUES, D. **O Direito & os Animais, uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa**. Curitiba: Juruá, 2003.

SANTOS FILHO, E. **Direito dos animais**: comentários à legislação federal brasileira. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 57, set 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3115>. Acesso em 14 mar. 2017.

SINGER, P. **Libertação animal**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SPALLINI, M. **O Holocausto Animal**. Disponível em: <<https://oholocaustoanimal.wordpress.com/2014/02/16/abate-humanitario-ignora-que-direito-a-vida-vale-tambem-para-os-animais/>>. Acesso em: 6 nov. 2016

UNESCO. Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

Disponível em:

<<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em 06 nov. 2016.

O BACHARELISMO E A MAGISTRATURA NO BRASIL
IMPERIAL
THE BACCALAUREATE AND JUDICIARY IN THE
EMPIRE OF BRAZIL

*Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho*¹

*Eriverton Resende Monte*²

RESUMO: A presente pesquisa trata sobre o bacharelismo e a magistratura no Brasil Imperial, período que teve o início com a Independência em 1822 e seu término com a República em 1889. Faz-se a seguinte indagação: como ocorreu o bacharelismo e a magistratura durante o Brasil Imperial? Constatou-se que o ensino jurídico no Brasil período teve ênfase aos interesses de Portugal pela necessidade de manutenção do controle burocrático e político, e diante da ausência de curso de Direito no país; em decorrência disso, o processo de ensino-aprendizagem foi desenvolvido de forma precária e a magistratura portou-se de maneira peculiar na atividade política. A origem do ensino jurídico no Brasil teve a influência da Universidade de Coimbra.

¹ Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho é Professor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: erivaldofilho@hotmail.com

² Eriverton Resende Monte é Doutorando pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bolsista do Programa de RH-DOUTORADO da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas (FAPEAM). Procurador da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e docente do Centro Universitário do Norte (UNINORTE-Laureate). E-mail: eriverton.monte@gmail.com

Os primeiros cursos foram criados em 1827, nas cidades de São Paulo e Olinda. O perfil acadêmico do discente estava caracterizado pelo positivismo na leitura de códigos, longe de uma preparação jurídica mais densa e ampla, e a vida política caracterizada como uma constante durante o Império. A magistratura servia de forma privilegiada de ingresso na elite política, com passagem por diversos cargos do Estado, exercício simultâneo de funções administrativas e judiciais. Os magistrados e o judiciário formaram segmentos sociais e mecanismos funcionais que compuseram a máquina da administração da justiça, juntos para interpretar e aplicar a legalidade estatal, garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesse das elites dominantes. A metodologia utilizada associou-se com o contexto histórico, foi descritiva e analítica, tendo por base fontes bibliográficas nacional e estrangeira, normas jurídicas e positivadas (constitucional e infraconstitucional).

PALAVRAS-CHAVE: Bacharelismo. Ensino Jurídico. Magistratura.

ABSTRACT: The present research deals with baccalaureate and magistracy in the Empire of Brazil, a period that began with Independence in 1822 and terminates with the Republic in 1889. The main question is: how did baccalaureate and magistracy occur during the Empire of Brazil? It was verified that the legal education in the Empire of Brazil emphasized the Portugal's interests due to the need of maintaining bureaucratic and political

control, and to the absence of a law course in the country; As a result, the teaching-learning process was precariously developed and the judiciary was peculiarly involved in political activity. The origins of legal education in Brazil were influenced by the University of Coimbra. The first law courses were created in 1827, in the cities of São Paulo and Olinda. The student academic profile was characterized by the positivism doctrine and its demand of reading codes, far from a denser and broader legal preparation, and characterized for a constant political life during the Empire. The judiciary served as a privileged way to join the political elite, obtain positions in the State, deal with simultaneous administrative and judicial functions, as well as judicial functions performed by layman and police. Magistrates and the judiciary formed social segments and functional mechanisms that composed the machinery of the justice administration, joined to interpret and apply state legality, ensure the security of the system, and resolve interest conflicts of the dominant elites. Thus, for example, may emerge new researches correlated with the study proposed here in the current educational process developed in the country. The methodology used was associated with the historical context, it was descriptive and analytical, based on national and foreign bibliographic sources, legal norms and positive (constitutional and infraconstitutional).

KEYWORDS: Bachelor's degree. Legal Teaching. Magistrature.

INTRODUÇÃO

Nossa preocupação foi retratar o bacharelismo e a magistratura no Brasil Imperial, período que teve início com a Independência em 1822 e término com a Proclamação da República em 1889, notadamente no século XIX. Nesse interstício, vale acrescentar que, foi outorgada a primeira Constituição do Brasil em 1824, a qual estabeleceu a separação de poderes.

Com o escopo de situar o estudo proposto, cumpre explicar que a expressão “bacharelismo” é utilizada em sentido amplo o bacharel abrange diversas áreas como magistério, educação física, administração, licenciatura, ciências econômicas, dentre tantas outras. A expressão *graduates* (graduado), conforme Holanda (2016, p. 275) significa “[...] aqueles que possuem grau universitário, ou seja, o equivalente, no universo anglófono, a bacharel”.

Compreende-se que bacharelismo engloba a graduação e se estende ao exercício da profissão jurídica. Desse modo, em síntese conceitual e com o propósito de entendimento na pesquisa corrente, o termo bacharelismo significa o estudo jurídico na graduação e a atuação dos profissionais do Direito após a formação acadêmica, com característica marcante para a política durante a vida acadêmica e depois de sua conclusão, para, em seguida, exercer função jurídica, visto que nesse período o ensinar e aprender direito não era a prioridade da Corte portuguesa.

Adorno (1988, p. 26 – 27; 157) ao discorrer sobre a profissionalização da política e do bacharelismo liberal, em sua análise sobre a militância política, enquanto educação cívico-intelectual e sentimental dos bacharéis, proclama que as características da vida acadêmica produziram um tipo intelectual educado para a vida política e disciplinado ao liberalismo, ou seja, a vida acadêmica, as formações culturais e profissionais do bacharel não tiveram a direção para as atividades curriculares. Por isso, depreende-se que o autor inclui no termo bacharelismo tanto a formação acadêmica quanto à profissionalização.

Tem-se por objetivos gerais conhecer o ensino jurídico no Brasil Imperial e entender o papel da magistratura também nesse mesmo período. Sendo assim, surge a seguinte indagação a ser respondida no decorrer do texto: como ocorreu o bacharelismo e a magistratura durante o Brasil Imperial? O desenvolvimento propriamente dito está dividido em duas partes para que se possa alcançar os objetivos e responder ao questionamento formulado.

Salienta-se o modelo de ensino jurídico no Brasil Imperial, com destaque para a Universidade de Coimbra como paradigma à formação brasileira, com descrição de suas características prevalentes nessa ligação do estudo jurídico e a implementação de cursos no país, baseado nos interesses da Coroa portuguesa, na acepção se era suficiente para preparar os discentes em sua formação acadêmica.

Posteriormente, alentamos, a proposta, a normatização e o modelo adotado na formação brasileira, com indicação das

finalidades, dos locais de criação dos primeiros cursos jurídicos e o motivo da escolha das cidades, características e o perfil dos discentes durante a execução da vida acadêmica.

Abrangemos em seguida os aspectos da magistratura brasileira no Império, descrevendo os destaques dos bacharéis em outras áreas (na política, advocacia, promotoria e na polícia), a burocracia vinculada à magistratura desenvolvida pela Coroa no Brasil Imperial, a composição e a organização do Poder Judicial, com ênfase nas reformas, assim como o perfil, a carreira e a atuação dos magistrados.

A metodologia utilizada depara-se com um contexto histórico, a mesma é descritiva e analítica, tendo por base fontes bibliográficas nacional e estrangeira, normas jurídicas e positivadas (constitucional e infraconstitucional).

Os cursos jurídicos de graduação no Brasil são tradicionalmente tidos como elitizados e o seu número vem aumentando significativamente, o que reforça os questionamentos quanto a sua qualidade, tal como se torna substancial descrever e entender a magistratura que tem por finalidade promover a pacificação social.

Por tais razões, justifica-se esse estudo por descrever um período do nascedouro do ensino do Direito no Brasil, identificado pela criação das primeiras faculdades. Assim, torna-se relevante visualizar o primeiro modelo adotado e suas

consequências aos bacharéis, principalmente à magistratura brasileira fruto dessa formação.

2. MODELO DE ENSINO JURÍDICO NO BRASIL IMPERIAL

O estudo jurídico no Brasil teve forte influência do modelo da Universidade de Coimbra, conforme adiante será apresentado, por interesse do Império português pela necessidade de manutenção do controle burocrático e político, e diante da ausência de cursos de direito no país.

O ensino superior no Brasil demorou, considerando o lapso temporal entre o período colonial e o início do século XIX para criação dos primeiros cursos, e foi o último país ocidental a instituir uma universidade. O jesuíta Marçal Beliarde tentou instituir uma universidade em 1592, mas sem aprovação de Roma, a ideia não prosperou (SILVA, 2013, p. 20).

De acordo com Carvalho (2003, p. 69 - 70) o governo português não permitia a instalação de ensino superior nas colônias, quando recebeu um pleito para uma escola de medicina a pedido da capitania de Minas Gerais (1768), o Conselho Ultramarino respondeu ser uma questão política, que a implementação poderia enfraquecer a dependência da colônia e a necessidade de estudo em Portugal ajudava a sustentar a dependência das colônias. Segundo Leal (1949, p. 186) em Lisboa, os assuntos da Colônia eram submetidos ao referido Conselho, à

Mesa da Consciência e das Ordens, ao Desembargo do Paço e à Casa de Suplicação.

Tendo em vista este hiato temporal, entre as tentativas fracassadas do jesuíta Marçal Beliarde e da capitania de Minas Gerais, até as primeiras academias, salta-se para o século XIX.

A graduação somente iniciou com a chegada da Corte em 1808, ainda na Colônia, com uma Real Academia dos Guardas-Marinhas e uma Academia Real Militar (1808 e 1810), duas Escolas de Medicina uma no Rio de Janeiro e outra Salvador (1813 e 1815) e a Academia Belas-Artes em 1820 (CARVALHO, 2003, p. 73 - 74).

O ensino superior serviu de poderoso elemento unificador de ordem ideológica da elite imperial. Para tanto, três foram as razões: quase toda a elite possuía estudos superiores; a educação superior se concentrava na formação jurídica com um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades; e porque até a Independência se concentrava na Universidade de Coimbra, e depois em quatro capitais provinciais ou mesmo duas, considerando-se a formação jurídica (CARVALHO, 2003, p. 65).

Por conseguinte, cuidar-se-á do modelo de ensino que influenciou significativamente o desenvolvimento da magistratura e o ensino no Brasil, isto é, o parâmetro da Universidade de Coimbra.

2.1. Universidade de Coimbra: paradigma à formação brasileira

Para que se possa falar da formação jurídica no Brasil Imperial, torna-se indispensável uma abordagem sobre o modelo adotado do Curso de Direito na Universidade de Coimbra, visto a necessidade de adoção e implementação no Brasil.

A Universidade de Coimbra é uma instituição das mais antigas do mundo. Conforme Carvalho (2003, p. 65) inicialmente foi criada na cidade de Lisboa, em 1290, e depois foi transferida para Coimbra em 1308, com predominância nos primórdios de sua criação as orientações jurídicas francesas e italianas em face da origem da primeira dinastia portuguesa. Schwartz (1979, p. 225) alenta que “Lisboa, sendo há muito a maior cidade do reino e um centro tradicional de profissões, ofícios e comércio, era o lugar natural de nascimento de juízes já que muitos vinham do meio burocrático, mercantil ou artesão”. Por tais razões, justifica-se a Universidade ter sido instituída na cidade de Lisboa.

Os jesuítas conseguiram o controle da Universidade de Coimbra que recebia em todo o Império português o monopólio dos estudos, com as elites coloniais e colonizadas que lá se formavam para serem bons súditos da Coroa portuguesa. A hegemonia dos jesuítas foi expurgada pelas reformas do Marquês de Pombal, que como ministro do Rei Dom José I, expulsou-os de todo o Império lusitano em meados do século XVIII, desmontando, por consequência, o sistema de ensino implantado em terras brasileiras (SILVA, 2013, p. 20). Devido a esse controle jesuítico a

416

Universidade se isolou da influência do progresso intelectual e científico europeu (CARVALHO, 2003, p. 66).

Produto desses acontecimentos, em 1772 foi implementada a reforma da Universidade, sob a direção do Reitor brasileiro Francisco de Lemos, com apoio integral de Pombal, ocasião em que os métodos e o conteúdo da educação jesuítica foram radicalmente modificados, e se deu ênfase para as ciências físicas e matemáticas (CARVALHO, 2003, p. 66).

Apesar da realização de reformas, Schwartz, diz que não houve mudança significativa na natureza do Curso de Direito, mantendo-se o monopólio nesta esfera, permanecendo o estudo, basicamente, na leitura e explicação dos códigos romanos e dos comentadores medievais. Dessa forma, critica que “Difícilmente o estudo dessas fontes prepararia alguém de maneira adequada para assumir a sempre crescente amplitude de deveres colocados nas mãos dos juristas” (1979, p. 233).

De Coimbra saíam bacharéis impacientes que vibravam de entusiasmos liberais, os estudantes brasileiros e seus colegas tinham o mesmo ideal político, toleravam o Reino Unido, porém o Brasil igual a Portugal, preferiam morrer a conciliar com o absolutismo, trouxeram em 1821 a chama dessas convicções, tinham pressa pela Independência, harmonizaram com José Bonifácio por este movimento, em 1823 e 1824 voltaram alguns republicanos, quase todos apontados como perigosos à ordem e maçons.

Por tais razões, percebe-se que o modelo adotado em Coimbra, apesar das reformas, não era suficiente para preparar os discentes em sua formação acadêmica, ausente de critérios técnicos na formação do profissional.

2.2. Proposta, normatização e modelo adotado na formação brasileira

Ao analisar o ensino jurídico atual no Brasil, Freitas Filho (2013, p. 72) concatena com a tradição de Coimbra, e assim expõe “a crise pode ser conceituada como a incapacidade do ensino do direito de se adaptar às novas condições de produção e aplicação das normas, considerando os cânones conceituais e hermenêuticos de um tipo de ensino que tem suas origens na tradição coimbrã do século XIX”.

A Lei de 11 de agosto de 1827, que dispôs sobre a criação de “[...] Cursos de ciências Jurídicas e Sociais, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda”, foi uma norma primordial que deu início aos estudos jurídicos em solo brasileiro. Vale frisar que existiam os Estatutos de Visconde da Cachoeira anteriores a citada lei (Decreto de 9 de janeiro de 1825), os quais vigoraram provisoriamente por força do art. 10 desta lei.

Wolkmer (2002, p. 73) reflete e indaga sobre de que maneira o liberalismo constituiu a mais importante proposta doutrinária de alcance econômico e político, e a forma de suas diretrizes se manifestaram nas primeiras escolas de Direito. Para tanto, há que se considerar, dentre outras, a presença e a

418

contribuição na profissionalização dos agentes jurídicos. As primeiras faculdades com inspiração alienígena, contribuíram para elaborar um pensamento jurídico ilustrado, cosmopolita e literário, distante dos anseios de uma sociedade agrária da qual a exclusão social alcançava grande parte da população.

Desse modo, os primeiros cursos jurídicos foram criados depois da independência em 1827 com início em 1828, na cidade de São Paulo e na cidade de Olinda o qual passou para Recife em 1854, com o propósito da formação da elite brasileira (CARVALHO, 2003, p. 74). Nessa senda, os objetivos da Coroa permaneceram inalterados com relação ao modelo de profissionais do Direito a serem formados, no caso, similar à Coimbra mais voltada à questão política e menos ao aprendizado jurídico.

A criação dos cursos jurídicos no Brasil decorreu de algumas finalidades as quais seguem relacionadas:

Consolidação dos quadros administrativos imperiais, fim da pressão metropolitana sobre estudantes brasileiros que se formavam em Coimbra, formação das elites políticas nacionais (adeptas dos movimentos liberais e constitucionais que se sucederam às Revoluções Americana e Francesa) e autonomização cultural da sociedade brasileira. (FERNANDES, 2014, p. 73).

Oportuno informar que a escolha sobre a localização em São Paulo e Olinda deu-se por critérios regionais e grande luta fora travada como estratégicas para as escolas de direito. A pressão das grandes províncias impediu a criação de uma única escola ou universidade na capital do país, considerou-se o fato de que já existiam escolas de medicina e militar no Rio de Janeiro, e uma de medicina na Bahia. Os centralistas conseguiram substituir a rivalidade provincial pela rivalidade tradicional e as faculdades de direito foram para o norte e sul, sendo que Minas foi recompensada com as escolas de farmácia e de engenharia de minas, e o Rio Grande do Sul com uma militar. Desta feita, as escolas de direito, juntamente com as de medicina, funcionaram como centros regionais de formação (CARVALHO, 2003, p. 82).

A memória histórica da Faculdade de Direito de Recife, inicialmente em Olinda, perfaz-se em períodos/fases as quais podem ter a seguinte divisão: geográfica, orgânica e psicológica. A primeira, com três fases, em Olinda (no claustro de São Bento, no edifício do Patamar e na Ladeira do Varadouro, respectivamente), em Recife (na Rua do Hospício, o glorioso pardieiro), e a fase do Pátio do Colégio. A segunda divisão contém quatro períodos: de 1827 a 1854, até a reforma Couto Ferraz; de 1854 até 1879, data do Decreto do ensino livre; 1879 à reforma Benjamin Constant de 1891; e desta até os dias atuais (CALMON, 1945, *apud* VENANCIO FILHO, 1982, p. 113 - 114).

O Decreto n. 7.247, de 19 de abril de 1879, acima denominado “ensino livre”, disciplinou a gratuidade, nos termos do seu art. 1º: “E’ completamente livre o ensino primário e secundário no município da Côrte e o superior em todo o Império, salvo a inspecção necessária para garantir as condições de moralidade e hygiene”.

Quanto à memória da divisão psicológica, tem-se como limite Barreto, a qual Calmon apresenta do seguinte modo: da fundação da escola até entrada de Tobias Barreto para o corpo docente, e deste momento em diante (CALMON, 1945, *apud* VENANCIO FILHO, 1982, p. 114). Esse momento foi importante para o ensino jurídico daquela Faculdade, um divisor de águas.

Explica Venâncio Filho (1982, p. 114) que o Decreto do ensino livre foi responsável pelo grande rebaixamento do nível dos cursos jurídicos, mas Tobias Barreto representou uma entrada de ar novo, de novas ideias, de nova concepção na mentalidade existente, e assim afirma: “a evolução do ensino jurídico se reduz a um arrolamento de fatos e acontecimentos sem maior expressão e sem nuances”. Ou seja, na visão do autor, antes o nível já não era satisfatório e o referido Decreto veio para aumentar a degradação do ensino.

Assim, o estudo jurídico na Faculdade do Recife teve características diferentes com a entrada de Tobias Barreto, tendo num primeiro momento um estudo com baixa qualidade, para

depois, proporcionar esperança ao ambiente acadêmico perante o perfil do docente.

Se havia baixa qualidade no ensino, provavelmente, um dos fatores estava na prática docente, e não era restrito aos professores de Recife, visto que o paradigma da Universidade de Coimbra era precário no aspecto técnico jurídico.

A vida dos professores se processou mais extramuros do que ao ministrar aulas no ensino de matérias jurídicas, como por exemplo, José Bonifácio em São Paulo, onde exerceu o magistério e lecionava narrando com entusiasmo a sua vida e recebia homenagens dos estudantes mais por ser líder liberal do que professor de Direito Civil, bem como a questão de infraestrutura era deficiente, jamais o Império teve a preocupação de fornecer prédios condignos (VENANCIO FILHO, 1982, p. 115).

Demais características docentes desfavoráveis ao ensino: aulas lidas e professor ríspido, baixa remuneração e por ser uma atividade auxiliar a política, assim como a magistratura e a advocacia (VENANCIO FILHO, 1982, p. 114 - 115). Contudo, alguns professores se destacavam positivamente, dentre eles, Paula Batista e Aprígio Guimarães no Recife, e João Crispiniano e Joaquim Inácio Ramalho em São Paulo (VENANCIO FILHO, 1982, p. 121; 123).

Silva (2013, p. 21) ressalta que na Proclamação da República havia apenas cinco faculdades: duas de Direito (São Paulo e Recife), duas de Medicina (Rio de Janeiro e Bahia) e uma

Politécnica (Rio de Janeiro), as quais congregavam 2.300 estudantes.

Desta feita, depreende-se que ao final do Império permaneceram somente as duas Faculdades de Direito, o que limitava o acesso de mais pessoas pela ausência de ampliação de Cursos de Direito no país, cujo perfil dos discentes brasileiro era bem característico, como se verá à frente.

2.3. Perfil dos discentes brasileiros

Os discentes brasileiros, formados em Coimbra, faziam parte da elite imperial. Para Carvalho (2003, p. 65) a formação jurídica e a questão geográfica favoreciam contatos pessoais entre os estudantes das várias capitanias e províncias e facilitava a configuração de uma ideologia homogênea controlada pelas escolas superiores em face da submissão aos governos de Portugal e do Brasil.

A partir da constatação de que os Cursos de Direito tinham a finalidade da formação da elite brasileira e preservação dos interesses de Portugal, nota-se que alguma seleção deveria ser feita para que fossem alcançadas determinadas pessoas da sociedade, por isso, considerando o momento vivido, facilmente retira-se os pobres e escravos desse universo.

Por perfil acadêmico com o propósito de recrutamento para a magistratura aos formados antes da criação de cursos no Brasil,

pode-se dizer que o grau universitário estava limitado na linha do Direito Civil ou Canônico, a maioria somente portador do bacharelado. No século XVIII tinha uma tendência ao direito civil que subiu de 33 para 53%, de 1701 a 1758, e sem mudanças mesmo com reformas universitárias. Portanto, Coimbra manteve o monopólio nesta esfera. Contudo, a política Imperial não fez distinção entre o Direito Civil e Canônico, ambos registrados como Direito (CARVALHO, 2003, p. 77).

Assim, o perfil acadêmico estava caracterizado com um estudo baseado, diante de pouca atenção ao critério técnico, pelo positivismo nessa “leitura” de códigos, longe de uma preparação jurídica mais densa e ampla, por exemplo, com a epistemologia e a hermenêutica, sem mudança na fase de institucionalização dos cursos no Brasil.

Retornando ao perfil social, os filhos de famílias com recursos podiam aspirar à educação superior, passavam, preferencialmente, pelo Colégio Pedro II, e aqueles que ficavam no Brasil escolhiam as escolas de direito e medicina, as quais cobravam anuidade, geralmente adentravam com 16 anos no curso superior de Direito e terminavam com 21 ou 22 (5 anos de curso), e as pessoas com menos recursos podiam escolher os seminários (carreira eclesiástica), a Escola Militar (carreira militar no Exército), a Politécnica (carreira técnica) ou a Escola de Minas (engenharia), sem anuidade, o que ajudava essas pessoas.

Desse modo, no critério econômico, o acesso à Faculdade de Direito de São Paulo e Olinda ficava restringido aos filhos de

famílias possuidoras de recursos suficientes aos cursos com anuidade e, se fosse o caso, pagamento de cursos preparatórios para alcançar o objetivo do acesso ao nível superior. Portanto, o perfil estava delineado na formação da elite brasileira e filhos de famílias com boas condições econômicas; este segundo perfil, possivelmente, teve uma gradação com o Decreto do ensino livre.

A vida política dos estudantes era uma constante durante o Império, com participação em diversos movimentos de maneira entusiástica e patriótica, por exemplo, na Guerra do Paraguai (VENANCIO FILHO, 1982, p. 141).

Após o desenvolvimento do bacharelismo do ensino jurídico no país, passa-se para a abordagem do bacharelismo perante os aspectos da magistratura brasileira no Império.

3. ASPECTOS DA MAGISTRATURA BRASILEIRA NO IMPÉRIO

Os bacharéis formados tanto na Universidade de Coimbra quanto nas Faculdades de São Paulo e Recife, no período Imperial, exerciam cargos públicos, seja na magistratura, na política como senadores e deputados, em delegacias e promotorias, eram, assim, integrantes da elite, o que facilitava a ascensão aos cargos pela livre escolha do Imperador, ou dirigiam-se a iniciativa privada como advogados.

Considerando que os cursos jurídicos visavam mais atender aos interesses da Coroa, mantendo-se o seu controle e com a inserção vindoura em cargos, infere-se que uma atuação política era necessária aos bacharéis junto à sociedade. Para melhor compreensão do leitor, a atuação posta neste instante exclui os magistrados, os quais serão tratados mais adiante.

Desse modo, antes de falar da magistratura no Império, destaca-se os aspectos dos demais bacharéis mencionados para que se tenha a noção das características das atividades deles junto à sociedade.

Para exemplificar a participação política dos bacharéis, cita-se a situação dos senadores da geração formada em Coimbra com atuação até 1853 que chegou a representar 62% do total, e depois a geração formada no Brasil, Olinda/Recife e São Paulo, com 28% (CARVALHO, 2003, p. 80).

Com a Lei de 3 de dezembro de 1841, os promotores eram nomeados por quatro anos pelo Imperador, com possibilidade de recondução, ocupados exclusivamente por bacharéis em direito e remunerados pelo governo central. Os delegados e subdelegados eram nomeados pelo chefe de polícia, podiam proceder buscas, prender e decidir sobre concessão de fiança, proceder à formação da culpa e julgar os crimes policiais, infrações dos termos de bem viver e segurança e das posturas municipais (KOERNER, 1998, p. 35-38).

O principal objetivo da atividade policial era a vigilância dos escravos nas ruas e o controle dos indivíduos livres e pobres

excluídos das redes de clientelas, com enfoque na solução de conflitos cotidianos de pequena monta, para, em segundo plano, voltar-se para a prevenção e a investigação de crimes (KOERNER, 1999, p. 35).

Considerava-se haver um excesso de bacharéis em relação ao número de empregos na magistratura e que o desenvolvimento do país oportunizou o mercado da advocacia, a própria elite política ao final do Império era composta predominantemente por advogados, contrariamente ao início imperial marcado pela magistratura, porém o campo para os advogados também foi identificado com o excesso, ocasionando a busca pelo emprego público (CARVALHO, 2003, p. 86-87).

Na sequência do desenvolvimento pronunciar-se sobre a burocracia desenvolvida pela Coroa no Brasil Imperial a qual teve desempenho prevalente na sociedade da época e fazia parte do anseio da elite brasileira.

3.1. Burocracia vinculada à magistratura desenvolvida pela Coroa no Brasil Imperial

A noção de burocracia estatal que se tem hodiernamente com atuação administrativa definida diante da tripartição dos poderes (Executivo Legislativo e Judiciário), é bem diferente dos tempos do Brasil Colônia e do Império, visto que a primeira divisão de poderes implementada ocorreu com a Constituição do

Brazil Império de 1822, formada por quatro poderes (Moderador, Executivo, Legislativo e Judiciário).

Antes do Brasil Imperial, com o propósito da profissionalização dos burocratas ligados à magistratura, havia o interesse da Coroa na formulação de objetivos, normas e motivações profissionais numa tentativa de torná-los servidores obedientes aos interesses reais, o que se pode denominar de teoria de administração burocrática, sem considerar a realidade social, com a ideia de controle burocrático dos magistrados por meio de laços de interesses, parentesco e da sociedade, entretanto, as tradições e objetivos da classe dos magistrados podiam conflitar com os da Coroa, com reação dos desembargadores às pressões coloniais. Alguns magistrados adotaram os objetivos e atitudes da burocracia real com o propósito de subir nos escalões da profissão gerando *status*, prestígio e dinheiro, ou seja, a composição e o funcionamento da magistratura como classe social e ramo da burocracia real (SCHWART, 1979, p. 223 - 224).

Percebe-se que o Poder Judicial estava caracterizado pela dependência ao Poder Imperial, ou seja, a atividade da magistratura confundia-se com a burocracia numa atividade política, com prejuízo à imparcialidade que se exige de um magistrado hodiernamente.

No mesmo sentido, Koerner (1998, p. 34 - 35) informa que a magistratura servia de forma privilegiada de ingresso na política imperial, com passagem por diversos cargos do Estado, exercício simultâneo de funções administrativas e judiciais, bem como

funções judiciais executadas por leigos e polícia, conforme já salientado.

Reconhecendo que o sistema de ensino na Universidade de Coimbra continha falhas na preparação dos juristas, com direcionamento para os encargos governamentais, Schwartz (1979, p. 234) entende que a experiência passada naquela vida acadêmica produziu inúmeros efeitos que davam à burocracia portuguesa o seu caráter distinto, pois a Universidade funcionava como um agente centralizador sujeito ao controle real e criou, entre os magistrados e advogados, condições desfavoráveis aos objetivos burocráticos, mas que facilitavam a ascensão de tal classe.

Significa que o interesse por parte dos alunos e futuros bacharéis não era a busca pelo conhecimento jurídico, e sim proveito pessoal para uma escalada na vida política, ante o controle de Portugal.

Os magistrados, enquanto sujeitos integrantes da uma elite política, em sua maioria com formação superior, o que facilitava o acesso a posições dessa elite, estavam vinculados à máquina estatal, visto que o estado era o maior empregador dos letrados formados sob os seus ditames, logo, a elite política refletiu caracterizada com a consequência para fundir-se com a burocracia, quer dizer, era utilizada para favorecer a orientação estadista e influenciava na construção do Estado na face inicial de acumulação de poder.

Percebe-se que há, entre as intenções da política imperial e o interesse dos magistrados nessa obediência, o desenvolvimento de uma atividade burocrática longe de um proveito social, restrito ao anseio da Coroa e dos próprios magistrados como partes integrantes de um segmento minoritário e privilegiado.

Por esse ângulo, a elite dos letrados forjaria uma ideologia para encobrir as contradições sociais, ignorando a distância entre as disposições jurídicas e a realidade (VITA, 1999, p. 26).

Carvalho faz referência à Joaquim Nabuco e Raymundo Faoro, como autores de destaque e pelas afirmações contraditórias sobre a burocracia imperial. O primeiro, segundo ele, argumentava que a escravidão, como a dificuldade econômica ocasionada para a grande maioria da população livre, fazia com que o funcionalismo público fosse a vocação de todos, decorrendo no número elevado de funcionários com baixos vencimentos serviente ao Estado (NABUCO apud, CARVALHO, 2003, p. 145). Quanto ao segundo, numa visão radicalmente distinta, a burocracia imperial consistia num estamento, árbitro da nação e das classes, regulador da economia e proprietário da soberania nacional (FAORO, 2001).

Todavia, há discordância Carvalho em relação à Nabuco e a Faoro, respectivamente. Não concordou com a afirmativa de que o funcionalismo era vocação de todos, “[...] como exagerou Nabuco, mas sim das minorias urbanas, sobretudo de seus elementos mais educados e mais agressivos” (CARVALHO, 2003, p. 165). A burocracia imperial não constituía estamento, pois não

se vivia num Estado Feudal e nem mercantilista, mas também não era máquina moderna de administrar, tendo em vista que o sistema industrial que ocasionou a racionalidade administrativa dos Estado capitalistas não estava estabelecido no país, “[...] mas a burocracia possuía racionalidade própria, cujo sentido era relevante, menos para a administração como tal do que para o sistema político como um todo” (CARVALHO, 2003, p. 164).

Contudo, Koerner (1998, p. 34) argumenta que, em conformidade com a ordem política no Segundo Reinado, o Poder Judicial era distinto apenas funcionalmente do Poder Imperial, com vedação de julgamento de natureza política, a magistratura não constituía uma burocracia por dois motivos: o ingresso, a promoção e as remoções não eram executadas segundo normas estabelecidas em estatuto; e as atribuições exercidas pelos magistrados não lhes eram exclusivas.

3.2. Composição e organização do Poder Judicial

No Brasil Colonial não havia uma Constituição até mesmo porque a Independência deu-se em 1822, ou mesmo existência de outras normas que provocava uma carência normativa na composição e organização do Poder Judicial, e a primeira Constituição do Brasil, já no Império, foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 1824, com a inserção da separação dos poderes, porém de modo hierarquizado.

Vale ressaltar o apontamento feito por Barreto (1977, p. 139) de que há uma contradição no texto da Constituição Imperial correspondente à independência dos poderes. Segundo o autor, o Poder Moderador, que é declarado no artigo 98 para velar sobre os demais poderes, não pode deixar de ser um poder de ordem superior aos outros. Ocorre que, se o mencionado poder é superior aos outros, esses outros não são independentes, pois aquele tem autoridade para resolver em última análise todas as pendências dos outros, e se esses poderes não possuem independência, a Constituição mentiu no artigo 9.

Ou seja, com a formalização da separação dos poderes e as ideias liberais nos discursos, dava a entender que o Poder Judicial iniciaria sua independência, porém isso não ocorreu em termo práticos pela atuação do Poder Moderador por seu controle em relação aos demais.

A flagrante contradição entre o estatuto legal e a realidade brasileira parecia não causar preocupações aos legisladores, mesmo com a inclusão no texto constitucional das ideias liberais “passaram a declamá-lo em frases sonoras e vazias na Câmara e no Senado” (VITA, 1999, p. 26).

Garapon, preleciona que na concepção clássica da separação dos poderes, os órgãos devem ser especializados e independentes uns dos outros, porém ostenta pela inexistência absoluta dos poderes ou então chegar-se-á à paralização total. Conclui que “Se o juiz se restringe à aplicação da lei, ele não pode, evidentemente, desempenhar um papel de contra poder e,

reciprocamente, para reter os outros poderes ele deve gozar de uma certa autonomia política” (2001, p. 177 - 178).

De acordo com a Constituição Imperial o Poder Judicial era composto de juízes, jurados e tribunais, para atuação no cível e no crime, com vitaliciedade, porém sem a garantia da inamovibilidade e sujeitos à suspensão por parte do Imperador, tudo com base nos arts. 151, 153, 154 e 164.

A lei de 15 de outubro de 1827 disciplinava as competências do juiz de paz, dentre elas, destaca-se a execução de atividades policiais. As atribuições policiais eram conferidas aos Juízes de Paz, por meio de seu Art. 5º, § 1º e § 6º, respectivamente, para fazer separar os ajuntamentos (agrupamento de pessoas) em que há manifesto perigo de desordem; e fazer destruir os quilombos e providenciar a que se não formem.

A Lei de 3 de dezembro de 1841 determinou a composição do Poder Judicial em juiz municipal, tribunal do júri, um promotor público, um escrivão das execuções e oficiais de justiça; juiz de paz eleito, um escrivão, oficiais de justiça e inspetores de quartelão. Os juízes municipais e os juízes de direito eram nomeados pelo imperador (KOERNER, 1998, p. 35).

Haviam varas com competência privativa no cível, de órfãos (escravos), do crime e da Fazenda, os tribunais eram os Tribunais de Relação [equivalente aos atuais Tribunais de Justiça/Tribunais Regionais Federais, órgãos de segundo grau] e o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), os desembargadores dos Tribunais de

Relação eram escolhidos oriundos uma lista de quinze juizes de direito mais antigos, e os ministros do Supremo Tribunal de Justiça eram nomeados por antiguidade entre os desembargadores (KOERNER, 1998, p. 36).

Os magistrados eram subordinados aos Tribunais de Relação em suas atribuições cíveis e em casos de processo de responsabilidade, administrativamente subordinados ao presidente da província, os cargos de juizes de direito, o juiz municipal e tribunais, deveriam ser ocupados exclusivamente por bacharel em Direito e tinham remuneração pelo governo central, com superioridade hierárquica do Chefe de Polícia, que era escolhido dentre os desembargadores ou juizes de direito, em relação aos juizes de direito e aos juizes municipais, e exerciam o comando da jurisdição criminal na província, com função jurisdicional, e nessa hierarquia do Chefe de Polícia ordenava aos juizes que procedessem investigações e controlava suas atividades (KOERNER, 1998, p. 35 - 37).

Demonstra-se que o Poder Judicial possuía atribuições judicial, administrativa e policial, visto que os delegados e subdelegados eram nomeados pelo Chefe de Polícia que, necessariamente, era oriundo do Poder Judicial.

Quanto às competências, segundo Koerner (1998, p. 37 - 38), tal Poder estava assim organizado distribuído: a) punição dos crimes; b) solução dos conflitos de direito privado: interesses individuais – contratos, doações, aquisição da propriedade, família e sucessões; c) O juiz de paz tinha competência para

conciliação prévia a todas as causas cíveis e causas de pequeno valor; d) o juiz municipal com competência para preparar os processos e jogar em primeira instância as causas superiores à alçada do juiz de paz; e) os agravos eram julgados pelo juiz de direito (também supervisionava os juízes municipais e de paz) ou Tribunal de Relação, e das decisões finais cabia apelação à Relação (segunda instância); f) em última instância o STJ; g) extinção do júri de acusação criado pelo Código de Processo de 1832 e retorno ao sistema inquisitorial de instrução de processos criminais.

O sistema constitucional era uma divisão funcional do poder soberano do Império e não instituído em função de uma oposição entre os direitos individuais e o poder político. Estava identificado ao poder imperial numa condição de representante do referido poder e a atribuição era aplicar as leis judiciárias aos casos concretos (KOERNER, 1998, p. 39 - 40).

Adiante será traçado o perfil, a carreira e a atuação dos magistrados, com ressalva de que tais características estão interligadas e as vezes se confundiam.

3.3. Perfil, carreira e atuação dos magistrados

Previamente ao início do Brasil Imperial, o perfil social dos magistrados teve origem da sociedade portuguesa ante a seleção realizada pela Coroa, a maioria dos que vieram ao tribunal na Bahia (1609 a 1759) eram de classe média e viam na carreira

jurídica a possibilidade de ascensão social. A antiga nobreza militar (carreira militar era mais adequada para um fidalgo que a carreira das letras/letrados) e a nobreza que possuíam terras não deixaram seus cargos nos conselhos reais. Ainda no século XVIII presenciava-se 22% dos juizes, categoria mais representativa, era composta por filhos de advogados e burocratas formados pela Universidade de Coimbra, acarretando o chamado nepotismo paterno, pois era adequado e institucionalizado, prática considerada legal, sem qualquer conotação de ato ilícito.

Os magistrados e o judiciário no Império formaram segmentos sociais e mecanismos funcionais que compuseram a máquina da administração da justiça, juntos para interpretar e aplicar a legalidade estatal, garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesse das elites dominantes, numa atividade profissional misturada com a atividade política dos magistrados enquanto atores privilegiados da elite imperial (WOLKMER, 2002, p. 90-91).

O perfil dos magistrados estabelecia o nexo entre o Poder Imperial e os poderes locais, ou seja, o magistrado ficava nessa intermediação para arbitrar os conflitos locais e para manter a estabilidade política e social do Império. Desse modo, eram mais que aplicadores da lei, atuavam como mediadores de conflitos locais e das relações do governo central com os poderes locais (KOERNER, 1999, p. 34 - 35).

A organização judiciária do Império, mesmo com sensível progresso com relação ao período anterior, apresentava pontos

sensíveis como a corrupção da magistratura, por suas vinculações políticas, era fato notório e repudiado por muitos da época (LEAL, 1949, p. 197).

No tocante à carreira, vale reafirmar que a Constituição Imperial possibilitava aos magistrados a garantia da vitaliciedade, porém podiam ser removidos.

No período Colonial sujeito as normas da Coroa portuguesa, após o Bacharelado em Coimbra, a carreira ao processo de admissão decorria em 2 anos, a primeira nomeação para o cargo de juiz de fora ocorria para alguma cidade portuguesa provinciana; a segunda nomeação após 3 anos seria para corregedor ou ouvidor (nível imediatamente superior), com possibilidade de outras promoções (3 a 6 anos) até que adquirisse experiência/maturidade para a promoção ao tribunal (SCHWARTZ, 1979, p. 234).

Quanto a profissionalização da magistratura, defendida pelos liberais moderados e conservadores em face de críticas à ignorância, à corrupção e à parcialidade dos juízes leigos, a atribuição de funções judiciais a magistrados profissionais tinha sido um dos argumentos da lei de 1841.

Na atuação do sistema constitucional, Koerner (1992, p. 42 - 43) aponta que a prática judicial apresentava diferenças aos princípios constitucionais, tais como a exclusão da competência dos magistrados de conflitos de interesse geral. A reforma de 1841 determinou que todos os obstáculos, lacunas e dúvidas fossem

levados aos presidentes das províncias, com possibilidade de conhecimento até o Conselho de Estado, atribuindo a este o poder constitucional do Legislativo da interpretação autêntica.

Em 1850 os conservadores aprovaram alguns incentivos e algumas restrições aos magistrados visando à diferenciação da carreira dos mesmos: contagem da antiguidade começava com o efetivo exercício no cargo, limitou a remoção do governo (proibição de transferência de comarca superior para inferior), promoção para segunda entrância após 4 anos e terceira depois de mais 3 anos. (KOERNER, 1999, p. 116 - 117).

Por fim, quanto à atuação dos magistrados na sociedade escravista e homens livres pobres, consistiu noutra exemplo de desempenho mais político do que jurídico, situação temerária e arriscada junto à sociedade. De acordo com Vita (1999, p. 15), os escravos continuavam sendo mercadorias dos senhores como capital de investimento e, por esse motivo, deveria ser preservada; quanto aos homens livres permaneciam presos a uma miséria e de obediência ao latifundiário, excluído do acesso à justiça e dos direitos políticos.

Segundo Koerner (1998, p. 48 - 50) determinadas pessoas da elite dominante estavam acima da lei (algumas por ligações políticas, latifundiário, chefe local, proprietário rural). A troca de favores de caráter político, econômico, judicial, moral e a honra pessoal era constante, em que poderia ocorrer a quebra dos acordos, gerando violência, integridade das pessoas, ameaças; sendo assim, uma decisão do magistrado contrária ao interesse

dominante poderia ser entendida como perseguição ou mesmo vingança por motivos políticos ou pessoais e a decisão poderia ser frustrada porque não tinha quem a executasse.

Visualiza-se que consistia num ônus ao magistrado por ter que suportar essa pressão política dos detentores de privilégio, por pertencerem a uma categoria privilegiada, porém preferia tal situação em face de suas aspirações e convicções pessoais, das quais não queriam dispensar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que o ensino jurídico no Brasil Imperial teve ênfase aos interesses de Portugal pela necessidade de manutenção do controle burocrático e político; em decorrência disso, o processo de ensino-aprendizagem foi desenvolvido de forma precária e a magistratura portou-se de maneira peculiar na atividade política. Todo esse processo resultou na expressão bacharelismo.

O ensino superior serviu de poderoso elemento unificador de ordem ideológica da elite imperial, pois esta, em geral, possuía estudos superiores, a qual se concentrava na formação jurídica com um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades, e inicialmente se concentrava na Universidade de Coimbra.

Os primeiros cursos jurídicos no Brasil foram criados por meio da Lei de 11 de agosto de 1827, um na cidade de São Paulo e o outro em Olinda, transferindo-se depois para o Recife, com o propósito da formação da elite brasileira. A escolha dos locais ocorreu por critérios regionais e grande luta fora travada como estratégias para as escolas de direito. Nessa senda, os objetivos da Coroa permanecem inalterados com relação ao modelo de profissionais do Direito, similar à Coimbra, mais voltada para a questão política e menos ao aprendizado jurídico.

Presenciava-se características docentes desfavoráveis ao ensino: aulas lidas, professor ríspido, com prestígio social, apesar da baixa remuneração, atividade auxiliar a política, juntamente com a magistratura e advocacia. Contudo, alguns professores se destacaram positivamente.

Quanto ao perfil social do discente, a partir da constatação de que os Cursos de Direito tinham a finalidade da formação da elite brasileira para a preservação dos interesses de Portugal, o recrutamento foi executado para alcançar pessoas com recursos, por isso, excluiu-se os pobres e escravos desse universo. O perfil acadêmico estava caracterizado pelo positivismo na leitura de códigos, longe de uma preparação jurídica mais densa e ampla e a vida política caracterizada como uma constante durante o Império, com participação em diversos movimentos de maneira entusiástica e patriótica, por exemplo, na Guerra do Paraguai.

Os bacharéis formados tanto em Coimbra quanto em São Paulo/Recife, exerciam cargos públicos, como na magistratura, na

política como senadores e deputados, em delegacia e promotorias e como advogados.

A magistratura servia de forma privilegiada de ingresso na elite política, com passagem por diversos cargos do Estado, exercício simultâneo de funções administrativas e judiciais, bem como funções judiciais executadas por leigos e polícia. O Poder Judicial estava caracterizado pela dependência ao Poder Imperial, ou seja, a atividade da magistratura confundia-se com a burocracia numa atividade política.

À vista disso, os magistrados estavam vinculados à máquina estatal, visto que o Estado era o maior empregador dos letrados formados sob os seus ditames, logo, a elite política confundia-se com a burocracia, isto é, a magistratura inserida na burocracia na execução administrativa visando os interesses da realeza; assim, a magistratura caracterizada pelo desenvolvimento de uma atividade burocrática, restrito ao anseio da Coroa e dos magistrados.

A composição, carreira e organização do Poder Judicial, de acordo com a Constituição Imperial, era composta de juízes, jurados e tribunais, para atuação no cível e no crime, com vitaliciedade, porém sem a garantia da inamovibilidade e sujeitos à suspensão por parte do Imperador. A lei de 15 de outubro de 1827 disciplinava as competências do juiz de paz, dentre elas, destaca-se a execução de atividades policiais.

A Lei de 3 de dezembro de 1841 determinou a composição do Poder Judicial em juiz municipal, tribunal do júri, um promotor público, um escrivão das execuções e oficiais de justiça; juiz de paz eleito, um escrivão, oficiais de justiça e inspetores de quarteirão. Os juízes municipais e os juízes de direito eram nomeados pelo Imperador. O segundo grau era composto por Tribunais de Relação e o órgão de última instância era o Supremo Tribunal de Justiça (STJ).

As mudanças da Reforma Judiciária de 1871 foram a distribuição de competências na jurisdição civil e penal, e com relevância a retirada da polícia do poder de julgar.

A organização judiciária do Império, mesmo com sensível progresso com relação ao período da Colônia, apresentava pontos sensíveis como a corrupção da magistratura, por suas vinculações políticas, era fato notório e repudiado por muitos da época.

Em 1850, os conservadores aprovaram incentivos e restrições aos magistrados visando à diferenciação da carreira dos mesmos: a contagem da antiguidade começava com o efetivo exercício no cargo, limitou a remoção da jurisdição, exauriu a inexistência de qualquer sistema de promoção, pois a exigência de antiguidade era critério restritivo, bem como a não fixação de hierarquia na remuneração e a ausência de critérios na classificação das comarcas.

Pelo exposto, compreende-se que o conhecimento sobre o bacharelismo no Brasil Imperial, ou seja, de que modo ocorreu o bacharelismo e a magistratura durante o período acima,

transpassa pela influência da Universidade de Coimbra, pelos interesses políticos do Império, os quais foram aplicados de modo irrestritos, com utilização da burocracia, formando uma elite política com a ajuda dos discente e dos bacharéis.

E, por fim, os magistrados e o judiciário formaram segmentos sociais e mecanismos funcionais que compuseram a máquina da administração da justiça, juntos para interpretar e aplicar a legalidade estatal, garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesse das elites dominantes.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BARRETO, Tobias. **A Questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros**. Seleção e coordenação de Hildon Rocha, introdução de Evaristo de Moraes Filho. Petrópolis: Vozes, 1977.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em: 04 Dez 2017.

BRASIL. **DECRETO N. 7.247, DE 19 DE ABRIL DE 1879**. <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto->

[7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-566688-publicacaooriginal-90219-pl.html)>

Acesso em: 04 Dez 2017.

BRASIL. **LEI DE 15 DE OUTUBRO DE 1827**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-566688-publicacaooriginal-90219-pl.html>> Acesso em: 04 Dez 2017.

BRASIL. **LEI Nº 2.033, DE 20 DE SETEMBRO DE 1871**.

Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm>

Acesso em: 04 Dez 2017.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem – Teatro das Sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

FAORO, Raimundo. **Os donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed., São Paulo: Globo, 2001.

FERNANDES, André Gonçalves. **Ensino do direito e filosofia: a prudência e a hermenêutica jurídicas, aprendidas com o estudo de caso de identidade crítica, como fundamentos para a formação da justiça como prática social**. 25.02.2014. 377 f. Dissertação defendida junto apela Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas: 2014.

FREITAS FILHO, Roberto. As normas abertas e o método do ensino jurídico. In: José Garcez Ghirardi e Marina Feferbaum (organizadores). **Ensino do direito em debate: reflexões a partir**

do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente. São Paulo: Direito GV, 2013.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República Brasileira**. São Paulo: HUCITEC, 1998.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1949.

SCHWARTZ, Stuart. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial: A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes (1609 – 1751)**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SILVA, Mauri Antonio da. **Crítica à privatização do ensino superior no Brasil**. Mauri Antonio da Silva organizador . Florianópolis: Em Debate, 2013.

VENANCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VITA, Álvaro de. **Sociologia da sociedade brasileira**. 9 ed. São Paulo: Ática, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

**SOCIEDADE DE RISCO E O PRINCÍPIO ÉTICO DA IGUAL
CONSIDERAÇÃO DE INTERESSES NA DEFESA DA NÃO
UTILIZAÇÃO DE ANIMAIS NÃO HUMANOS EM
PESQUISAS CIENTIFICAS**

**SOCIETY OF RISK AND THE ETHICAL PRINCIPLE OF
THE EQUAL CONSIDERATION OF INTERESTS IN
DEFENSE OF THE USE OF NON-HUMAN ANIMALS IN
SCIENTIFIC RESEARCH**

André dos Santos Gonzaga¹

RESUMO: A presente pesquisa tem como centro a situação dos animais não humanos utilizados em pesquisas científicas. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, baseada em fontes primárias e secundárias, sendo utilizados os métodos indutivo, histórico e comparativo. O artigo foi desenvolvido com a realização de estudo sobre a chamada sociedade de risco ou teoria dos riscos defendida por Ulrich Beck. Dentro da teoria do risco foi analisado o princípio da precaução na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiro. Após breve abordagem da complexa relação entre animais humanos e não humanos,

¹ Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG (UIT) e graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – FDCL.

verificou-se a existência de uma tentativa de proteção dos animais não humanos em pesquisas científicas, no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei Arouca. Por fim foi abordada a teoria do princípio ético da igual consideração de interesses defendida por Peter Singer.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de risco; Princípio da igual consideração de interesses; Pesquisa científica; Proteção animal.

Abstract: The present research focuses on the situation of non-human animals used in scientific research. The methodology used was the bibliographic review, based on primary and secondary sources, using the inductive, historical and comparative method. The work was developed by carrying out a study on the so-called risk society or risk theory advocated by Ulrich Beck. Within the theory of risk was analyzed the precautionary principle in the doctrine and the Brazilian legal system. After a brief approach to the complex relationship between human and non-human animals, there was an attempt to protect non-human animals in scientific research in the Brazilian legal system through the Arouca Act. Finally, the theory of the ethical principle of equal consideration of interests defended by Peter Singer was discussed.

Keywords: Society of risk; Principle of equal consideration of interests; scientific research; animal protection.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual encontra-se em avançado estágio de desenvolvimento. Como ensina Bodnar (2012, p. 233), o ser humano, ao mesmo tempo em que demonstra uma impressionante capacidade técnica e científica, também confessa uma impotência grandiosa em termos de convívio civilizado. A busca insana dos seres humanos por bem-estar e felicidade, por intermédio de um modelo de desenvolvimento insustentável, contribui decisivamente para a crise ecológica global e também gera profundas manifestações de desigualdades sociais.

Este é o contexto onde se desenvolve a pesquisa que tem por tema a sociedade de risco e o princípio ético da igual consideração de interesses na defesa da não utilização de animais não humanos em pesquisas científicas.

Iniciamos o trabalho realizando um estudo sobre a teoria social do risco elaborada por Ulrich Beck, momento em que foi abordado o princípio da precaução dentro da sociedade de risco, e sua previsão na legislação pátria.

Dando continuidade à pesquisa, foi abordada a complexa relação entre animais humanos e não humanos, que ao longo da história tem demonstrado uma evolução considerável, apesar de estar longe dos parâmetros desejáveis pela sociedade moderna. Dentro desse cenário foi analisada a Lei Arouca, que trata da

proteção dos animais não humanos em pesquisas científicas, no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, foi estudado a teoria defendida por Peter Singer. No estudo do princípio ético da igual consideração de interesses foi abordado o conceito de especismo, termo utilizado pelo psicólogo britânico Richard D. Ryder, em 1973. Nesse ponto verificou-se que não se pode em nome de uma falsa superioridade da espécie humana sacrificar ou infringir sofrimento desnecessário a outras espécies, visto que hoje a abordagem científica conta com diversos métodos alternativos para alcançar seus objetivos.

Por fim, foi analisada a real possibilidade de se aplicar com segurança em seres humanos os resultados obtidos por meio das pesquisas realizadas em animais.

A metodologia de pesquisa adotada para a consecução dos objetivos propostos é a análise bibliográfica, que abrange a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, dissertações, teses, entre outros.

Para se alcançar os objetivos propostos, com maior segurança e economia, através de conhecimentos válidos e verdadeiros, é necessária a adoção de um método, conjunto de atividades sistêmicas e racionais, para traçar o caminho a ser seguido. O método adotado é o da indução, que pode ser definido, Marconi e Lakatos (2003), como o processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares,

suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam. Serão utilizados também os métodos histórico e comparativo.

Assim, para se alcançar os objetivos propostos na presente pesquisa serão utilizados como fontes de pesquisa a bibliográfica, livros, artigos e periódicos. Será adotada como referenciais teóricos a teoria social do risco proposta por Ulrich Beck e a teoria do princípio ético da igual consideração de interesses defendida por Peter Singer.

2. A CHAMADA SOCIEDADE DE RISCO OU TEORIA DOS RISCOS

Ulrich Beck é um dos principais teóricos da sociedade de risco, em sua obra aborda de forma constante temas sobre a sociedade de risco e a modernização reflexiva.

Para Guivant (2000, p. 96), o conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização, ou seja, os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar nenhuma fronteira. Sendo que os processos delineados a partir dessas transformações são ambíguos, coexistindo, em um mesmo cenário, maior pobreza em massa, crescimento de nacionalismo,

fundamentalismo religiosos, crises econômicas, possíveis guerras e catástrofes ecológicas e tecnológicas, e espaços no planeta onde há maior riqueza, tecnificação rápida e alta segurança no emprego.

Nesse contexto, na sociedade da alta modernidade os riscos emergem como produto do próprio desenvolvimento da ciência e da técnica, com características específicas: são globais, escapam à percepção e podem ser localizados na esfera das fórmulas físicas e químicas e por tudo isto, é difícil fugir deles. São riscos cujas consequências, em geral de alta gravidade, são desconhecidas a longo prazo e não podem ser avaliadas com precisão (GUIVANT, 2000, p. 287).

Falbo; Keller (2015, p. 1999), analisam a sociedade de risco, mais precisamente sobre a ideia de que é o dinamismo da sociedade industrial quem acaba com as suas próprias fundações, e recordando a mensagem de Karl Marx de que o capitalismo é seu próprio coveiro, concluíram que não é a crise do capitalismo, mas as vitórias do capitalismo que produzem a nova forma social. Isso significa que não é a luta de classes, mas a modernização normal e adicional que estão dissolvendo os contornos da sociedade industrial.

Segundo Dornelas, ainda na análise da sociedade de risco, a preocupação com os riscos já não está mais concentrada em um perigo que era considerado de origem externa, mas, com a própria capacidade dos homens, adquiridas ao longo da história, de se autotransformar, de autoconfigurar e de autodestruir as

condições de vida, criando novos riscos. Desta forma, as fontes dos perigos não estão na ignorância, mas, sim, no saber, não num domínio da natureza de forma deficiente, mas no seu domínio, nem na falta de ação humana, mas precisamente no sistema de decisões e restrições que se estabeleceu na época industrial. (DORNELAS, 2011, p. 110 - 111).

Nesse contexto, para Dornelas, considerando os riscos e a questão do equacionamento dos riscos aceitáveis e dos não aceitáveis, é necessário criar uma nova ética social – a ética da precaução. Definida como uma moral universal que objetiva realizar um novo equilíbrio entre o homem e a terra, ou seja, o desenvolvimento sustentável. Ainda que as interpretações sobre o que seja desenvolvimento sustentável sejam divergentes, é necessário ressaltar que houve uma institucionalização da problemática ambiental, uma vez que as políticas públicas passaram a levar em conta a proteção do meio ambiente. (DORNELAS, 2011, p. 111-112).

Para Santos, na modernidade desenvolvida, o signo do medo apresentou-se como produto das descobertas, experimentações e invenções, caminhando lado a lado com o avanço tecnológico, conforme as escolhas feitas pelo homem. Não se tratou de mera consequência ou resíduo de uma sociedade tradicional, a qual se concentrava nas necessidades imediatas para subsistência e bem-estar, mas sim da busca do aperfeiçoamento

das máquinas, dos seres, dos processos, das ferramentas, da vida em geral. (SANTOS, 2015, p. 130).

Na sociedade do risco, desenhada por Beck, os macro perigos caracterizam-se por não encontrarem limitações espaciais ou temporais; por não se submeterem a regras de causalidade e aos sistemas de responsabilidade; e, sobretudo, por não ser possível a sua compensação, em face do potencial de irreversibilidade de seus efeitos, que anulam as fórmulas de reparação pecuniária (LEITE; AYALA. 2004, p. 18)

Deste modo, seguindo a mesma linha de pensamento, Santos afirma que o homem passou a temer a si mesmo. O crescente consumismo extravagante cegou a sociedade, que, ao tentar olhar para o horizonte, viu-se impotente e submissa aos riscos gerados por seu comportamento. Os graus de aceitabilidade foram concebidos para confortar os temores da onda tecnológica e progressista. Assim, por mais bem formadas e informadas, as pessoas aceitaram a circunstância do irreversível aniquilamento da espécie humana, transformando a ameaça projetada em perigo real. Nesse sentido, tornava-se nítido que a luta milenar por direitos fundamentais corresponderia a uma fatigante batalha do ser humano contra si mesmo.(SANTOS, 2015, p. 130).

É nesse contexto de insegurança causado pelas ações do próprio homem em sua busca constante de progresso e modernidade que ganha relevância o princípio da precaução, numa tentativa de fazer o homem repensar as consequências de suas ações em um futuro, ainda que distante.

2.1. O princípio da precaução e a sociedade de risco

No pensamento de Solange Teles da Silva, a filosofia da precaução, consiste em uma ética das relações entre o homem, o meio ambiente, os riscos e a vida. Encontrando seu fundamento na consciência da ambiguidade da tecnologia e do limite necessário do saber científico. Para a autora, se por um lado a pesquisa científica e as inovações tecnológicas trazem promessas, por outro, trazem também ameaças ou, pelo menos, um perigo potencial. Assim sendo, é necessário refletir sobre os caminhos da pesquisa científica e das inovações tecnológicas, pois, o princípio da precaução surge, assim, para nortear as ações, possibilitando a proteção e a gestão ambiental, em face das incertezas científicas. (SILVA, 2004, p. 78-79).

No mesmo passo, Edson Milaré, afirma que a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando evitar a degradação do meio ambiente. Vale dizer, a incerteza científica milita em favor do ambiente, cabendo ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado. (MILARÉ, 2000, p. 103).

Convém, a título de esclarecimento do conceito do princípio da precaução, destacar que: “Precaução é cuidado”, como leciona Derani (1997, p.167). O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e a segurança das

gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas. Este princípio é a tradução da busca da proteção da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente, seja pelo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se considerar não só o risco eminente de uma determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade. (DERANI, 1997, p. 167).

A primeira vez em que o princípio da precaução foi citado, segundo Maria Isabel Troncoso, foi na Alemanha, na década de 70, com a proclamação de regras para o enfrentamento dos riscos relacionados à degradação da natureza para suprir as angústias que surgiram em decorrência das novas tecnologias da época. Essas regras não tinham como objetivo embaraçar a prática comercial das indústrias em crescimento, mas reprimir as ameaças intangíveis (TRONCOSO, 2010, p. 207).

Seguindo a mesma orientação, o crescimento da consciência sobre os impactos ambientais que poderiam ser experimentados nos próximos anos motivou a implantação de uma política de precaução ou contenção antecedente. Em 1987, na Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte, baseado na política da precaução antecedente pretendeu-se estabelecer mecanismos de controle sobre o uso de substâncias perigosas (SUNSTEIN, 2003, p. 1012).

Desde então a cautela ou prevenção foram incorporadas a diversos ordenamentos jurídicos, permitindo às autoridades públicas questionarem as ciências inovadoras, as técnicas avançadas e as modernas engenharias. Deste modo, o intervencionismo acabou ganhando maior relevância, com intuito de frear os riscos e ordenar procedimentos para evitar o agravamento à sociedade (TRONCOSO, 2010, p. 208).

2.2. Princípio da precaução no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da precaução, no ordenamento jurídico brasileiro, tem seu fundamento na Lei 6.938/81, que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, mais precisamente no artigo 4, incisos I e IV, que versa sobre a necessidade de haver um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a utilização, de forma racional, dos recursos naturais, inserindo também a avaliação do impacto ambiental:

Artigo 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

(...)

IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;
(...). (BRASIL, 1981)

Mais tarde, com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da precaução foi expressamente incorporado ao nosso ordenamento jurídico Constitucional, no artigo 225, § 1º, inciso IV:

Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I- preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a

integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV-exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI-promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - **proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.**(BRASIL, 2017) (grifo nosso).

Do mesmo modo o princípio da precaução também foi previsto na Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605/1998, que em seu artigo 54, §3º, versa sobre os crimes de poluição ambiental:

Artigo 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

(...)

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível. (BRASIL, 1998).

Nesse contexto, a precaução passou a ser um dever de agir do Estado, bem como dos operadores da medicina, seja clínica ou experimental, e demais ciências biológicas, objetivando a repressão de experimentos supostamente malignos, principalmente aqueles que submetem os animais a crueldades. Portanto, a conciliação entre os objetivos da experimentação com seres humanos e não humanos requer uma análise ancorada no princípio da proporcionalidade, com o propósito de coordenar o juízo de valor para atingir melhores escolhas.

É neste sentido que Denise Hammerschmidt (2002, p. 109), sustenta que a postura precavida se concentra em atitudes adequadas, necessárias e proporcionais ante ao risco presumido de infortúnios que possam recair sobre os direitos fundamentais. A cerca dessa orientação, médicos, biólogos, pesquisadores e demais interessados nos resultados extraídos das experimentações com seres humanos e não humanos não podem negligenciar qualquer contingência que supere o estado natural das coisas, sob pena de responsabilização pela inobservância do dever de cuidado.

Acertadamente, Mariell Antonini Dias Alvares, afirma que a tensão entre autonomia privada, dignidade humana, progresso científico, interesse econômico, recursos médicos para tratamento clínico da saúde e equilíbrio do meio ambiente ordena um enfrentamento sob a lógica da ponderação, prestigiando sempre decisões capazes de harmonizar, o máximo possível, as variáveis conflitantes (ALVARES, 2013, p. 43).

3. A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE ANIMAIS HUMANOS E NÃO HUMANOS

A relação entre o homem e o animal vem se desenvolvendo desde os primórdios da humanidade. Na pré-história eles eram fonte de subsistência, servindo como alimentos através da caça e da pesca predatórias. Com o surgimento das grandes civilizações houve uma preocupação em se estabelecer regras para cuidados e proteção dos animais.

Durante certo tempo prevaleceu uma visão antropocêntrica de que o homem seria o único ser moralmente importante, o que influenciou a forma como os animais são vistos e tratados, ou seja, como fonte de exploração e benefícios.

Com esse pensamento, inúmeros experimentos em animais começaram a ser realizados. Não se sabe precisar quando teve início a experimentação animal, todavia, podemos considerar

como marco a publicação da obra *Exercitatio Anatomica de Motu Cordis et Sanguinis in Animalibus* (Exercício anatômico sobre o movimento do coração e sangue nos animais), do médico inglês, publicada em 1628, como ensina Magalhães e Rall (2010, p.147).

A obra do médico William Harvey serviu de inspiração para René Descartes, um dos maiores defensores da ideia de exclusão dos animais da esfera das preocupações morais humanas. René Descartes, conforme escreveu no livro *Discurso do método* (1999, p.81-83), via os animais como seres desprovidos de razão e alma, não sendo capazes de expressar sentimentos, inclusive, sentir dor.

Descartes acreditava que a exploração dos animais era justificada, pois para ele os animais seriam seres autômatos ou máquinas destituídas de sentimentos, incapazes, portanto, de experimentar sensações de dor e de prazer, fato que fez com que as vivisseções de animais feitas pelos seus seguidores na Escola de *Port-Royal*, ficassem marcadas na história, pois durante essas sessões, os ganidos dos cães seccionados vivos e conscientes eram interpretados não como um sinal de dor, mas como um simples ranger de uma máquina (TRÉZ, 2008, p. 43).

Kant reafirmou a ideia de Descartes em seu livro *Lecciones de ética* (1988, p. 287). Segundo ele, os animais não tinham consciência de si, não tendo o homem o dever de cuidado, mas sim de preservá-los na medida em que fossem úteis. Os pensamentos desses filósofos influenciaram as práticas de vivisseção, incentivando os experimentos científicos realizados à

época, experiências dolorosas sem uso de qualquer método para amenizar o sofrimento dos animais utilizados como cobaias.

Infelizmente, as ideias defendidas por Descartes influenciam, ainda hoje, o mundo da ciência experimental. Como ensina Sônia Felipe, a teoria mecanicista da natureza animal dá sustentação à crença difundida entre grande parcela de cientistas, de que os animais são destituídos da consciência da dor, por serem destituídos da linguagem e do pensamento. (FELIPE, 2007, p. 41).

Contraopondo-se às ideias de Kant e Descartes, surgem os questionamentos de Voltaire, para quem, uma vez que os animais possuíam órgãos de sentidos e nervos, não poderiam eles serem insensíveis aos estímulos provocados: *“Contestem-me mecanicistas, a natureza deu órgãos de sentimento aos animais para que não sentissem? Tendo nervos podem ser insensíveis? Isso não contradiz as leis da natureza?”* (VOLTAIRE, 1976, p. 97).

Verdade, é que nunca houve consenso sobre a utilização dos animais pelo homem, seja para questões de utilização na recreação, cultural, pesquisa ou até mesmo alimentação.

3.1. Lei Arouca – uma tentativa de proteção dos animais não humanos em pesquisas científicas, no ordenamento jurídico brasileiro

Depois de 13 anos de tramitação no Congresso Nacional, a Lei no 11.794/2008, mais conhecida como Lei Arouca, em homenagem ao sanitarista e Deputado Federal Sérgio Arouca, foi finalmente sancionada em outubro de 2008.

A utilização de animais para fins de pesquisas científica, no Brasil, está regulada na Lei 11.794/2008, que com sua entrada em vigor revogou a Lei 6.638/79, que dispunha até então sobre o uso dos animais em experimentos científicos.

A Lei Arouca regulamenta em quais atividades é permitida a utilização de animais para fins de experimentação científica, determinando, em seus art. 1º, § 1º, incisos I e II, que a utilização de animais em atividades educacionais ficará restrita a estabelecimentos de ensino superior e a estabelecimentos de educação profissional técnica de nível médio da área biomédica.

Ainda, para fins de conceituação, o artigo 1º, § 2º da legislação considerou como atividades de pesquisa científica todas aquelas relacionadas com ciência básica, ciência aplicada, desenvolvimento tecnológico, produção e controle da qualidade de drogas, medicamentos, alimentos, imunobiológicos, instrumentos, ou quaisquer outros testados em animais.

Entretanto, não foram consideradas como atividades de pesquisa as práticas zootécnicas relacionadas à agropecuária. No mesmo passo, as práticas relacionadas com a profilaxia e o

tratamento veterinário do animal que dele necessite; o anilhamento, a tatuagem, a marcação ou a aplicação de marcação com o objetivo de identificação do animal, desde que cause dor ou aflição passageiras, não foram considerados como experimento, conforme dispõe o texto legislativo.

A lei Arouca dispõe também sobre a criação do Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA), com a finalidade de fiscalizar a utilização humanitária dos animais em experimentos e credenciar as instituições interessadas nessa prática.

A Lei 11.794/08, em seu art. 17, é clara quanto à preocupação em proteger os animais das práticas cruéis em experimentações científicas. As transgressões ao disposto na referida Lei podem ensejar como penalidade: advertência, multa, interdição temporária, suspensão de financiamentos provenientes de fontes oficiais de crédito e fomento científico, além da interdição definitiva.

4. PETER SINGER E O PRINCÍPIO ÉTICO DA IGUAL CONSIDERAÇÃO DE INTERESSES

A ideia do princípio da igual consideração de interesse, defendida por Peter Singer, se baseia no conceito de especismo, termo utilizado pelo psicólogo britânico Richard D. Ryder, em

1973, que apresentou o neologismo especismo, para definir a discriminação habitual que é praticada pelos seres humanos contra as outras espécies.

O termo especismo, definido por Sônia Felipe, designa a forma discriminatória pela qual seres humanos tratam os seres de outras espécies animais como se estes existissem exclusivamente para servir aos seus interesses. Nesse sentido, interesses e preferências de um ser humano sempre são colocados como inquestionavelmente superiores e, portanto, prioritários em relação aos interesses de todos os demais animais. O especismo tem seu fundamento na percepção e na constatação das diferenças aparentes determinadas pelo padrão biológico dos seres em apreço. (FELIPE, 2003, p. 83).

Para Singer, a utilização de animais em experiências talvez seja o que evidencia mais claramente o especismo. Para o autor, o uso de animais para alimentação e pesquisas constituem exemplos de um especismo sistemático e praticado em larga escala (SINGER, 2002, p. 75-78).

O filósofo Peter Singer utilizou o conceito de especismo para desenvolver os argumentos de sua obra *Libertação Animal*, publicada em 1975, considerada como marco de um verdadeiro movimento pelos direitos dos animais, em todo o mundo (SOUZA, 2015, p.116), ao considerar que se os animais são capazes de sentir prazer e dor como os seres humanos, eles possuem interesses que merecem consideração.

Na verdade, como afirma Peter Singer, a realização de experiências com animais evidencia, através de inúmeros casos concretos, que os benefícios para os seres humanos são inexistentes ou muito incertos, ao passo que as perdas para membros de outras espécies são concretas e inequívocas (SINGER, 2002, p. 77).

Nem sempre as experiências com animais atendem a objetivos médicos vitais e podem ser justificadas com base no fato de que aliviam mais sofrimento do que provoca, com ensina Peter Singer, esta é uma concepção formulada por laboratórios e centro de pesquisas com o objetivo de nos fazer sentir confortáveis. Não se pode negar que, são testados, anualmente, muito mais produtos de cosméticos e da indústria alimentícia do que realmente necessitamos para sobreviver. (SINGER, 2002, p. 75-76).

Ademais, cada novo xampu inserido no mercado representa um sofrimento incomensurável para a população de coelhos, que são submetidos ao teste de Draize, que consiste em pingar soluções concentradas desses produtos nos olhos dos indefesos animais (SINGER, 2002, p. 75-76).

Por outro lado, prática não menos dolorosa é infligida aos animais que se submetem aos testes de aditivos alimentícios, corantes e conservantes artificiais. Como mostra Singer (2002, p. 75-76), nesses testes conhecidos como LD50, procura-se encontrar a dose letal ou o nível de consumo que levará à morte cinquenta por cento de uma amostra de animais. Nesse teste,

quase todos os animais ficam doentes, até que alguns finalmente morrem, e outros se restabelecem.

É necessário esclarecer que esses testes não são necessários para impedir o sofrimento humano. Ressalta-se que, como ensina Singer (2002), ainda que não existisse alternativa ao uso de animais para testar a segurança dos produtos, na verdade já dispomos de um número suficiente de xampus e corantes para alimentos.

A aplicação do princípio da igualdade como igual consideração de interesses defendida por Peter Singer, no entendimento de Sônia Felipe, significa que nenhum indivíduo pode ter seus direitos assegurados à custa do sacrifício de interesses ou preferências semelhantes de outros indivíduos. (FELIPE, 2003, p. 94).

Ainda em relação ao princípio da igualdade como igual consideração de interesses, se um ser sofre, nenhuma justificativa de ordem moral pode recusar-se a levar esse sofrimento em consideração. Como ensina Singer, seja qual for a natureza do ser, o princípio da igualdade exige que o sofrimento seja levado em conta em termos de igualdade com o sofrimento semelhante (SINGER, 2002, p. 67-68).

De outro modo, quando um ser não for capaz de sofrer, nem de sentir alegria ou felicidade (ex. vírus e bactérias), não haverá nada a ser levado em consideração. Essa é a razão de ser a sensibilidade o único limite defensável da preocupação com os interesses alheios, pois utilizar a inteligência ou a racionalidade

como limites é utilizar um parâmetro eminentemente arbitrário (SINGER, 2002, p. 67-68).

Acerca da existência de métodos e meios substitutivos ao modelo animal, Sônia Felipe, destaca a existência de vários meios disponíveis para auxiliar cientistas e professores na transição do modelo animal para outros métodos, não agressivos, de experimentação, tais como: modelos matemáticos e de computador da relação entre anatomia e fisiologia; uso de organismos inferiores, tais como bactérias e fungos, para testes de mutagenicidade; desenvolvimento de técnicas *in vitro* mais sofisticadas, incluindo o uso de frações subcelulares, sistemas celulares breves (suspensão celular, biópsia de tecidos, perfusão de órgãos inteiros) e cultura de tecidos (a conservação de células vivas num meio nutritivo por 24 horas ou mais); maior confiança em estudos humanos, incluindo epidemiologia, vigilância pós-vendas, e um uso conscienciosamente regulamentado de voluntários humanos (FELIPE, 2007, p. 118).

No mesmo sentido, Rafael Speck de Souza, afirma que a busca de novas tecnologias, a exemplo de simulações por computador, cálculos matemáticos, materiais sintéticos e, principalmente, tecidos vivos, sinaliza uma abertura para se pensar uma ciência mais ética e respeitosa, atenta ao princípio da igual consideração de interesses (SOUZA, 2015, p.118).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a teoria da sociedade de risco, é necessário que se crie uma consciência sobre os possíveis riscos que podem advir no futuro causado pelas ações praticadas no presente. Torna-se necessário equalizar as posturas adotadas com eventuais riscos que possam surgir, tornando efetiva a utilização do princípio da precaução de forma concreta.

Neste contexto, a falta de mecanismos de controle efetivos por parte dos Estados corrobora indubitavelmente para um cenário de desenvolvimento com razoável eficácia econômica, contudo sem a menor prudência ambiental e sem um compromisso efetivo com a distribuição equitativa dos benefícios gerados pelo desenvolvimento, sem pensar, inclusive, no bem-estar das gerações futuras.

Não se pode negar o sofrimento infligido aos animais não-humanos e os problemas causados à saúde humana, ocasionados pela experimentação animal. No mesmo passo, não se pode fechar os olhos para o fato que boa parte da ciência se tornou comprometida com a produtividade e não com a vida ou bem-estar dos destinatários de suas pesquisas.

Atualmente as pesquisas com animais têm como finalidade principal alimentar as cadeias produtivas altamente lucrativas das indústrias alimentícias e de cosméticos, entre outras.

Podemos concluir que tanto Beck, por meio da sua teoria do risco social, bem como Peter Singer ao elaborar o princípio da igual consideração de interesses, concordam no que tange à utilização de animais em pesquisas científicas com resultados aplicados a seres humanos que, trata-se de um equívoco estender os resultados de um experimento com animais às reações dos seres humanos, e que o efeito sobre o ser humano em última medida só pode ser estudado de maneira confiável com o próprio ser humano.

REFERÊNCIAS

ALVARES, Mariell Antonini Dias. Princípio da Precaução como instrumento adequado para resolução dos problemas ambientais de segunda geração. **Revista de Direito Ambiental**, ano 18, vol. 71, jul./set., 2013, p. 35-52.

BODNAR, Zenildo. O acesso e a efetividade da Justiça Ambiental. **Revista da AJURIS**.v. 39, n. 125. Março/2012. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/53d1/544e/5b45?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>. Acesso em: 14 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n. 11.794, de 08 de outubro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm>. Acesso em: 16 jun.2017.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

DERANI, C. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DORNELAS, Henrique Lopes. Sociedade de risco e o princípio da precaução: conceito, finalidade e a questão de sua imperatividade. **Revista UNIABEU**. vol.4, n. 6, jan./abr. 2011.

FALBO, Ricardo Nery; KELLER, René José. Sociedade de Risco: avanços e limites da teoria de Ulrick Beck. **Revista Quaestio Iuris**. vol. 8, n. 3, Rio de Janeiro, 2015. p.1992-2015.

FELIPE, Sônia T.. **Ética e experimentação animal**: fundamentos abolicionistas. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007.

_____. **Por uma questão de princípios**: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

GUIVANT, Júlia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Revista Estudos Sociedade e Agricultura**. Número 16, abril a setembro 2001. Disponível em: <<http://r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/issue/view/17>>.

Acesso em: 20 jun. 2017.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O Risco na Sociedade Contemporânea e o Princípio da Precaução no Direito Ambiental. **Revista Sequência**. Universidade Federal do Paraná. Estudos Jurídicos e Políticos, n.º 45, 2002, p. 97-122.

KANT, IMMANUEL. **Lecciones de Ética**. Tradução de Roberto Rodriguez Aramayo e Concha Roldan Panadero. Barcelona. Crítica, 1988.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MAGALHÃES, Valéria Barbosa; RALL, Vânia (Orgs.). **Reflexões sobre a tolerância: direitos dos animais**. São Paulo: Humanitas; Evolução, 2010.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Marcelo Pereira dos. Sociedade de risco, bioética e princípio da precaução. **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**. Minas Gerais. v. 1, n. 2, p. 309 – 328, Jul/Dez. 2015.

SILVA, Solange Teles da. Princípio da Precaução: Uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: **Princípio da Precaução/** Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Barros Platiau, organizadores. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 78-79

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUZA, Rafael Speck de. Experimentação animal na sociedade de risco e a violação do princípio da igual consideração de interesses. **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**. Minas Gerais. v. 1. n. 2. p. 103-121. Jul./dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R. **Beyond the Precautionary Principle**. University of Pennsylvania Law Review, vol.151, nº. 3, 2003, p. 1003-1058. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3241&context=penn_law_review>. Acesso em: 20 mai. 2017.

TRÉS, Thales (Org.). **Instrumento animal**: o uso prejudicial de animais no ensino superior. Bauru: Canal 6, 2008.

TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, vol. 18, 2010, p. 205-220. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/viewFile/407/387>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

VOLTAIRE, François Marie Arouet. **Diccionario filosófico**. Barcelona: Daimon, 1976.