

Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

3

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Atena
Editora

Ano 2021



Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

3

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Atena
Editora

Ano 2021



Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Instituto Internazionele delle Figlie di Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido

Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília

Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri

Profª Drª Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina

Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília

Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina

Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira

Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra

Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras

Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia

Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco

Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará

Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas

Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará

Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá

Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados

Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino

Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora

Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto

Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná

Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás

Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia

Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobbon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Prof. Dr. Alex Luis dos Santos – Universidade Federal de Minas Gerais
Prof. Me. Alessandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Profª Ma. Aline Ferreira Antunes – Universidade Federal de Goiás
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Profª Ma. Anelisa Mota Gregoleti – Universidade Estadual de Maringá
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar

Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Me. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Prof. Dr. Everaldo dos Santos Mendes – Instituto Edith Theresa Hedwing Stein
Prof. Me. Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Me. Fabiano Eloy Atílio Batista – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Prof. Me. Francisco Odécio Sales – Instituto Federal do Ceará
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Alborno – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFGA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis

Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Profª Ma. Luana Ferreira dos Santos – Universidade Estadual de Santa Cruz
Profª Ma. Luana Vieira Toledo – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Ma. Luma Sarai de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
Prof. Me. Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva – Governo do Estado do Espírito Santo
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof. Me. Pedro Panhoca da Silva – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Profª Drª Poliana Arruda Fajardo – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Renato Faria da Gama – Instituto Gama – Medicina Personalizada e Integrativa
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
Profª Ma. Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecária: Janaina Ramos
Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Giovanna Sandrini de Azevedo
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito: ramificações, interpretações e ambiguidades 3 /
Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. –
Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5706-886-1

DOI 10.22533/at.ed.861211503

1. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de
(Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa.

APRESENTAÇÃO

Em **DIREITO: RAMIFICAÇÕES, INTEPRETAÇÕES E AMBIGUIDADES 3**, coletânea de vinte e dois capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, nesse terceiro volume, quatro grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito ambiental e meio ambiente; estudos em direitos dos animais; estudos em direito empresarial e sobre administração pública; e estudos em direito e saúde.

Estudos em direito ambiental e meio ambiente traz análises sobre retórica verde, tutela ambiental, sustentabilidade ambiental, moradia e tratamento de resíduos sólidos.

Em estudos em direitos dos animais são verificadas contribuições que versam sobre multiculturalismo e direitos não-humanos, natureza, constitucionalismo e a realidade argentina, maus-tratos, notas introdutórias e titularidade de direitos fundamentais.

Estudos em direito empresarial e sobre administração pública aborda questões como terceiro setor, pequenas empresas, licitações, desinvestimento estatal pregão eletrônico e *online dispute resolution* na administração pública.

Por fim, em estudos em direito e saúde, há abordagens que tratam de temas como biodireito, oncologia, objeção médica, ortotanásia e cuidados paliativos.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

O JOGO DE PODER NA RETÓRICA VERDE

Clécia Lima Ferreira
Luciana Costa Ferreira
Karla Andrade Lima

DOI 10.22533/at.ed.8612115031

CAPÍTULO 2..... 9

CONFLITOS ÉTICO-NORMATIVOS NA TUTELA AMBIENTAL SOB A ÓTICA DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS POPULARES: EMENDA CONSTITUCIONAL 97/17 E O EFEITO *BACKLASH*

Paula Simões Lima
Bruna Gomes Maia

DOI 10.22533/at.ed.8612115032

CAPÍTULO 3..... 16

LEI Nº 13.465/2017 E O DIREITO DE LAJE: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Ana Luiza Mendes Mendonça
Daniela Braga Paiano

DOI 10.22533/at.ed.8612115033

CAPÍTULO 4..... 30

TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO MUNICÍPIO DE JARAGUÁ/GOIÁS, FRENTE À AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL

Daniele Danta de Jesus
Priscilla Silva Silvestrin

DOI 10.22533/at.ed.8612115034

CAPÍTULO 5..... 43

MULTICULTURALISMO E DIREITOS NÃO-HUMANOS NA SOCIEDADE SECULARIZADA DE HABERMAS À LUZ DO PROJETO KANTIANO DA PAZ PERPÉTUA

Lucia Frota Pestana de Aguiar

DOI 10.22533/at.ed.8612115035

CAPÍTULO 6..... 64

A NATUREZA E O DIREITO: UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA DOS FENÔMENOS GLOBAIS RECENTES NOCIVOS À VIDA HUMANA

Paulo Cesar de Lara

DOI 10.22533/at.ed.8612115036

CAPÍTULO 7..... 77

CONSTITUCIONALISMO EM REDE: A ARGENTINA E O MEIO AMBIENTE

Jandeson da Costa Barbosa

DOI 10.22533/at.ed.8612115037

CAPÍTULO 8	94
DIREITO ANIMAL SOB A PERSPECTIVA DO CONGRESSO NACIONAL: PANORAMA DOS PROJETOS DE LEI VERSANDO SOBRE MAUS-TRATOS ANIMAIS	
Arthur Henrique de Pontes Regis	
DOI 10.22533/at.ed.8612115038	
CAPÍTULO 9	108
A IMPORTÂNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NO TRATAMENTO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS FRENTE À PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Ivone Oliveira Soares	
Flávio Henrique Rosa	
DOI 10.22533/at.ed.8612115039	
CAPÍTULO 10	118
NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO ANIMAL	
Andréa Carolina Leite Batista	
DOI 10.22533/at.ed.86121150310	
CAPÍTULO 11	128
A POSSIBILIDADE DA EXTENSÃO DA TITULARIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ANIMAIS NÃO HUMANOS	
Dari Nass	
Henrique Balduvino Saft Dutra	
Maíra Fronza	
DOI 10.22533/at.ed.86121150311	
CAPÍTULO 12	137
A ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO TERCEIRO SETOR NO SEIO DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL	
Bruno Valverde Chahaira	
DOI 10.22533/at.ed.86121150312	
CAPÍTULO 13	153
PEQUENAS EMPRESAS: RETÓRICA OU DESENVOLVIMENTO?	
Rogério Aparecido Grof	
DOI 10.22533/at.ed.86121150313	
CAPÍTULO 14	164
ASPECTOS ESSENCIAIS ACERCA DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	
Mayara Marinho	
DOI 10.22533/at.ed.86121150314	
CAPÍTULO 15	174
DESAFIOS AO DESINVESTIMENTO ESTATAL	
Daniel Brasiliense e Prado	
DOI 10.22533/at.ed.86121150315	

CAPÍTULO 16.....	190
A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO: UM ENFOQUE DE DIREITOS HUMANOS	
Victoria Pereira Nascimento	
DOI 10.22533/at.ed.86121150316	
CAPÍTULO 17.....	204
ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:DESAFIOS E OPORTUNIDADES	
Alexander Seixas da Costa	
Jerônimo Santos Lima	
DOI 10.22533/at.ed.86121150317	
CAPÍTULO 18.....	215
A EVOLUÇÃO DO DIREITO E A IMPORTÂNCIA DO BIODIREITO	
Weider Silva Pinheiro	
DOI 10.22533/at.ed.86121150318	
CAPÍTULO 19.....	234
DIREITO EM ONCOLOGIA	
Roseane de Oliveira Lyrio	
Jessica Paquiela Prates	
Débora Dummer Meira	
DOI 10.22533/at.ed.86121150319	
CAPÍTULO 20.....	251
A OBJEÇÃO MÉDICA DIANTE DA POSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ E O DIREITO HUMANO À VIDA	
Marco Augusto Ghisi Machado	
Regiane Nistler	
DOI 10.22533/at.ed.86121150320	
CAPÍTULO 21.....	266
ORTOTANÁSIA: DEIXAR MORRER OU TENTAR FAZER VIVER? E A RELAÇÃO ENTRE A “MORTE DIGNA” E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
Maria Carolina de Almeida Neves	
José Geraldo Romanello Bueno	
DOI 10.22533/at.ed.86121150321	
CAPÍTULO 22.....	284
CUIDADOS PALIATIVOS: O ENFERMEIRO COMO FACILITADOR COM OBJETIVO DE PROMOVER O ENTENDIMENTO DO SIGNIFICADO DO CUIDAR NO PROCESSO DA MORTE	
Catiane Rios do Nascimento	
Verônica Cristina Vieira Barbosa	
Claudia dos Santos Medeiros	
Marília Rodrigues de Souza	

Valesca Pereira da Cruz Motta

DOI 10.22533/at.ed.86121150322

SOBRE O ORGANIZADOR.....	290
ÍNDICE REMISSIVO.....	291

CAPÍTULO 1

O JOGO DE PODER NA RETÓRICA VERDE

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 08/12/2020

Clécia Lima Ferreira

Instituto Politécnico do Cávado e do Ave – IPCA
Guimarães, Portugal
<http://lattes.cnpq.br/9853799367771216>

Luciana Costa Ferreira

Universidade de Coimbra
Coimbra, Portugal
<http://lattes.cnpq.br/5138350015667864>

Karla Andrade Lima

Universidade Tiradentes
Aracaju/Sergipe, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/5154821378139254>

RESUMO: O trabalho visa apresentar os principais argumentos acerca da Floresta Amazônica, no intuito de descortinar algumas questões mencionadas nos discursos referentes à região pelos agentes governamentais e não governamentais. Sobre assuntos que dizem respeito ao meio ambiente; aos indígenas, as riquezas da Amazônia. Utilizando-se o método de análise do discurso, a metodologia foi qualitativa, sendo utilizado o questionário como instrumento de coleta de dados. Após análise dos resultados, foi possível constatar que existem discursos legitimados sobre a Floresta Amazônica, os quais não condizem com a sua realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Discurso, Floresta Amazônica, Índio, Retórica, Riquezas Naturais.

ABSTRACT: The work aims to present the main arguments about the Amazon Forest, in order to unveil some issues mentioned in the speeches referring to the region by governmental and non-governmental agents. On matters relating to the environment; indigenous people, the riches of the Amazon. Using the discourse analysis method, the methodology was qualitative, using the questionnaire as an instrument for data collection. After analyzing the results, it was possible to verify that there are legitimate speeches about the Amazon Forest, which do not match their reality.

KEYWORDS: Speech, Amazonian Forest, Indian, Rhetoric, Natural Wealth.

INTRODUÇÃO

O presente estudo, sob o título O Jogo de Poder na Retórica Verde visa apresentar os principais argumentos acerca da Floresta Amazônica: Se há desequilíbrio no meio ambiente; Visão do índio como imagem da Amazônia; Considerações sobre a Floresta Amazônica ser o pulmão do mundo; Se outros países compõem a Floresta Amazônica e quais são as riquezas cobijadas da região. Após o esforço dispensado à investigação de fundo que se consubstanciou numa perspectiva tese.

Promulgada a última Constituição Federal previu-se um capítulo inteiro ao direito dos povos indígenas e ao meio ambiente. A floresta, é vista pelo mundo como um grande celeiro natural de espaço físico, biodiversidade

e cultura. Uma construção simbólica que deve ser desmistificada, pois, sobressaem nas discussões os mitos que foram criados e divulgados sobre a floresta ao longo dos tempos e, por vezes, legitimados nas discussões políticas.

Nomeadamente, pressupõe-se verificar os principais argumentos das retóricas sobre a Floresta Amazônica ao considerar os aspectos práticos do exercício do referido poder que sobressaem nas discussões, ideias e valores que foram criados e divulgados, por vezes, legitimados nas discussões políticas. Ora, a Constituição de um Estado é o diploma jurídico mais importante, que definirá também seu exercício e suas limitações no âmbito dos três poderes. Ao vincular questões com relação política e administrativa do ponto de vista prático das concepções jurídicas, significa dizer que na prática o governo federal tem um papel normativo, regulativo, como um gestor de financiamento. Além disso, faz avaliação contínua, isto é, monitora a repercussão junto aos grupos sociais.

Por isto, foi desenvolvida uma pesquisa de natureza qualitativa, por se mostrar como mais adequada aos objetivos, a qual envolveu uma abordagem interpretativa do objeto de estudo no seu cenário natural, buscando assim compreender e interpretar o fenômeno do jogo de poder sob o ponto de vista dos respondentes: agentes governamentais e não governamentais, que, efetivamente em 2015, assinaram o Formulário de Consentimento, para responderem ao instrumento de coleta de dados, ou seja, o questionário. Participaram da pesquisa 26 instituições, tanto da Administração direta e indireta, como Organizações Não Governamentais – ONGs e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, e da iniciativa privada.

Inicialmente, foram identificadas as instituições respondentes, considerando-se, para a escolha das ONGs, uma que representasse cada Estado que compõe a Floresta Amazônica Legal, 9 (nove) Estados, mencionados a seguir: Acre, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins, Maranhão, Mato Grosso e Amapá. Desta maneira, as seguintes instituições que responderam ao questionário foram: Secretaria do Estado do Meio Ambiente do Pará e Secretaria do Estado do Meio Ambiente do Acre. Todavia, outros Estados brasileiros que tratam da questão ambiental e que responderam ao questionário foram considerados e categorizados na análise em “Outros”, como é o caso de Brasília, Paraná e São Paulo.

Os resultados apresentados a seguir se referem às questões que exploraram os discursos dos gestores/autoridades dos órgãos da administração pública e entidades não governamentais brasileiras. São apresentadas e discutidas a seguir as principais concepções e ideias centrais que emergiram do estudo, evidenciadas pelos entrevistados e identificadas em suas impressões, opiniões e convicções acerca da Floresta Amazônica brasileira. Deve-se considerar que 22 instituições que aceitaram participar da pesquisa e 4 não responderam ao questionário. Com isso, identificaram-se as categorias existentes no discurso dos entrevistados, atendendo sempre para o referencial teórico.

Há desequilíbrio no meio ambiente

Na presente investigação, trata-se de uma política específica ou setorial, que se refere ao meio ambiente e à questão indígena; este estudo se ancora no tipo de política pública que pressupõe uma variante de arenas, com estruturas de decisões e contextos institucionais distintos. A Tabela 1 demonstra a opinião dos entrevistados em relação ao desequilíbrio no meio ambiente:

SIM	%	NÃO	%	EM BRANCO	%	TOTAL
22	100,00	0	0,00	0	0	22

TABELA 1 – Se há desequilíbrio no meio ambiente

Elaborado pelas autoras (2015).

Conforme a Tabela 1, ao serem questionados sobre se há desequilíbrio no meio ambiente, 100% dos entrevistados responderam que sim. As autoras da pesquisa concordaram com o posicionamento dos entrevistados uma vez que, utilizam o discurso do meio ambiente como pano de fundo. Configuram-se disputas quando de fato os interesses maiores recaem sobre as matérias-primas extraídas da maior floresta tropical do mundo, de onde se obtém lucro, a exemplo de madeireiras, mineradoras, laboratórios farmacêuticos, dentre outros. Por isso, (Miranda, 2005) sustenta que: os ambientalistas brasileiros constatarem com muita frequência, e a imprensa nacional registra que pesquisadores estrangeiros aportam ao Brasil como visto de turistas, entram na floresta, infiltrando-se em comunidades tradicionais ou áreas indígenas. Estudam as diferentes espécies de vegetais ou animais, com interesse para as indústrias de remédios ou de cosméticos, coletam exemplares e descobrem, com o auxílio dos povos habitantes da floresta, seus usos e aplicações. Após obterem informações valiosas, voltam para seus países e utilizam as espécies e os conhecimentos das populações nativas para isolarem os princípios ativos. Ao ser descoberto o princípio ativo, registram sua patente, que lhes dá o direito de receber um valor cada vez que aquele produto for comercializado. Vendem o produto para o mundo todo e até mesmo para o próprio país de origem, cujas comunidades tradicionais já tinham conhecimento de sua utilização.

Por essas razões, importante também assinalar que o Brasil não é bem concebido pela comunidade internacional como respeitador das regras e legislações atinentes a tutela de patentes industriais, uma vez que a conduta acima descrita constitui mácula à Lei nº. 9.279/96, ao proteger direitos à propriedade industrial com base em insumos regionais; dentro do território brasileiro.

Ademais, tais ações provocadas por estes agentes, muitos mais do que colocar em

xeque o equilíbrio do meio ambiente, desprezam as comunidades locais com tais atitudes. A cobiça internacional incide sobre a Amazônia porque lá está uma ampla fronteira agrícola, com altos investimentos no setor de energia, riquezas minerais incalculáveis, riquíssima biodiversidade, água em abundância, além do maior banco genético do planeta.

Visão do índio como imagem da Amazônia

No entanto, os atores políticos influenciados pelos demais atores da sociedade brasileira e os atores externos à região, ou ainda vindos de países desenvolvidos, disseminam o discurso de que é preciso avançar na qualidade de vida dos índios. O que predomina nesse discurso, na verdade, é que os índios devem aproximar-se da civilização, fato que desarranja os laços sociais e históricos. A Tabela 2 abaixo apresenta a visão do índio como imagem da Amazônia:

SIM	%	NÃO	%	EM BRANCO	%	TOTAL
3	13,64	19	86,36	0	0	22

TABELA 2 -Visão do índio como imagem da Amazônia

Elaborado pelas autoras (2015).

Quando questionados a respeito do índio ser considerado a imagem da Amazônia, 13,64% dos respondentes disseram que sim, contra 86,36% que negaram essa afirmativa. Assim, para as autoras da pesquisa, os direitos constitucionais vigentes prescrevem os direitos pertencentes aos índios, normalmente nas disputas que envolvem valores não reconhecidos na prática, assim, na maior parte das vezes, parece que a figura do índio corresponde mais a uma ficção romântica do que à realidade que está na essência da identidade nacional. Contudo, eles foram os primeiros habitantes do país, fato que configura, mais uma vez, as ambiguidades brasileiras em face ao jogo político pelo poder.

Considerações sobre a Floresta Amazônica ser o pulmão do mundo

Conforme demonstra a Tabela 3, em relação à Floresta Amazônica foram questionados se a selva é o “pulmão do mundo”, de modo que 27,27% afirmaram que a Floresta Amazônica é o pulmão do mundo, embora a maioria dos entrevistados, 72,73%, respondeu que não.

SIM	%	NÃO	%	EM BRANCO	%	TOTAL
6	27,27	16	72,73	0	0	22

TABELA 3 - Considerações sobre a Floresta Amazônica ser o pulmão do mundo

Elaborado pelas autoras (2015).

Engendrou-se, no imaginário, uma visão inexata sobre a maior floresta tropical do mundo, sobressaindo nas discussões sobre a região mitos como a Amazônia ser o “pulmão do mundo”, o que é um equívoco. Neste contexto, as autoras desta pesquisa corroboram com o pensamento de (Meirelles, 2004, p.22) para quem esse mito “baseia-se na crença de que todo o vegetal produz oxigênio. Isto é verdade para os vegetais em crescimento. Como a Amazônia é uma floresta em equilíbrio, onde as árvores estão maduras, o que se produz praticamente se consome”. Ou seja, o pulmão consome, e não produz oxigênio, ao contrário do que pretendem atores políticos, autoridades e ambientalistas que utilizam essa imagem para dizer que a floresta é uma espécie de fábrica de oxigênio para o mundo. As responsáveis por mais de 50% do oxigênio da Terra são algas marinhas, enquanto a existência da Floresta Amazônica ajuda a regular as temperaturas, os ventos, a umidade e as chuvas no planeta Terra.

Outros países compõem a Floresta Amazônica

Conforme a Tabela 4, questionou-se se outros países compõem a Floresta Amazônica, de modo que 63,64% responderam que sim, 27,27% disseram que não e ainda 9,09% deixaram em branco.

SIM	%	NÃO	%	EM BRANCO	%	TOTAL
14	63,64	6	27,27	2	9,090909	22

TABELA 4 - Outros países compõem a Floresta Amazônica?

Elaborada pelas autoras (2015).

Para melhor elucidar, queremos recordar que se trata de uma área internacional (Amazônia Continental), também conhecida como Pan-Amazônia, pois ocupa parte do território de vários países: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname, Venezuela e a Guiana Francesa, que é um departamento ultramarino francês. Deste modo, deve-se romper com o discurso de que a Amazônia é somente brasileira, pois a floresta é compartilhada por oito países e por uma região de domínio francês. Além disso, segundo Castro (p.30, 2008), o Brasil faz fronteira com a Guiana Francesa, Suriname, Guiana,

Venezuela, Colômbia, Peru e Bolívia. Assim sendo, conforme Bertha K. Becker (p. 57, 2009):

A fronteira norte corresponde à faixa da Amazônia Legal que se limita com sete países da América do Sul, constituindo-se no mais extenso segmento fronteiro do Brasil, representando cerca de 70% do total da área de fronteira terrestre brasileira. Esta dimensão constitui um dos aspectos que responde pela sua importância estratégica, que é também ditada pela própria posição da Amazônia em relação ao restante do país e ao exterior.(Becker, p. 57, 2009)

A legislação da Amazônia Legal prevê que os países que compõem a Amazônia Continental são: Brasil, Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, República Guiana, Venezuela, Suriname e Guiana Francesa, ou seja, a parte brasileira da Amazônia Continental representa a Amazônia Legal.

AS RIQUEZAS NATURAIS DA REGIÃO

Quando se interrogou sobre quais seriam as principais riquezas naturais da região Amazônica, os recursos aquáticos foram os mais citados, com 12 indicações; a seguir, com 11, vem à biodiversidade; 7 nomearam os recursos florestais, bem como a flora e a fauna; 5 indicações recaíram sobre a riqueza cultural; posteriormente, por duas vezes, o clima, a chuva, a bacia hidrográfica e os recursos naturais.

Para as autoras da pesquisa, a Floresta Amazônica é cobiçada não por ser o “pulmão do mundo”, já que o oxigênio é engodo, mas pelas riquezas que pode oferecer. Na realidade, o interesse é pelos recursos aquáticos e pela biodiversidade da floresta, que está presente na flora, fauna, subsolo e rios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentou-se, portanto, o nosso objeto de estudo, a Floresta Amazônica brasileira atraindo diversos interesses. Os discursos proferidos ao longo dos anos não correspondem com a realidade da selva, podendo, assim, afirmar, conclusivamente, que o texto constitucional não corresponde com as práticas e discursos referenciados sobre o meio ambiente da região. Entretanto, verificou-se que a maioria das instituições aceitaram participar da pesquisa respondendo ao questionário, enviados via correio eletrônico, plataforma do Google Docs.

A partir dos objetivos e resultados encontrados na pesquisa, manifestam-se algumas considerações de forma a analisar, subsidiar e aprofundar o conhecimento relacionado aos discursos sobre a Floresta Amazônica.

Um dos discursos menos utilizados é o de que a Floresta Amazônica é considerada o “pulmão do mundo”. Engendrou-se, no imaginário, uma visão inexata sobre a maior

floresta tropical existente. Embora, pela sua robustez, a imagem da Floresta Amazônica seja fortemente considerada a partir dessa ideia e fortalecida pelos discursos que a convertem numa das principais forças de mobilização política no Brasil e até qualificada por outros países como o “pulmão do mundo”, essa concepção não se revelou na pesquisa. Em nosso entendimento, ela é uma fonte de inflamada retórica verde, cobiçada pelos países desenvolvidos.

Outro Argumento importante das retóricas sobre a Floresta recai sobre o índio, considerado a imagem da região Amazônica. A maioria dos respondentes pesquisados revelou discordar desse posicionamento, que corresponde, ao nosso ver, mais a uma ficção romântica do que à realidade que está implícita na identidade nacional, uma vez que há uma miscigenação de brancos, indígenas, negros, pardos, amarelos e outras etnias na formação do povo brasileiro, a qual promove uma grande riqueza cultural.

Quando questionados sobre qual seria a riqueza natural mais importante da Floresta Amazônica, apontaram, primeiramente, os recursos aquáticos. Lembramos que a água potável é um dos recursos naturais em disputa no século XXI e que o Brasil possui a maior bacia hidrográfica, com as principais reservas de água doce superficiais no planeta. Por sua vez, a água é um recurso renovável, desde que utilizado adequadamente, e, conforme a literatura, chamamos a atenção para a qualidade da água na região da Amazônia, considerada como causa de inúmeras doenças em decorrência da poluição dos rios provocada pelo homem.

Todos os respondentes consideram que há desequilíbrio no meio ambiente. Dessa forma, se não há equilíbrio no meio ambiente para as gerações presentes, não haverá para o futuro. Se o acobolso jurídico não for aplicado no jogo de poder é a geração presente que determina o resultado. Todavia, é preciso conjugar as ações de todos os envolvidos para o crescimento econômico e social, caso contrário, torna-se uma ilusão pensar, também, no “desenvolvimento sustentável”.

Vale lembrar que o Brasil é um país extenso e com muitas riquezas naturais, apesar de a região da Floresta Amazônica ser importante para a produção da riqueza do país, uma vez que, sem matéria-prima não haveria produtos industrializados. Os lucros no país foram concentrados nos Estados mais ricos, por meio do poder político, monopolizaram os recursos naturais ao longo da história, sem garantir a qualidade de vida aos menos favorecidos na região, impedindo o avanço do país como um todo e promovendo o desequilíbrio no meio ambiente. Visou-se como prioridade o lucro.

No passado muitos brasileiros chegaram a pensar que a Floresta Amazônica era problemática para o país, porque, com uma área tão extensa e sem produtividade, não conseguiria ter progresso. No entanto, ela passou a ser considerada uma fonte inesgotável de madeira, ouro, peixe, dentre outros, devendo, portanto, ser negociada com outros países desenvolvidos. Logo se percebeu que é preciso negociar as riquezas da floresta e explorar o modo de vida dos índios com países como Japão, Estados Unidos e com

o continente europeu. A questão é polêmica e a análise decorre muito mais de debates políticos e ideológicos do que jurídicos.

Pelo exposto, pode-se concluir que, ao longo do tempo, a seara das ideias políticas foram construída para nos servir e procurar entender a própria realidade. Destacamos, então, que a ciência não pode ficar simplesmente no plano ideológico e alheia à realidade.

Embora a questão do ambiente seja transversal e discutível, existe uma concepção antropocêntrica, norteadas, às vezes, por interesses escusos que transcendem as disputas políticas e econômicas no Estado e da Carta Magna. Logo as concepções da realidade sobressaem os mitos criados sobre a região.

REFERÊNCIAS

BECKER, Bertha K. **Amazônia**: geopolítica na virada do III milênio. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/geografia/mapas_doc3.shtm. Acesso em 01 out. 2015

CASTRO, Edna (Org). **Cidades na floresta**. Belém: Núcleo de Altos Estudos Amazônicos/Universidade Federal do Pará, 2008.

FERREIRA, Clécia Lima. **Os Discursos Legitimadores Ambientais e a Política em torno da Floresta Amazônica**. Tese de Doutorado. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2015.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Mapa da Amazônia Legal. Fronteira Agrícola. **Citação de referência e documentos eletrônicos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm.> Acesso em: 03 out. 2015.

MEIRELLES FILHO, João. **O livro de ouro da Amazônia**: mitos e verdades sobre a região mais cobiçada do planeta. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. p.22.

MIRANDA, Jorge Babot. **Amazônia**: área cobiçada. Porto Alegre: Age, 2005.p.116-117.

CAPÍTULO 2

CONFLITOS ÉTICO-NORMATIVOS NA TUTELA AMBIENTAL SOB A ÓTICA DAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS POPULARES: EMENDA CONSTITUCIONAL 97/17 E O EFEITO *BACKLASH*

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 17/12/2020

Paula Simões Lima

Centro Universitário de João Pessoa
João Pessoa/PB
<http://lattes.cnpq.br/2902529049768809>

Bruna Gomes Maia

Centro Universitário de João Pessoa
João Pessoa/PB
<http://lattes.cnpq.br/9679580464123172>

RESUMO: O presente trabalho buscou analisar o conflito normativo formado entre as tutelas ao meio ambiente natural e cultural, sob a ótica da vedação aos atos de crueldade praticados contra os animais no âmbito das manifestações culturais populares. O estudo se fundamenta na verificação das controvérsias geradas após a determinação da inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013 pelo STF e a reação legislativa contrária com a edição da EC 97/17. Tal cenário gerou a formação de um leque de incertezas jurídicas, desencadeando o efeito *backlash* no tocante aos avanços jurídicos-normativos até aqui alcançados, com consideráveis retrocessos ético-ambientais no tema da extensão de direitos aos animais não humanos. O objetivo central da pesquisa foi verificar as consequências jurídicas e sociais do conflito formado, sobretudo no campo do retrocesso ético-ambiental, avaliando as perspectivas futuras para mudanças de cenário e a necessidade do desenvolvimento

da ética ambiental no país. A investigação foi resultado de aperfeiçoamento de artigo apresentado perante o VI Congresso Mundial de Bioética e Direito Animal. Para a coleta de dados e análise, foi utilizado método dedutivo, histórico e comparativo. Teve como base o exame de dados atualizados provenientes de fontes secundárias, como leis, jurisprudências, artigos e publicações acerca do tema, permitindo a adequada obtenção de informações. Quanto aos resultados, identificamos que a instabilidade normativa e jurídica gerada pela controvérsia acaba refletindo na composição de soluções concretas ao conflito normativo ambiental, gerando processo nocivo à tutela ambiental no país, evidenciando a necessidade cada vez mais urgente de se promover um debate ético-ambiental na sociedade. Como conclusão, sugerimos como alternativa à solução do conflito hermenêutico-normativo a aplicação dos princípios da ponderação e da igual consideração de interesses, ponderando os interesses em conflito e utilizando a característica da senciência como base fundamentadora de sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito ético-ambiental, efeito *backlash*, meio ambiente cultural, direito animal.

ETHICAL-NORMATIVE CONFLICTS IN ENVIRONMENTAL PROTECTION FROM THE PERSPECTIVE OF POPULAR CULTURAL MANIFESTATIONS: CONSTITUTIONAL AMENDMENT 97/17 AND THE BACKLASH EFFECT

ABSTRACT: The present work sought to analyze the normative conflict formed between

guardianship to the natural and cultural environment, from the perspective of prohibiting acts of cruelty practiced against animals in the context of popular cultural manifestations. The study is based on the verification of controversies generated after the determination of the unconstitutionality of Law 15.299 / 2013 by the STF and the legislative reaction to the contrary with the edition of EC 97/17. Such a scenario generated the formation of a range of legal uncertainties, triggering the backlash effect with regard to the legal-normative advances achieved so far, with considerable ethical-environmental setbacks in the area of the extension of rights to non-human animals. The main objective of the research was to verify the legal and social consequences of the conflict formed, especially in the field of ethical-environmental setbacks, assessing the future prospects for changes in the scenario and the need for the development of environmental ethics in the country. The investigation resulted from the improvement of an article presented to the VI World Congress on Bioethics and Animal Law. For data collection and analysis, a deductive, historical and comparative method was used. It was based on the examination of updated data from secondary sources, such as laws, jurisprudence, articles and publications on the subject, allowing the adequate obtaining of information. As for the results, we identified that the normative and legal instability generated by the controversy ends up reflecting in the composition of concrete solutions to the environmental normative conflict, generating a harmful process to the environmental protection in the country, evidencing the increasingly urgent need to promote an ethical-environmental debate. in society. As a conclusion, we suggest as an alternative to the solution of the hermeneutic-normative conflict, the application of the principles of weighting and equal consideration of interests, weighting the conflicting interests and using the characteristic of sentience as the basis for its application.

KEYWORDS: Ethical-environmental conflict, backlash effect, cultural environment, animal law.

1 | INTRODUÇÃO

A tutela ambiental pátria vem tomando novos rumos ao longo dos anos, graças à consecução de uma proteção mais efetiva ao meio ambiente, considerando-a como elemento merecedor de tutela jurídica mais especializada.

Nessa seara, a fauna, inserida no meio ambiente natural, recebeu proteção específica da Constituição Federal de 1988, vedando as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade (art. 225, §1º, inciso VII)¹.

Por outro lado, o meio ambiente cultural ou patrimônio ambiental cultural, igualmente recebeu a tutela constitucional (GRANZIERA, 2014), sendo garantidas a preservação de todas as formas de expressão cultural, que tenham referência à identidade, ação ou memória dos diversos grupos formadores da sociedade pátria (art. 215 e 216, CF/88).

Ocorre que, a despeito da proteção conferida à fauna contra atos de crueldades,

¹ § 1º Para assegurar a efetividade desse 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 a crueldade (BRASIL, 1988).

os rodeios e vaquejadas, práticas esportivo-culturais de grande popularidade nacional, têm como premissa básica o uso de animais, impingindo-lhes inquestionáveis sofrimentos físicos e psíquicos (MACEDO, 2018).

A respeito do conflito protetivo formado, o STF, em decisão inédita publicada em 06 de outubro de 2016, considerou como inconstitucional a lei 15.299/2013 do estado do Ceará, que procurava regulamentar a prática da vaquejada naquele estado (BRASIL, 2016). Apesar do placar acirrado, o posicionamento da Corte Maior demonstrou-se como expressiva vitória para os protecionistas e defensores dos direitos dos animais de todo o país.

Porém, em 30 de novembro de 2016, o Congresso Nacional, em direta resposta ao posicionamento do Judiciário, editou a lei 13.364/2016, considerando os rodeios e vaquejadas como integrantes do patrimônio cultural imaterial do país e editou em 07 de junho de 2017, a EC nº 96, deixando de considerar como cruéis práticas culturais que usem animais.

Já em 2020, o atual Procurador Geral da República, Augusto Aras, emitiu parecer favorável à constitucionalidade da EC 96/2017, em Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Fórum de Proteção e Defesa Animal (ADIn 5728/DF), trazendo ainda mais solidez ao posicionamento adotado pelos parlamentares.

Tal cenário abre um campo de incertezas legais e jurídicas e dá espaço para a configuração do efeito *backlash* (LIMA, 2015), dado o retrocesso ético-ambiental gerado pela problemática, mormente no campo da preservação e concessão de direitos aos animais não humanos.

O objetivo central do presente trabalho foi analisar o conflito de normas ambientais formado a partir desse contexto e suas consequências jurídicas e sociais, sobretudo no campo do retrocesso ético-ambiental, avaliando as perspectivas futuras para mudanças de cenário.

2 | MÉTODO

O presente trabalho é um desdobramento de pesquisa realizada e apresentada no VI Congresso Mundial de Bioética e Direito Animal, em 2018 (LIMA e TORTATO, 2018).

Para a análise e obtenção dos resultados, foi utilizado o método dedutivo, histórico e comparativo. A atual investigação foi efetivada com base em dados atualizados provenientes de fontes secundárias, como doutrinas, artigos e publicações demonstrativas dos mais variados entendimentos acerca do tema analisado, permitindo a adequada coleta de dados e informações que demonstrarão os efeitos nocivos à tutela ambiental, emanados dos conflitos protetivos em análise e a necessidade do desenvolvimento da ética ambiental no país.

3 I RESULTADOS

O Judiciário pátrio, ao longo dos anos vem, paulatinamente, flexibilizando sua orientação essencialmente antropocêntrica (FIORILLO, 2013) para estender aos animais não humanos certos direitos, ainda que não considerados como sujeitos de direito pelo ordenamento (LEVAI, 2004).

As rinhas de galo, touradas e farras do boi foram consideradas como inconstitucionais, em razão exclusivamente da caracterização como atividades cruéis aos animais utilizados, em detrimento do caráter cultural emanado das práticas (Decreto-lei 24.645/34 e RE nº 153.538/07).

Durante muito tempo, as práticas dos rodeios e vaquejadas permaneceram longe das referidas discussões. Inobstante ser intrínseca à sua própria essência, sendo expressiva a comprovação científica da caracterização de danos físicos e psíquicos aos animais utilizados nas práticas (referência rodeios), o tema da crueldade perpetrada aos animais utilizados acabou sendo sensivelmente relativizado. O motivo central é a influência decisiva de interesses econômicos e políticos sobre essa discussão. Exemplo disso é que a prática recebeu, inclusive, regulamentação específica mediante as leis 10.220/2001 e 10.519/2002, que procuraram estabelecer critérios que minorassem os danos aos animais (LIMA, 2014).

Porém, na contramão do tradicional cenário, o STF decidiu, em 06 de outubro de 2017, pela inconstitucionalidade da lei do estado do Ceará de nº 15.299/2013, vedando as práticas da vaquejada e rodeios naquele estado (BRASIL, 2017), por se constituírem em práticas nocivas aos animais, levando em consideração o aspecto da senciência (DIAS, 2000).

Entretanto, auxiliado pelos inflamados debates emanados da decisão e pressionado pelos setores atingidos, o Congresso Nacional reagiu de forma imediata, editando a lei 13.364/2016, elevando os rodeios e vaquejadas ao status de patrimônio imaterial do país (BRASIL, 2016). Posteriormente, em 07 de junho de 2017, editou a Emenda Constitucional de nº 97 (BRASIL, 2017), deixando de considerar práticas que usem animais como atos cruéis, quando consideradas como manifestações culturais, consolidando a refutação ao decisum da Corte Maior e refletindo o pensamento de parte da sociedade.

Com isso forma-se o efeito *backlash*, que é uma reação legislativa de reversão jurisprudencial efetivada por parte conservadora da sociedade, representada pelas forças políticas dominantes diante de uma decisão judicial que afete interesses específicos e que gere certa comoção social, mormente por ausência de unidade na opinião pública (LIMA, 2015).

O retrocesso no trato da tutela jurídica dos animais é efeito consequente, pois como afere Malmstein (2015), o fenômeno *backlash* tem se demonstrado como redutor de direitos já conquistados, estagnando o processo de desenvolvimento dos grupos abarcados pelo

decisum atacado, mediante a instalação de controvérsia política entre os poderes.

Atualmente, encontram-se em processamento no STF as ADIs nº 5.728/17 (DF) e nº 5.772/17 (DF), promovidas pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal e pelo então Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, respectivamente, ambas questionando a constitucionalidade da EC 96/17 e tentando reverter o processo retrocedente.

Em dezembro de 2020, o atual Procurador Geral da República, Augusto Aras, no âmbito da ADIn 5.728/17 emitiu parecer favorável à constitucionalidade da EC 96/17, afirmando haver compatibilidade formal e material com a CF/88 e considerando a prática da vaquejada como manifestação cultural que deve não apenas ser permitida, mas incentivada (MIGALHAS, 2020). A ação atualmente aguarda a conclusão do relator Ministro Dias Toffoli.

A instabilidade normativa e jurídica gerada reflete na composição de soluções concretas ao conflito normativo ambiental, desencadeando processo nocivo à tutela ambiental no país, evidenciando a necessidade cada vez mais urgente de se promover um debate ético ambiental na sociedade.

4 | CONCLUSÕES

Ante a presença do elemento da crueldade no uso dos animais nas práticas dos rodeios e vaquejadas (BRANDÃO, 2014), vislumbra-se efetivo conflito entre normas protetivas ambientais, *in casu*, proteção às manifestações culturais populares e tutela dos animais contra atos de maus tratos.

A legislação ambiental pátria, apesar de recente, tem conseguido grandes avanços ao longo dos anos, especialmente após a CF/88, tendo, no que concerne à fauna, procurado exercer uma tutela jurídica mais efetiva, fornecendo mínimos de dignidade e reconhecendo interesses.

O STF vem ao longo dos anos procurando orientar seus posicionamentos em harmonia com os valores expressados pelo legislador constituinte de 88, sendo a decisão da ADI nº 4.983/CE, um grande avanço na proteção dos animais não humanos.

A atual orientação do legislativo pátrio e o conflito protetivo gerado gera um cenário de instabilidade hermenêutico-jurídico, trazendo desgaste ao equilíbrio que deve permear os Poderes do Estado. Além disso, constitui-se como expressivo retrocesso no campo ético-ambiental, refletindo diretamente no modo como a sociedade passa a tratar as questões relativas ao meio ambiente.

No campo do conflito de normas fundamentais, a melhor doutrina assevera a necessidade da aplicação de instrumentos hermenêuticos que possibilitem a manutenção do equilíbrio entre os normativos, ofertando-as a maior efetividade possível, de forma que uma não se sobreponha à outra, mas que coexistam em harmonia (SARMENTO, 2002).

Nesse sentido, um caminho alternativo de resolução do analisado conflito de normas ambientais seria a aplicação de primados como o da razoabilidade (ponderação) e igual

consideração de interesses (corolário do princípio da igualdade), ponderando os interesses em conflito e levando a característica da senciência como base fundamentadora de sua aplicação (SINGER, 2004).

Tal alternativa, aliada ao massivo investimento em conscientização e educação ético-ambiental da sociedade, poderia trazer reflexos à consciência social, internalizando a negação à forma como determinadas práticas culturais são exercidas. Desse modo, as vaquejadas e rodeios poderiam seguir em execução, porém mediante formas alternativas que não tivessem como base a exploração de animais, abolindo o seu uso.

Os projetos de lei PL 6799/2013 e 3670/2015, que buscam o reconhecimento dos animais como sujeitos de direito no Brasil, caso aprovados, poderão ter grande impacto na consecução de um cenário essencialmente protetivo no país. Os projetos seguem em regular tramitação na Câmara dos Deputados.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Igor Macêdo. **Crimes ambientais**: uma visão sobre as práticas do rodeio e da vaquejada. Revista Interfaces científicas – Direito, ano 2 (2014), n. 2, pp. 93-104. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/viewFile/1222/663>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de lei PL 3670/2015. **Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar que os animais não sejam considerados coisas, mas bens móveis para os efeitos legais, salvo o disposto em lei especial**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055720>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. Projeto de lei PL 6799/2013. **Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. **Estabelece medidas de proteção aos animais**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=39567>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 96, de 06 de junho de 2017. **Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983/CE** - Ceará. Relator: Ministro Marco Aurélio. Jurisprudência, Acórdão, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5728/DF** – Distrito Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 13 de junho de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.772/DF** – Distrito Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 12 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13580372&tipo=TP&descricao=ADI%2F5772>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC** – Santa Catarina. Relator: Ministro Marco Aurélio. Jurisprudência, Acórdão, 03 de junho 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

CHALFUN, Mery. **Animais, manifestações culturais e entretenimento. Lazer ou sofrimento?** Disponível em: <<http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/animaismanifestaesulturaiseentretenmentolazerousufrimento.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2020.

DIAS, Edna Cardoso. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Malheiros, 2000.

FIORILO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEVAI, Fernando Laerte. **Direito dos animais**. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

LIMA, George Marmelstein. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial**. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

LIMA, Paula Simões. **Tutela jurídica da fauna no âmbito das manifestações culturais populares: novos paradigmas da ética ambiental**. Curitiba: UFPR, 2014 (Trabalho monográfico de conclusão de Pós Graduação em Direito Ambiental), 40 p. Arquivo em pdf.

LIMA, P.S.; TORTATO, D.T. **Meio ambiente cultural e a tutela jurídica da fauna: conflitos ético-normativos no âmbito das manifestações culturais populares**. In: VI CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA E DIREITO ANIMAL, 2018, João Pessoa. Anais... João Pessoa: Instituto Abolicionista Animal, 2018. p.434-457.

MACÊDO, Fabrício Meira. **Vaquejadas e o dever de proteção ambiental**. Revista Jurídica luso brasileira, ano 1 (2015), n.1, pp. 749-792. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0749_0792.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2020.

PGR: Emenda que trata de práticas desportivas com animais não fere a Constituição. **Migalhas**, 03 de dez. de 2020. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/quentes/337306/pgr--emenda-que-trata-de-praticas-desportivas-com-animais-nao-fere-a-constituicao>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Lugano. 2004.

CAPÍTULO 3

LEI Nº 13.465/2017 E O DIREITO DE LAJE: INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 14/12/2020

Ana Luiza Mendes Mendonça

Mestranda em Direito Negocial pela
Universidade Estadual de Londrina (UEL)
Pesquisadora no projeto de pesquisa
“Contratualização das relações familiares e das
relações sucessórias”, cadastrado sob n. 12475
na PROPPG da UEL
<http://lattes.cnpq.br/2877825375368481>

Daniela Braga Paiano

Doutora em Direito Civil pela Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo (USP)
Professora adjunta no Centro de Estudos
Sociais Aplicados da Universidade Estadual de
Londrina (UEL) e do Programa de Mestrado e
Doutorado em Direito Negocial da UEL
<http://lattes.cnpq.br/0598909153586648>

RESUMO: Diante da realidade brasileira de moradias irregulares, em especial nas periferias, com a construção dos denominados “puxadinhos”, surgiu a necessidade de positivação para sua regularização. Foi através da Lei 13.465/2017 que se introduziu no ordenamento brasileiro o denominado direito de laje, criando-se, assim, um novo Direito Real (art. 1225, XIII do Código Civil). O presente trabalho busca analisar o conceito, natureza jurídica, proximidades com outros direitos reais e situação motivadora da criação do instituto, uma vez que se trata de inovação legal recente, existindo várias dúvidas sobre o tema. Ainda, considerando a grande

irregularidade nas construções realizadas em tais localizações, busca-se analisar a finalidade da criação desse instituto. Como metodologia para o desenvolvimento do presente estudo, reporta-se à investigação indireta, por meio do método dedutivo e da análise teórica de leis, consulta a artigos e livros que envolvem a problemática abordada. Conclui-se, ao final, que o objetivo da criação do instituto, entre outros, é pautado na efetivação da função social da propriedade, em especial no que toca o direito à moradia e na concretização da sustentabilidade ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia. Direito de Laje. Sustentabilidade.

LAW Nº 13,465/2017 AND THE SLAB LAW: INSTRUMENT FOR ACHIEVING ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING

ABSTRACT: Faced with the Brazilian reality of irregular dwellings, especially in the peripheries, with the construction of what is usually called “puxadinho”, the need for positiveization for its regularization arose. It was through Law 13.465/2017 that the so-called slab right was introduced into the Brazilian order, thus creating a new Royal Law (art. 1225, XIII of the Civil Code). The present work seeks to analyze the concept, legal nature, proximity to other real rights and motivating situation of the creation of the institute, since it is a recent legal innovation, with several doubts on the subject. Also, considering the enormous irregularity existing in the constructions carried out in such locations, it seeks to analyze the purpose of the creation of

this institute. As a methodology for the development of this study, it refers to indirect research, through the deductive method and theoretical analysis of laws, consultation of articles and books that involve the problem addressed. It is concluded, at the end, that the objective of the creation of the institute, among others, is based on the realization of the social function of the property, especially with regard to the right to housing and the achievement of environmental sustainability.

KEYWORDS: Right to housing. Slab Right. Sustainability.

1 | INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Medida Provisória nº 759 de 2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.465 de 2017, introduziu o direito de laje. A mencionada Lei, entre outras disposições, inseriu no Código Civil o Título XI do Livro das Coisas, formado pelos artigos 1.510-A a 1.510-E, bem como acrescentou os incisos XII e XIII ao artigo 1.225 do referido Código. Elevou, deste modo, o direito de laje à categoria de direito real, regularizando a sobrelevação das moradias nas áreas das periferias, conferindo aos seus titulares o direito de propriedade.

Tendo em vista se tratar de instituto recentemente positivado no ordenamento jurídico brasileiro, há inúmeras dúvidas concernentes ao tema. Assim, o presente artigo buscou esclarecer conceito, natureza jurídica e outros aspectos do instituto.

Ademais, diante da função social da propriedade, ou seja, seu adequado aproveitamento independente de se tratar de solo urbano ou rural, imperioso estudar, também, o papel da positivação do direito de laje, que, como será visto mais adiante, trata de situação recorrente no cenário brasileiro, em especial nas periferias menos favorecidas, pautadas da irregularidade uma vez que não havia qualquer norma que regulamentasse e protegesse tal prática.

Assim, sob o foco do direito à moradia e da proteção do meio ambiente equilibrado, a presente pesquisa buscou analisar os benefícios da regulamentação do direito de laje diante da realidade dos conglomerados populacionais irregulares.

2 | CONCEITO E NOMENCLATURA

O direito real de laje está previsto nos artigos 1.225, inciso XIII, e 1.510-A a 1.510-E do Código Civil, incluídos pela Lei nº 13.465, de 2017. Nos termos do Art. 1.510-A do Código, o proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo (Código Civil).

Esclarece a doutrina que é a faculdade de edificar acima ou abaixo de pavimento alheio, criando uma unidade dele apartada e com autonomia funcional, ou seja, independente (MARQUESI, 2018, p. 2).

Nestes termos, pode-se verificar que a construção-base terá um número de matrícula própria e o pavimento que lhe sobrelevar, por exemplo, terá outro número de matrícula, criando, desta forma, propriedades distintas.

Até então, quem construía em solo alheio, perdia para o proprietário do terreno o que nele era acrescido, conforme prevê o Art. 1255 do Código Civil. Também havia a possibilidade de se construir em solo alheio sob o instituto do Direito Real de Superfície, nos termos do Art. 1369 do Código Civil.

Essas duas modalidades de construção em solo alheio, não resolvia o problema dos denominados “puxadinhos”, uma vez que toda a construção ficava em uma só matrícula. Agora, com o direito real de laje, abrir-se-ão matrículas distintas para cada laje acrescida à construção base, dando direito de propriedade a cada família que ali ocupar o referido espaço.

Explica Chaulhub (2019, p. 17) que “formaliza-se sua transmissão por negócio jurídico ou *causa mortis*, constituindo-se o direito real de laje mediante registro do título.”

Deste modo, segundo Farias e Rosenvald (2018, p. 637), tal direito é “[...] a possibilidade de coexistência simultânea de diferentes unidades imobiliárias com titularidades distintas”. Assim, a lei passou a autorizar a construção de mais de uma unidade habitacional em uma mesma área imobiliária, utilizando-se o espaço aéreo (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 637).

O direito de laje foi positivado diante da realidade brasileira de inúmeras famílias com baixo poder econômico, em especial nos morros cariocas, onde tal prática já existia e era considerada válida, mesmo sem qualquer previsão legal que legitimasse tal construção:

O direito sobre laje é exemplo de como os fatos sociais acabam motivando o agir legislativo. É costume nos morros cariocas, onde se instalam as grandes favelas, dada a natural disposição do terreno, que terceiro se valha de laje alheia erguendo uma unidade para moradia. Quer dizer, o sujeito edifica em construção que não é sua (MARQUESI, 2018, p. 2).

Importante ressaltar, nesse momento, que a construção em imóvel alheio ocorre em razão do desmedido crescimento das cidades, aliado aos movimentos migratórios internos que atraíram os indivíduos para as metrópoles (como o Rio de Janeiro, por exemplo), que culminou – em razão da impossibilidade de oferta de empregos a todos e de espaço amplo destinado à moradia – na favelização e marginalização de muitos migrantes, que, por sua vez, erigiram conglomerados populacionais irregulares, com invasão de terrenos, construção de “barracos”, ocupando os morros, submetendo-se, vezes tantas, a viver em condições de miséria extrema (TESHIMA; PONA, 2011, p. 52).

A nova regulamentação não resolve a delicada questão social referente a esse crescimento urbano desordenado – que necessita de sérias políticas públicas e não somente promessas ou leis –, contudo, retirou da invisibilidade uma situação recorrente nas cidades brasileiras (STOLZE, 2017, p. 3).

Todavia, há autores que discordam da regulamentação do direito de laje, em razão da falta de infraestrutura e irregularidade existentes nas construções realizadas sobre/sob a laje, como, por exemplo, Silvio Venosa (2017, p. 2), que afirma que “o intuito da lei foi criar, em síntese, um sistema de sobreposição que nasceu da pleora de pressões populacionais nas comunidades e que convivem de há muito e de fato nesse sistema. A norma irá, sem dúvida, incentivar que já se construa prevendo a cessão da laje a terceiros.”

A despeito de tal ponto de vista, nota-se que o direito de laje é um mecanismo de proteção dos indivíduos que necessitam de regularização da situação concreta em que se encontram, a fim de reconhecer os limites de direitos de cada titular, protegendo tanto o titular do solo e imóvel-base quanto o titular da laje, onde se edificou com autonomia funcional (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 637).

Vários autores afirmam que a terminologia “laje” não possui tecnicidade, eis que se trata de conceito da área da construção civil, podendo ser conceituada como parte estrutural que serve como cobertura ou piso de uma construção, que a delimita na verticalidade, feita de concreto (MARQUESI, 2018, p. 3), assim,

Tal como veio recebida em nosso sistema, a laje pode ser conceituada como o direito real que permite ao titular edificar sobre construção alheia ou abaixo dela, criando uma unidade dotada de autonomia funcional. É, pois, direito de construir, no caso, o de edificar acima ou abaixo de prédio já edificado, de modo a conservar no mesmo ambiente duas titularidades reais distintas, cada uma delas dotada de matrícula própria no CRI: a unidade construída e a unidade-base. Vale isso a dizer que o caso é de construção erguida em outra construção. Assim, lícito é concluir tratar-se de direito real em coisa própria. (MARQUESI, 2018, p. 3)

Desse modo, “a nomenclatura ‘Laje’ não foi a mais técnica, pois esse novo direito retrata um direito real de superfície de graus sucessivos (segundo, terceiro, etc.), que também poderia ser chamado de direito real de sobrelevação” (OLIVEIRA, 2017, p. 5), caso a construção seja feita acima do prédio-base, ou “sotoposição”, na hipótese de construção realizada abaixo. STOLZE (2017, p. 1) afirma que, “em linguagem tipicamente brasileira, fora concedido *status* oficial ao direito sobre o ‘puxadinho’.”

Para adaptação terminológica, quando o Código Civil se reporta ao “titular da laje”, entende-se que a lei trata do titular da laje aérea e/ou da laje subterrânea, sendo que a nomenclatura atécnica busca aproximar o Direito do homem comum (OLIVEIRA, 2017, p. 5). Nesse sentido, o legislador optou por respeitar a origem do instituto, denominado de modo que o povo comum compreende, clara e objetivamente, dignificando o novo direito real (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 655).

Considerando, portanto, tratar-se de direito de edificar acima ou abaixo de construção alheia, verifica-se a presença necessária da verticalidade como característica intrínseca do direito de laje, ao ponto que a construção ao lado (horizontal) não se trata de laje, conforme se observa do artigo 1.510-A, “caput”, do Código Civil (BRASIL, 2002), que dispõe: “O

proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.”

A característica principal do direito de laje é a autonomia da edificação em face do solo e das construções preexistentes no terreno, havendo, no caso, o afastamento do princípio da gravitação jurídica uma vez que a titularidade do solo não implica a titularidade da nova construção, nem o oposto, a titularidade da nova edificação não implica na titularidade de fração ideal do solo (FIUZA; COUTO, 2017, p.3).

Além da presença da verticalidade, para configuração de tal direito não basta o simples uso – que é mera posse temporária – tal direito está relacionado com o poder de construir. Sob esse prisma, “se o terceiro usa a laje sem nada construir, tem-se fenômeno como comodato, locação ou posse injusta. Por isso, se o dono do prédio autoriza o terceiro a transitar pela laje, para fins de festas [...], não se perfaz o direito em apreço” (MARQUESI, 2018, p. 3), havendo a necessidade de que o terceiro edifique.

Com a edificação em construção alheia, observa-se a existência de dois imóveis, o imóvel pré-existente, que serve de base (sustentação estrutural), e o imóvel contíguo superior ou inferior (construído acima ou abaixo do imóvel-base), objeto do direito real de laje (MARQUESI, 2018, p. 4).

Com relação às principais figuras e denominações desse direito, podem ser citadas: (a) o proprietário, titular do direito de propriedade sobre a construção original que será criado o primeiro direito de laje; (b) o lajeário, titular do direito de laje (acima ou abaixo do edifício base), derivado tal direito de uma propriedade; (c) a sobrelaje, que é a laje constituída a partir de outra laje, surgindo quando o lajeário – devidamente autorizado pelos demais proprietários e lajeários, cede novo direito de laje a um terceiro; (d) laje em sobrelevação, aquela constituída acima do edifício-base, aproveitando o espaço aéreo livre; (e) laje em infrapartição, aquela construída em área abaixo da construção base, aproveitando garagens e porões (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 654).

Importante, então, tecer esclarecimentos acerca da natureza jurídica da laje, que será visto a seguir.

3 | NATUREZA JURÍDICA: DIREITO REAL SOBRE A COISA PRÓPRIA

No tocante à natureza jurídica, verifica-se que há certo questionamento: o direito de laje está enquadrado no quadro geral dos direitos reais, como um direito real sobre coisa alheia – em razão do fracionamento dos poderes sobre o domínio do titular do edifício-base – ou se é um novo modelo de direito real, diferente das figuras conhecidas até então (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 658).

FIUZA E COUTO (2017, p. 6-7) defendem que esse instituto é uma nova forma de propriedade, com autonomia e perenidade idênticas às da propriedade edilícia, sendo que

seu titular poderá usar, gozar e dispor de sua unidade autônoma que será transmitida aos seus herdeiros na hipótese de falecimento, sugerindo, inclusive, a terminologia “direito de propriedade de laje”.

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2018, p. 658-659), a Lei 13.465/2017 reconheceu categoricamente a natureza real da laje, sendo que tal direito está caracterizado pela coexistência simultânea de diferentes unidades imobiliárias, com titularidades distintas, autônomas e independentes entre si, isolamento funcional, merecendo matrículas distintas no Cartório de Registro de Imóveis (CRI), não se tratando, efetivamente, de uma relação jurídica obrigacional.

Sob esse prisma, verifica-se que uma vez reconhecida a natureza real do direito de laje, a possibilidade de transmissão hereditária é consequência lógica quando do falecimento do titular, uma vez que se trata de relação jurídica de conteúdo patrimonial, “aliás, será possível, inclusive, deixar em testamento, respeitando o limite da legítima em prol dos herdeiros necessários (CC, art. 1.845)” (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 659).

Nessa esteira, também existe a possibilidade de partilha do direito de laje na hipótese de dissolução de casamento ou união estável do seu titular, a depender do regime de bens da relação (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 659). Sobre eventual partilha do direito de laje, decidiu o TJSP:

ACÇÃO ANULATÓRIA DE NEGÓCIO JURÍDICO. Posse sobre imóvel partilhado igualmente entre autora e corréu por ocasião da dissolução da sociedade conjugal. Imóvel erigido em terreno posteriormente regularizado pela COHAB. Aquisição do domínio formal do lote pelo ex marido e por sua atual esposa junto à COHAB, sem mencionar a participação da autora. Sentença que anulou o negócio jurídico, determinando a retificação da matrícula para atribuir a cada ex consorte a metade ideal do imóvel. Incorreção. Manutenção do negócio celebrado, sem necessidade de reconhecer sua invalidade, que provocaria o retorno ao status ‘quo ante’, prejudicando os interesses de todos os envolvidos. Acolhimento de pedido subsidiário da autora, para retificar a matrícula do imóvel, preservando sua meação. Constituição de condomínio simples entre autora e os corréus. Ausência de elementos concretos nos autos para análise da viabilidade de imposição de divisão cômoda do bem, ou de instituição do direito de laje. Dano moral. Inocorrência. Recurso da autora não provido. Recursos dos réus providos em parte, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1012673-60.2018.8.26.0007; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/05/2019; Data de Registro: 08/05/2019)

No julgado acima, determinou-se a constituição de condomínio simples entre autora e os corréus, uma vez que, no estado em que se encontrava o processo, não havia elementos concretos nos autos para análise da viabilidade de imposição de divisão cômoda do bem, ou de instituição do direito de laje.

Para Roberto Wagner Marquesi (2017, p. 8), o direito de laje possui natureza dominial e não de propriedade, pois não tem plenitude, entre outras razões, uma vez que o titular não

adquire uma porção do solo – o que ocorre no modelo clássico de propriedade – mas, ainda assim, seus poderes são idênticos ao do domínio, como o direito de disposição, alienação, gravar garantias reais. Ele ainda explica que “a laje é direito real sobre coisa própria, pois nela não há divisão de poder, como nos direitos reais em coisa alheia” (MARQUESI, 2018, p. 10).

No mesmo sentido afirma Chalhub (2019, p. 17), de que o direito de laje é um direito real em coisa própria, e se distingue do direito de propriedade “[...] da construção-base e autônomo em relação a este; não se confunde com o condomínio geral nem com o condomínio por unidades autônomas e se distingue, também, do direito de superfície.”

Por fim, Marquesi ainda conclui que a laje tem natureza de “[...] um condomínio voluntário ‘sui generis’, uma modalidade que se parece e guarda proximidade com a comunhão edilícia, mas que com esta, por apresentar muito maior singeleza e simplicidade, não pode ser confundida” (MARQUESI, 2018, p. 11).

Diante do exposto, sopesando as correntes doutrinárias sobre o tema, conclui-se que o direito de laje é um direito real sobre a coisa própria. Assim, urge a necessidade de distinguir o direito de laje dos demais direitos reais dos quais guarda algumas semelhanças.

4 I DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DE LAJE E OUTROS DIREITOS REAIS

O Direito de Laje possui afinidades com outros reais, mas não se confunde com eles, como, por exemplo, a superfície, as servidões, a sobrelevação e, particularmente, o condomínio.

Com relação ao primeiro direito real citado (superfície), observa-se que o legislador não determinou a transitoriedade da laje e deixou como pressuposto construção existente, de modo que afastou a laje da superfície, que é temporária, bem como ela pode ser constituída sobre terreno nu, sem mencionar que a laje é direito real em coisa própria, a superfície é direito real em coisa alheia (MARQUESI, 2018, p. 5).

Nesse sentido, não se pode esquecer que o direito de superfície é propriedade resolúvel, constituído por tempo determinado ou determinável – com o fito de não colidir com a perpetuidade da propriedade a que está acoplado –, enquanto o direito de laje é perpétuo em si mesmo, o que evidencia sua autonomia (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 639).

Ademais, “[...] a superfície não foi criada com o propósito principal de regularização fundiária, malgrado possa desempenhar tal papel. Ela estimula a economia e a construção civil, enquanto a laje está destinada a dar concretude ao direito de moradia.” (MARQUESI, 2018, p. 5).

Distancia-se, também, o direito de laje do direito de superfície por cisão, uma vez que o primeiro não implica na realização de obra de conservação ou melhoria na construção-base, uma vez que possui natureza autônoma, enquanto o segundo diz respeito

à concessão de direito real de superfície sobre o solo já edificado, como instrumento de realização de obras de conservação ou melhorias dos aparelhos ali construídos (FARIAS; ROSENVALD, 2018, p. 638-639).

O Direito de laje também possui diferenças com as servidões, previstas no artigo 1.378 do Código Civil. Em primeiro lugar, porque as servidões são direito real sobre coisa alheia, e a laje, como se afirmou, é direito real em coisa própria. Ademais, as servidões são vínculos entre edificações, por força da qual um deles (edificação dominante) restringe a posse do outro (edificação serviente), com o fito de suprir determinada carência, enquanto que, com relação ao direito de laje, inexistente tal inter-relação uma vez que os imóveis envolvidos não guardam relação de interdependência – são unidades autônomas (MARQUESI, 2018, p. 6).

No tocante à sobrelevação, observa-se sua semelhança com a laje uma vez que ambas constituem construção realizada sobre construção preexistente. Contudo, possuem muitas distinções como: a sobrelevação é típica dos contratos de superfície e designa o poder que tem o superficiário de conceder o espaço aéreo para sua edificação por outrem; nela, o solo é de um indivíduo, a superfície de outro e a sobrelevação de um terceiro; não admite sotoposição; não goza de independência e autonomia; é transitória uma vez que afeta ao contrato de superfície, que é sempre temporário (MARQUESI, 2018, p. 6).

Por fim, com relação ao condomínio, verifica-se que a laje de diferencia tanto da sua forma ordinária, prevista no artigo 1.314 do Código Civil, como da forma edilícia, disposta no artigo 1.331 também do Código Civil. Com relação ao condomínio ordinário, nota-se que o titular da laje não adquire porção ideal do solo, bem como inexistente questões como a divisão, extinção e administração aplicáveis a esse tipo de condomínio (MARQUESI, 2018, p. 7).

No que se refere ao condomínio edilício, várias normas do governo desta comunhão, “[...] como a administração, a instituição e a regulação, não têm qualquer aplicação na laje. Nesta não haverá, por exemplo, assembleia, síndico ou convenção. Assim, malgrado a presença de partes comuns e partes exclusivas, a laje não é condomínio edilício.” (MARQUESI, 2018, p. 11). Ademais, explica CHALHUB que:

A possibilidade de superposição de lajes sucessivas viabilizaria a edificação de conjuntos imobiliários, mas as restrições representadas pelo direito de preferência e pela exigência de autorização dos titulares da construção-base e das lajes para cessão, são incompatíveis com a divisão da laje em frações ideais autônomas e com livre disponibilidade das unidades, que caracterizam o regime jurídico da incorporação e do condomínio edilício, dificultando ou obstaculizando o maior aproveitamento econômico e social do direito de laje. (CHALHUB, 2019, p. 17)

Na opinião do autor acima mencionado, deve haver a adequação desse direito de propriedade à atividade incorporativa e à configuração do condomínio por unidades autônomas (CHALHUB, 2019, p. 17). Explica que, seguindo o art. 32 da Lei 4.591/64, uma

eventual incorporação imobiliária sobre laje deveria observar os requisitos ali especificados, e, como a edificação será erigida sobre a laje (e não no terreno), a laje é que será dividida em frações, passando a existir direitos de propriedade sobre frações da laje (e não frações de terreno) (CHALHUB, 2019, p. 17). Para que isso ocorresse, seria necessário superar os obstáculos do art. 1510-D, assegurando a livre disponibilidade das frações sobre o direito de laje.

Após a realização da análise sobre conceituação/nomenclatura do instituto, sua natureza jurídica, e sobre as afinidades e distinções com outros direitos reais, imperioso estudar acerca da finalidade da criação do direito de laje, e seus efeitos na sociedade, o que será explanado a seguir.

51 O DIREITO DE LAJE: A REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

No tocante ao direito reais, a tendência contemporânea tem sido de propiciar a aplicabilidade dos institutos jurídicos de modo que garantam não somente os interesses dos seus titulares diretos, estendendo-se, assim, a proteção dos interesses difusos que permeiam tais direitos (LEMOS; REINIG, 2013, p. 509).

Tanto a laje como a propriedade possuem o mesmo fundamento: autonomia privada – que consiste no direito de dispor dos bens para satisfação dos seus próprios interesses –, bem como ambos devem ter uma função socioeconômica, em especial no direito à moradia (MARQUESI, 2018, p. 4), prevista no artigo 6º da Constituição Federal.

No tocante à função social da propriedade, imperioso se faz sua conceituação uma vez que, segundo Eduardo Tomasevicius Filho (2020, p. 211), é necessária para a percepção do equilíbrio de interesses entre proprietário e coletividade – o atendimento do interesse coletivo não implica na destruição do poder do proprietário e vice-versa:

A função social da propriedade consiste, pois, no reequilíbrio das situações jurídicas estruturantes do direito de propriedade, mediante a redução de direitos, privilégios, poderes e imunidades, como também, em contrapartida, pelo aumento de deveres, incapacidades e responsabilidades para o proprietário de determinado bem. É intrínseca ao conceito jurídico de propriedade. Logo, não se trata de limitação externa ao direito de propriedade. (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 213-214)

De acordo com o mencionado artigo 6º da Constituição Federal, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a proteção à infância são direitos sociais. Com relação ao direito de moradia, sua inserção no rol dos direitos sociais, como direito constitucional, se deu por força da Emenda Constitucional 26, que alterou o artigo 6º da Constituição Federal (TESHIMA; PONA, 2011, p. 55).

O direito à moradia necessita, ativamente, da atuação estatal para sua implementação,

ou seja, para executá-lo concretamente, uma vez que a mera estruturação normativa não induz qualquer solução (TESHIMA; PONA, 2011, p. 55).

Portanto, a finalidade da positivação do direito de laje é promover a regularização fundiária urbana, de modo que tal direito propicia um título, do qual seu beneficiário tem legitimado seu poder sobre o bem e pode livremente negociá-lo, fomentando a circulação de riquezas (MARQUESI, 2018, p. 4).

Além do direito à moradia, a laje também desempenha uma função ambiental, uma vez que as concessões feitas a partir da regulamentação legal deverão levar em consideração o princípio da ubiquidade, ou seja, deverão observar às posturas municipais (aspectos paisagísticos e de segurança, normas que regulam a segurança, entre outras), conforme artigo 1.510-A, §5º, e artigo 1.510-B, “caput”, do Código Civil (MARQUESI, 2018, p. 4-5).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à qualidade de vida sadia, está previsto no artigo 225, “caput” da Constituição Federal de 1988, como direito de todos, e sua defesa e preservação é dever do Poder Público e da coletividade. Assim, a Constituição Federal consagra o meio ambiente como direito fundamental, sem o qual a pessoa humana não se realiza plenamente, a vida não se desenvolve sadiamente em nenhum dos seus desdobramentos (MAZZUOLI, 2015, p. 1.096).

Quando se trata do bem considerado essencial para manutenção da vida, ou seja, do bem ambiental, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal, observa-se a função socioambiental da propriedade, cujo descumprimento não autoriza o esvaziamento da propriedade de seu conteúdo mínimo sem indenização (LEMOS; REINIG, 2013, p. 509).

Nesse sentido, LEMOS e REINIG (2013, p. 510) lecionam que, com relação a função socioambiental

O proprietário fica obrigado não somente a um comportamento negativo, mas também a um comportamento ativo, que envolve defender, reparar e preservar o meio ambiente. Assim, tanto o proprietário quanto o superficiário do bem socioambiental, ou seja, daquele bem essencial para a manutenção da vida de todas as espécies e de todas as culturas, ficam sujeitos aos comportamentos apontados. Há um direito à preservação do bem, que é superior aos direitos individuais de propriedade e superfície. É o que chamamos de direito socioambiental de titularidade difusa. A proteção volta-se ao bem, pouco importando a sua titularidade ou exercício de um direito real sobre coisa alheia no caso concreto.

Embora os autores tenham explicado acerca da função socioambiental da propriedade e do direito de superfície, verifica-se que o entendimento acima narrado é cabível para o direito de laje, ou seja, tanto o titular da laje como o titular da edificação base estão sujeitos aos comportamentos apontados, ativos e negativos, com o objetivo de proteção do meio ambiente.

A busca pela sustentabilidade ambiental necessita de atenção não só para o meio

ambiente natural, mas, também, para aquele transformado pelo ser humano, em especial as cidades, uma vez que uma das preocupações dos objetivos tratados para o milênio é proporcionar moradia adequada a milhões de pessoas que vivem na irregularidade, em assentamentos carentes de infraestrutura ou saneamento básico (TESHIMA; PONA, 2011, p. 60-61). As questões relacionadas à proteção do meio ambiente não estão limitadas à poluição fruto da industrialização (MAZZUOLI, 2015, p. 1.092).

Nesse sentido, verifica-se que os assentamentos precários envolvem questões referentes a crescimento demográfico sobre os recursos naturais, podendo ser citados a poluição hídrica, uso inadequado do solo e poluição atmosférica, além da existência de limitação da capacidade do meio ambiente de satisfazer às necessidades – tanto as presentes como as futuras – impostas pelo atual estágio da tecnologia e organização social, de modo que a redução da proporção da população em assentamento precários é medida que se impõe, e diz respeito, inclusive, aos propósitos maiores de desenvolvimento e erradicação da pobreza no mundo, estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (TESHIMA; PONA, 2011, p. 48-49).

Tal situação é elencada na exposição de motivos da Medida Provisória nº 759/2016 (já convertida na Lei 13.465/2017), conforme item 7:

7. Demais disso, o crescimento muitas vezes desordenado dos grandes centros urbanos e a explosão demográfica brasileira em curto espaço de tempo vem causando diversos problemas estruturais que, por falta de regramento jurídico específico sobre determinados temas, ou mesmo por desconformidade entre as normas existentes e a realidade fática dos tempos hodiernos, não apenas impedem a concretização do direito social à moradia, como ainda produzem efeitos reflexos negativos em matéria de ordenamento territorial, mobilidade, meio ambiente e até mesmo saúde pública.

Os conjuntos habitacionais irregulares (“favelas”) se desenvolvem e crescem na ilegalidade, em um ciclo vicioso:

[...] informalmente, os indivíduos assentam-se em locais não permitidos, sem condições de habitabilidade e por isso acabam distantes da formalização pelo sistema imobiliário; devido às rígidas normas do sistema oficial, as pessoas, na maioria pobres, não podem pagar para formalizar a edificação de sua habitação e, portanto, recorrem à informalidade, a agrupamentos irregulares, onde compram, edificam, destroem sem qualquer ingerência estatal (TESHIMA; PONA, 2011, p. 68).

A positivação do direito de laje, além dos benefícios de ordem econômica, representa a desobstrução das vias estatais no sentido de dar cumprimento e efetividade aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente e afirmados internacionalmente mediante tratados, protocolos e convenções. (TESHIMA; PONA, 2011, p. 71-72).

Desse modo, verifica-se que o direito de laje, positivado pela Lei nº 13.465/2017, é um instrumento de regularização fundiária, que possibilita o cumprimento da função

social da propriedade, expressa na garantia do direito à moradia e na sustentabilidade ambiental, ou seja, se trata de um meio de garantia dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

6 | CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que o direito de laje é a positivação de hábitos considerados legítimos no que tange à construção em edificação alheia, que, antes do advento da Medida Provisória nº 759/2016 – convertida na Lei 13.465/2017 – inexistia qualquer regulamentação, tratando-se, portanto, de construções irregulares aos olhos do Poder Público.

A nomenclatura utilizada pelo legislador, embora não seja a mais técnica, serviu para o propósito de facilitar o entendimento da população, que, quando não utilizava “laje”, chamava a nova construção em edificação alheia de “puxadinho”, retirando da invisibilidade uma situação recorrente nas cidades brasileiras.

Em síntese, o direito de laje pode ser conceituado como direito real que permite ao seu titular construir sobre ou sob edificação alheia, criando uma unidade dotada de autonomia funcional e independência, com acesso à via pública e matrícula própria.

Ademais, verificou-se que o direito de laje tem natureza real, quer dizer, é um direito real sobre a coisa própria, bem como possui afinidades com outros direitos reais, embora não possa ser confundido com eles.

Por fim, concluiu-se que a positivação da laje é um instrumento de regularização fundiária e possibilita o cumprimento da função social da propriedade, expressa na garantia do direito à moradia e na sustentabilidade ambiental, ou seja, um meio de garantir os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

Assim, ao positivar o direito de laje, o Estado deixou de se omitir, adotando postura que garante o cumprimento de seus deveres constitucionais, principalmente no que toca o direito fundamental à moradia e a autonomia das relações sociais que existem nas favelas, formalizando os negócios que antes existiam na irregularidade e proporcionando à comunidade e seus integrantes benefícios de ordem econômica e ambiental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs [...] 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), [...] e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm#art55. Acesso em: 9 dez. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicao-demotivos-151740-pe.html>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1012673-60.2018.8.26.0007**; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/05/2019; Data de Registro: 08/05/2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 9 dez. 2020.

CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais.** 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/ensaio-sobre-o-direito-real-de-laje/>. Acesso em: 9 dez. 2020.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; REINIG, Guilherme Henrique Lima. Direito real de superfície e sua interface com a proteção ambiental. In: CASSETARI, Cristiano (coord). **10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002:** estudo em homenagem ao professor Calor Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 491-511.

MARQUESI, Roberto Wagner. Desvendando o direito de laje. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/desvendando-o-direito-de-laje/>. Acesso em: 9 dez. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Direito real de laje à luz da Lei 13.465/2017:** nova lei, nova hermenêutica. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Julho/2017 (Texto para Discussão nº 238). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 9 dez. 2020.

STOLZE, Pablo. Direito real de laje: primeiras impressões. **Jus Navigandi**, ano 22, n. 4936, Teresina, jan. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54931>. Acesso em: 9 dez. 2020.

TESHIMA, Márcia; PONA, Everton Willian. Do direito de laje: uma visão mitigada do direito de propriedade ao direito à moradia. **Argumentum.** v. 12. Marília: UNIMAR, jan/dez. 2011, p. 45-76. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/issue/view/49/showToc>. Acesso em: 9 dez. 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A proteção do patrimônio cultural brasileiro pelo direito civil**. São Paulo: Almedina, 2020.

VENOSA, Silvio. Direito real de laje (criado pela lei 13.465 de 2017). **Migalhas**. out. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI267743,91041-Direito+real+de+laje+criado+pela+lei+13465+de+2017>. Acesso em: 9 dez. 2020.

CAPÍTULO 4

TRATAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS NO MUNICÍPIO DE JARAGUÁ/GOIÁS, FRENTE À AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E A POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 07/12/2020

Daniele Danta de Jesus

Especialização em Direito Ambiental pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU
Graduanda (licenciatura) em Geografia pela Faculdade Claretiano Jaraguá – GO
<http://lattes.cnpq.br/1960907992509606>

Priscilla Silva Silvestrin

Universidade Paulista - UNIP
Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU
Universidade Salvador – UNIFACS
Professora nas Instituições citadas acima
São Paulo – SP
<http://lattes.cnpq.br/1753847733583217>

RESUMO: As transformações da economia mundial permitiram as transformações do espaço geográfico e a grande utilização dos recursos naturais gerando diversas poluições ambientais que causaram problemas de socioeconômicos, logo, foi inserido na gestão urbana o tratamento dos resíduos sólidos. A presente pesquisa está firmada no tripé da qualidade de vida urbana, na segurança de tráfego rodoviário e no conhecimento geral da população acerca dos processos que forçam o município de Jaraguá em Goiás criar um Aterro Sanitário. O presente trabalho tem por objetivo geral transparecer as mudanças de destinação final dos resíduos

sólidos do “lixão a céu aberto” para o futuro Aterro Sanitário; e os objetivos específicos visam: descrever os processos de limpeza urbana, realizar um banco de dados e, por fim, tratar os mesmos.

PALAVRAS-CHAVE: Resíduos sólidos urbanos; Impactos ambientais; Planejamento urbano; Direito ambiental; Ambiente sustentável.

TREATMENT OF SOLID WASTE IN THE MUNICIPALITY OF JARAGUÁ/GO, IN FRONT OF THE PUBLIC CIVIL BY ACTION FILED THE STATE PUBLIC MINISTRY AND THE FEDERAL HIGHWAY POLICE

ABSTRACT: The transformations of the world economy have allowed the transformations of geographical space and the great use of natural resources generating various types of environmental pollution that caused socioeconomic problems, so the treatment of solid waste was included in urban management. This research is based on the tripod of urban quality of life, road traffic safety and in general knowledge of the population about the processes that force the municipality of Jaraguá in Goiás to create a Landfill. The main objective of this work is to show the changes in the final disposal of solid waste from the “open dump” for the future Landfill; and the specific objectives are: to describe the processes of urban cleaning, to carry out a database and, finally, to treat them.

KEYWORDS: Urban solid waste; Environmental impacts; Urban planning; Environmental law; Sustainable environment.

1 | INTRODUÇÃO

Em meados do século XVIII, a Revolução Industrial abrangeu a produção em larga escala promovendo uma série de impactos ambientais e socioeconômicos negativos, os quais proporcionaram diversas doenças, algumas acarretaram em mortes de milhares de cidadãos, como por exemplo, a peste negra. Diante desses fatos, o saneamento básico tornou-se a principal ferramenta para expansão urbana, que foi promovida juntamente com a qualidade ambiental.

No final do século XX, surgiram os direitos de terceira geração, abrangendo a temática ambiental em um novo sistema econômico global. O desenvolvimento começou a se restringir sob a abordagem sustentável, permitindo o uso dos recursos naturais, mas o assegurando as presentes e futuras gerações, conforme art. 225 da Constituição Federal.

Mediante a criação da Lei nº 6.938/81, a definição de meio ambiente ficou mais precisa, afirmando em seu inciso VI, que a preservação e restauração é necessária para a manutenção do equilíbrio ecológico e propícia a vida em todas as suas formas. E neste quesito, a Lei nº 12.305 de 2010 foi criada para monitorar o tratamento dos resíduos sólidos garantindo a proteção da saúde pública e da qualidade ambiental, firmada em seu art. 7º, inciso I. O tratamento adequado dos resíduos sólidos, o qual será abordado neste artigo, é uma das vertentes promulgadoras da qualidade ambiental. Localizado no município de Jaraguá, em Goiás, o conhecido “lixão a céu aberto”, causa diversos impactos socioambientais como, odores pela presença de matéria orgânica, poluição do ar no processo de queima de lixos e a proliferação de doenças e insetos.

Mediante os impactos mencionados tem-se a necessidade da implantação de um Aterro Sanitário, o qual proporcionará o descarte final dos resíduos sólidos, o equilíbrio socioambiental e a regulação legal frente à ação civil pública promovida pelo Ministério Público (MP) juntamente com a Polícia Rodoviária Federal (PRF), devido à insegurança do tráfego rodoviário e a saúde dos funcionários públicos que poderá ser comprometida pela inalação de fumaça causada no processo de queima de lixos.

A presente pesquisa está firmada no tripé da qualidade de vida urbana, segurança do tráfego rodoviário e no conhecimento geral da população acerca do processo que força o município de Jaraguá a criar um Aterro Sanitário. O presente trabalho tem por objetivos gerais: transparecer a mudança de destinação dos resíduos sólidos, e apresentar um histórico da legislação dos resíduos sólidos; já os objetivos específicos visam: descrever os processos de limpeza urbana, realizar um banco de dado municipal sobre a realização e processos de tratamento dos resíduos, e por fim, tratá-los.

2 | REFERENCIAL TEÓRICO

Relendo a Declaração francesa de 1789, a qual dispõe que “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Permite, segundo Bobbio, “(...) primária

e exclusivamente os direitos dos indivíduos”. (BOBBIO, 2004, pág. 84).

Os direitos do homem são fundamentais permitindo criar e manter elementos de dignidade humana. Segundo Bonavides “Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali direitos naturais, inalienáveis e sagrados, direitos tidos também por imprescritíveis” (BONAVIDES, 2003, pág. 562); nascem assim, os direitos de primeira geração no século XVIII; os de segunda geração no século XX, que protegia os direitos econômicos, culturais e sociais; e os direitos de terceira geração, no final do século XX, os quais referem ao meio ambiente, à paz, ao patrimônio comum e à comunicação.

“Enfim, se nos deparamos direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas” (BONAVIDES, 2003, pág. 563).

E neste contexto, a participação do homem aos fatores ambientais é fundamental para a saúde e qualidade de vida humana. Machado, em seu livro *Curso de Direito Constitucional*, afirma:

“A participação dos indivíduos e das associações na formulação e na execução da política ambiental foi uma nota marcante dos últimos vinte e cinco anos. Os sindicatos, deste o início do século XX, passaram a estruturar a participação dos trabalhadores. A atuação dos sindicatos foi decisiva para a defesa da dignidade dos trabalhadores. A participação para a proteção do meio ambiente não tem a mesma característica. Não se trata da defesa de uma classe profissional, mas de interesses que transcendem as profissões e concernem a diversos segmentos sociais. As associações ambientais, ao terem como metas a valorização da água, do ar, do solo, da fauna, da flora e do próprio homem, tratam de interesses difusos, que não só dizem respeito a cada um de seus associados, mas também a um número indeterminado de pessoas”. (MACHADO, 2006, pág. 89).

Após a Segunda Guerra Mundial, nos anos 60, o Movimento *Hippe* na França, se fez favorável às discussões envolvendo a proteção do meio ambiente natural. As discussões permitiram interações mais fluentes do homem com a natureza. Foi através deste processo que Organização das Nações Unidas (ONU) realizou em 1972, em Estocolmo, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente que acarretou na modificação dos usos dos recursos naturais e no surgimento do Direito Ambiental (GRANZIERA, 2011, página 24). Alguns dos temas abordados em Estocolmo ainda estão em progresso, como por exemplo, o desenvolvimento sustentável e a luta contra a poluição.

O combate à poluição é tema do princípio 6º da Declaração de Estocolmo, o conceito de Desenvolvimento Sustentável foi apresentado no relatório “Our Common Future” em 1987, conhecido como Relatório de Brandtland, sendo “alcançado com a influência de três fatores: preservação ambiental, desenvolvimento econômico e bem-estar social” (TRENNEPHOL, 2010, pág. 12).

Ao longo da história, alguns Tratados Internacionais foram firmados em razão da

preservação da natureza (Congresso Internacional de Proteção da Natureza de 1923; Convenção Relativa à Preservação da Fauna e da Flora em seu Estado Natural de 1933) e as poluições marítimas (Convenção Internacional para a Preservação da Poluição do Mar por Óleo de 1954, Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição de Óleo de 1969, A Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Natureza de 1972 e a Convenção de Marpol de 1973).

As primeiras ações legislativas nacionais acerca da poluição do meio ambiente surgiram através das poluições marítimas, já discutidas em congresso internacionais como: Bruxelas, 1969, e Londres, 1972 (GRANZIERA, 2011, págs. 30 e 31). Assim, os resíduos liberados no mar pelos navios (como o óleo, e demais materiais ou substâncias tóxicas) alteram a qualidade da biota aquática, deu ensejo aos Decretos: n° 79.437 de 1977; n° 2.508 de 1978 (atualizada em 1998); e, n°87.566 de 1982, e a partir destes, foram surgindo novos e abrangidos.

Trennephol afirma que “o meio ambiente não se restringe ao meio físico, mas engloba o meio natural, artificial, social e cultural”. Afirma também, na mesma página, que “os bens que possuem as características de bem ambiental (...) não são propriedade de qualquer dos entes federados, pois esses entes atuam como administradores de um bem que pertencem à coletividade” (TENNEPHOL, 2010, pág. 1).

No ano de 1981 foi criada a Política Nacional de Meio Ambiente, embora defina o termo meio ambiente que é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981, pag. 2), e a degradação que é qualquer alteração da qualidade ambiental de forma direta ou indireta, não traz consigo a abordagem de resíduos sólidos.

A primeira Lei de Resíduos Sólidos surgiu em 1993, no Distrito Federal, através da Lei n° 462 que dispõe sobre a reciclagem; o art. 3° em especial, considera reciclagem como um material descartado que pode ser manipulado sendo, “inservíveis de origem orgânica ou inorgânica, desde: I – a separação; II – o selecionamento; III – a classificação; IV – acondicionamento; V – a recuperação; VI – a compostagem; VII – a transformação” (BRASIL, 1993, pag. 1). Embora o planejamento fosse algo discutido deste a antiguidade para ampliação de centros urbanos, limite de loteamentos, dentre outros, não obtinha formas de infraestrutura que colaborasse com o saneamento, assim, com a manifestação da peste negra período marcado pela Revolução Inglesa; com isto, a rainha Isabel ampliou o planejamento visando redes de esgoto e de água, assim como, praças com áreas verdes em Londres nos anos 1943 a 1947. Lucchese afirma que “o crescimento de Londres no século XIX trouxe consigo um considerável aumento nos problemas urbanos (LUCCHESI, 2012, pág.1). A retomada econômica proporcionada pelo avanço industrial permitiu os avanços do ramo de Gestão, sendo um tema muito utilizado no presente século, devido os usos inadequados dos recursos naturais os quais geram impactos negativos promovidos

pela ação humana.

O Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA, através do anexo I, inciso X da Resolução nº 306, de 2002, define o Sistema Gestão Ambiental – SGA, como o veículo de “condução, direção e controle do uso dos recursos naturais, dos riscos ambientais e das emissões para o meio ambiente, por implantação do sistema de gestão ambiental” (BRASIL, 2002, pag. 2). O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE afirma que as exigências do SGA devem ser “legais para que os bens produzidos sejam ambientalmente adequados em todo o seu ciclo de vida: que não agridam o meio ambiente desde a origem de sua matéria-prima, durante sua produção e entrega, até sua obsolescência e disposição final.” (BRASIL, 2004, pag. 14).

Desta forma, vê-se a necessidade de descrever a destinação de resíduos sólidos e, para isto, é necessário classificar cada tipo de lixo. Segundo o Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM, o lixo é classificado em cinco classes, sendo: “Doméstico ou residencial; Comercial; Público; Domiciliar especial: entulho de obras, pilhas e baterias, lâmpadas fluorescentes e pneus; e resíduos de Fontes especiais: industrial, portos, aeroportos e terminais rodoferroviários, agrícola e de saúde” (BRASIL, 2001, págs. 26 e 27). O lixo urbano geralmente é maior em quantidade, volume e peso por acolherem o lixo doméstico, lixo comercial e o lixo público.

O IBAM (2001), a ANVISA (2006) e o MMA (2012) descrevem os tipos de destinação final dos resíduos sólidos existentes, sendo: o Aterro Sanitário (terreno preparado para evitar impactos ambientais ao receber os resíduos, inserindo assim, mantas isolantes que evitem vazamento de líquidos, captadores de gases e chorumes, cobertura de terras e reflorestamento por cima); o Aterro Controlado (os resíduos despejados são acamados por terras sem preocupação com o tratamento do mesmo); a Reciclagem (separação de lixos secos como: papel, metal e plásticos); a Compostagem (processo de degradação biológica que geram adubo, servindo como cobertura com solos ricos em micro-organismos); a Incineração ou Pirólise (queima dos resíduos que possuem alto potencial de combustível e o lixo hospitalar); a Digestão Anaeróbica (processo de degradação biológica com formação de gases e líquidos); a Esterilização (valas assépticas são os melhores mecanismos para os resíduos hospitalares porém é pouco utilizada pelo elevado custo de implantação e operação).

Diante das descrições citadas pelos Órgãos Ambientais, o conhecido “lixão a céu aberto do município de Jaraguá/GO” na realidade funciona como um Aterro Controlado, antes de prosseguir vê-se necessário comentar um pouco sobre o município de pesquisa.

O município de Jaraguá, Goiás, “surgiu a partir da tribo indiana Jaguarás, em 1833 desmembrou-se da atual cidade de Pirenópolis (...) e localiza-se na região central do estado de Goiás” (JESUS & JESUS, 2014, pág. 1). Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (BRASIL, 2019), a área territorial corresponde a 1849.552 km² e sua população é de 49.667 habitantes, dados fornecidos pelo Instituto segundo o ano de 2018.

O Planejamento Ambiental municipal de Jaraguá está sendo realizado sob quatro vertentes, sendo: o saneamento, a rede de esgoto, a drenagem e o tratamento dos resíduos sólidos. Embora seja abordado um pouco de cada tema, o tratamento de resíduos sólidos será o mais enfatizado devido à natureza da pesquisa.

Portanto, os dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente (SMMA, 2018), o município está realizando um Projeto de saneamento juntamente com a empresa privada SANEAGO, para tratamento mais adequado da água e do esgoto, o mesmo ainda está no projeto; em relação à temática da Estação de Tratamento de Esgoto – ETE, o perímetro urbano encontra-se com cobertura da rede de esgoto entre 80 - 90%; enquanto a drenagem, o rio que divide o município, Rio Vermelho, foi canalizado com o intuito de evitar enchentes, perda da mata ciliar e erosão nas margens do rio, porém, na nascente do Rio Monjolinho ainda é tema de discussão, uma vez que problemas ambientais apresentados por Jesus & Jesus (2014) persistem na área como, por exemplo, falta de informações (placas com avisos de proteção), presença de lixo domésticos próximos à margem e área sem limpeza urbana (apresentando matos e galhos) tornando assim uma área perigosa para quem trafega ou mora nas vias próximas à nascente, é necessário comentar que esta nascente deságua no Rio das Almas, importante drenagem que banha diversos rios goianos; já os resíduos sólidos, o município terceirizou o serviço contratando a Empresa Brasil Construtora, conhecida pela eficiência no serviço de limpeza urbana e neste contexto, coleta os resíduos depositando-os no Aterro.

3 | MÉTODO

A metodologia utilizada nesta pesquisa encontra-se enumeradas sequencialmente:

1º levantamento bibliográfico: livros e artigos nos formatos físicos ou digitalizados os quais enfatizam o assunto abordado;

2º visitas técnicas ao “lixão/aterro”: Foram realizadas duas visitas, uma em 18 de janeiro e a outra em 19 de março, ambas no presente ano, para obtenção de fotografias e entrevistas com técnico municipal responsável e com os catadores de lixo recicláveis;

3º pesquisa na Empresa Brasil Construtora: Empresa terceirizada pela Prefeitura para executar os serviços de limpeza urbana, principalmente a coleta de lixo;

4º pesquisa no Posto da Polícia Rodoviária Federal – PRF: nesta Unidade Operacional de Jaraguá – UOP foi realizada uma entrevista ao Professor V. Ex^a Eufrásio;

5º pesquisa na Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e Serviços Públicos neste Órgão foram obtidos dados do quadro de funcionários e as devidas funções e execuções de limpeza urbana promovida pela prefeitura;

6º Secretaria Municipal de Meio Ambiente – SMMA: neste órgão buscou informações

sobre o planejamento urbano e sobre o processo em andamento para o futuro Aterro Sanitário;

7º Secretária Municipal da Saúde – SMS / Hospital Estadual Sandino Amorim – HEJA: buscou informações sobre a destinação final do resíduo hospitalar gerado no município.

4 | ANÁLISE E DISCUSSÃO

Os dados obtidos na Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e Serviços Públicos (Tabela 1) demonstram que a quantidade de funcionários efetivos e comissionados correspondendo um total de 122 pessoas, mediante este fato muito dos funcionários efetivos estão com desvio de função para suprir a necessidade de outros departamentos do Município como, por exemplo, em diversas Escolas e na Secretaria Municipal de Transito – SMT, na função de serviços gerais, porteiros e guardas. A remuneração dos funcionários efetivos está estabelecida no edital do concurso em que prestaram, deve destacar que dois funcionários públicos estão afastados devido cumprimento de função política de vereador. Os comissionados por sua vez têm os valores bastante distintos entre si, sendo um salário mínimo para as funções de assistência, pintura de faixas e calçadas; já os que exercem serviços de maiores riscos como, construção (mestre de obras), eletricidade pública (eventos ou manutenção da cidade), motorista, e equipamentos industriais e agropecuários (para poda de arvores e retirar entulhos), recebem uma gratificação salarial que podem alcançar dois salários mínimos, e para isto são classificados como AE II.

Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e Serviços Públicos						
Gênero		Funcionários		Licenças		
Homens	Mulheres	Efetivos	Comissionados	Saúde	Viagem/ outro (s)	Exercer cargo de vereador
118	4	70	52	1	4	2

Tabela 1. Representação do quadro administrativo da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e Serviços Públicos municipal de Jaraguá.

Fonte: Sr. Danilo A. Oliveira. Diretor de Obras e Infraestrutura da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e Serviços Públicos de Jaraguá/GO. Organizado por JESUS, D. D. (2018).

Segundo o técnico Nilson, responsável pela administração técnica da empresa Brasil Construtora, o serviço foi iniciado em 17 de agosto de 2017, a empresa tem sede em Goiânia e possui 54 funcionários sendo ele de Ceres e os demais funcionários são do próprio município, Figura 1. O serviço é escalado em dois períodos, das 5:00 às 11:00 am, e das 13:00 às 18:00 pm, de segunda à sábado, sendo dividido em varrição para

as mulheres, e para os homens os serviços considerados mais pesados sendo, uso de máquinas de jardinagem, coleta de lixo doméstico e dirigir caçamba, por estes motivos as mulheres recebem um salário mínimo, já os homens podendo chegar até dois. Deve ser relatado que a infraestrutura corresponde à locação de uma casa e todos os equipamentos utilizados são da empresa, incluindo neste processo as quatro caçambas e os uniformes da empresa. Em cada período o serviço é realizado utilizando duas caçambas, em cada caminhão têm-se um motorista e quatro coletores de lixo.

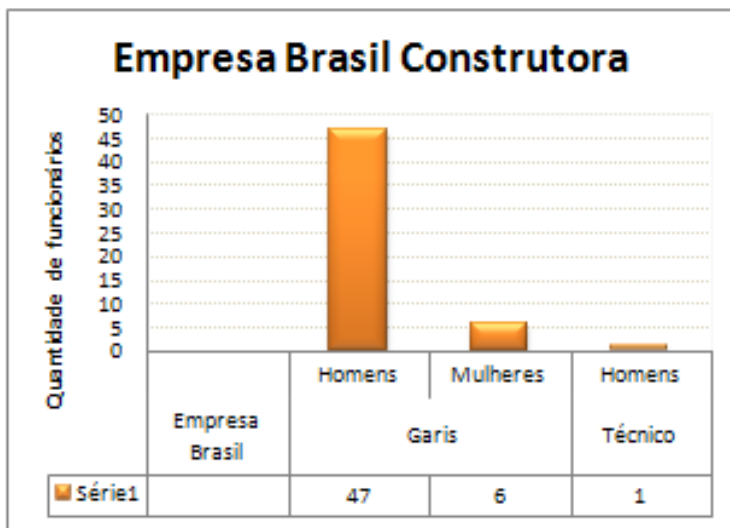


Figura 1. Representação do quadro funcional da Empresa Brasil Construtora em Jaraguá/GO.

Fonte: Técnico Nilson A. Silva, representante da empresa Brasil Construtora no Município de Jaraguá/GO. Organizado por JESUS, D. D. (2018).

A coleta de lixo é realizada por setores e sem planejamento de vias a percorrer, quando a caçamba fica cheia é hora de despejá-lo no Aterro, tornando, a partir deste momento, serviço do Sr. Lorivaldo, técnico responsável pelo local, pelo monitoramento dos resíduos e sua organização.

Segundo o Sr. Lorivaldo (2018), o serviço é realizado em cinco fases, sendo: em primeiro lugar, despejo do lixo urbano; em segundo lugar, separação de lixo para reciclagem que é realizada pelo técnico e pelos catadores; em terceiro lugar ocorre a organização do resíduo destinando-os ao departamento dentro do mesmo; logo, faz o espalhamento com máquinas; e, por último, o soterramento, realizado por terras vermelhas, que pode ser provido do próprio Aterro deixando assim, valas para futuras áreas de resíduos domiciliares e públicos. As valas encontradas no Aterro também são utilizadas para construções ou manutenções envolvendo a prefeitura.

Os resíduos trazidos pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Serviços Públicos são geralmente podas de árvores e de construção pública. Os lixos considerados menos nocivos como os galhos de árvores, ou até mesmo os tecidos e plásticos coloridos são queimados para depois realizar o soterramento (processo que lança grandes poluentes, odores e fumaça no ar). Os lixos recicláveis são os papelões, plásticos transparentes, e garrafas pets incolores, logo são organizados em grandes sacos chamados de “bergs”, cada berg tem peso aproximado de 1 kg e são vendidos por uma empresa de Goianésia/GO no valor de R\$ 0,60 cent. No presente momento dos oito catadores, nenhum deles é registrado pela prefeitura de Jaraguá, porém são pessoas desempregadas que procuram formas justas de levar a vida.

Na SMMA, os técnicos Lucas e Antônio estão à frente do projeto de gestão ambiental e colaboraram com a presente pesquisa. Segundo Lucas: “o lixão de Jaraguá foi criado para ser Aterro Controlado, devido o passar de muitos anos e a falta de manutenção tornou-se um lixão”. A atual gestão procura evitar processos e multas e para isto busca destinar corretamente os resíduos sólidos conforme a legislação federal, Lei nº 12.305/2010, no que tange os procedimentos de destinação de lixo para evitar a proliferação de vetores, doenças e poluição. Deve-se destacar que devido o município possuir menos de 120.000 habitantes, art. 182 da Constituição Federal de 1988, o município não possui Plano Diretor, e neste quesito tem utilizado como base o de Goiânia com auxílio dos funcionários da Secretaria Estadual de Meio Ambiente, localizada em Goiânia, e a pela SEMMA.

No processo para implantação do novo Aterro já foi realizada reuniões públicas para escolha do local conforme a Secretaria Estadual de Meio Ambiente – SECIMA; Secretaria Estadual de Meio Ambiente – SEMMA; e pelo Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento da Região São Patrício – CIDERSP, atualmente está na fase de Licenciamento Prévio. A área escolhida está localizada a 15 km de distância do Município de Jaraguá, e fará um Aterro Sanitário intermunicipal juntamente com os municípios de São Francisco de Goiás e Jesópolis. Uma vez que, o investimento ficará excessivamente caro, o CIDERSP orienta os 15 municípios consorciados a unirem-se com outros municípios para criação do Aterro Sanitário.

Após abertura do novo Aterro - o qual está sem previsão ainda - cada município pagará pelo lixo depositado em toneladas, e o Instituto Vida, que foi contratado para realização do Plano de Recuperação de Áreas Degradadas – PRAD, está orientando juntamente com a CIDERSP no atual Aterro de Jaraguá.

Como os resíduos hospitalares não são depositados no Aterro municipal, foi realizado duas pesquisas complementares, uma na sede das nove Secretárias Municipal da Saúde – SMS (sendo acrescida dois CAIS, os quais, se localizam em zona rural) e a outra no Hospital Estadual Sandino Amorim – HEJA, que voltou sua gestão ao Estado no presente ano (2018) conforme Lei nº 19.126/2015. Ambas seguem as normas da Resolução do CONAMA nº 358 de 2005 (págs. 6 a 8), classificada em A: presença de agentes

biológicos; B: “substâncias químicas que podem apresentar risco à saúde pública ou ao meio ambiente”; C: resíduos que apresentam “radionuclídeos em quantidades superiores aos limites de eliminação especificados nas normas da Comissão Nacional de Energia Nuclear-CNEN”; D: “resíduos que não apresentem risco biológico, químico ou radiológico à saúde ou ao meio ambiente, podendo ser equiparados aos resíduos domiciliares”; e, por fim, E: “materiais perfurocortantes ou escarificantes, tais como: lâminas de barbear, agulhas, escalpes, (...) e todos os utensílios de vidro quebrados no laboratório (pipetas, tubos de coleta sanguínea e placas de Petri) e outros similares”.

Segundo a auxiliar financeira da SMS, Denise, “Hoje, dia 27/03/18, está sendo realizado processo licitatório para contratação de empresa para realização da coleta quinzenalmente”. A antiga empresa que encontra em contrato de despesa é a INDICOM, de Anápolis/GO, recolhia 416 kg de material classificados nos tipos A, B e E. A quantidade de resíduo varia um pouco no decorrer do ano, visto que existem eventos como, por exemplo, a “Campanha de vacinação contra febre amarela”. A destinação se dá pela incineração.

No HEJA, por sua vez, abrange o atendimento há vários municípios da região sendo: Barro Alto, Goianésia, Itaguarú, Mimoso de Goiás, Padre Bernardo, Santa Rita do Novo Destino, e a Vila Propícia, alcançando 171.000 habitantes. Mediante este fato, não se tem registro de resíduos biológicos que correspondem aos remédios, mas aqueles que se encaixam nas classes A (compressa de gases sujas de sangue, frascos de soros providos de centros cirúrgicos...) e os do grupo E (agulhas e perfurocortantes) totalizaram no último mês 231, 2 kg, sendo colhido pela empresa Nature Ambiental e destinados à incineração, afirma Pedro Henrique, analista administrativo (III) do Hospital (HEJA, 2018).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

AUOP, mediante pedido de amenizar os processos de queima, afirma futura mudança de Posto, uma vez que foi realizada a abertura da ação judicial relatando a insegurança do trânsito e a inalação da fumaça, provocando problemas respiratórios dos agentes públicos (policiais). Entende-se que a mudança da UOP não somente aumentará a insegurança do município como a de seus circunvizinhos.

O atual Aterro apresenta áreas com coberturas de lixo entre 5-7 metros de altura em relação ao solo originário no departamento de lixo doméstico e está começando a ser depositadas nos departamentos de construção e ferramentas. As informações acerca das circunstâncias, condições e rendimento de trabalho dos oito catadores de lixo foram obtidos pelo funcionário da Prefeitura que, de vez em quando, cata alguns resíduos recicláveis também, logo, achou-se necessário reservar a identidade e vida familiar dos catadores.

As visitas técnicas e entrevistas realizadas em campo foram fundamentais ao trabalho, tanto que proporcionou um mapeamento da área do Aterro conforme as explicações do Sr. Lorivaldo, e neste processo, foi aderida imagens de satélites utilizando como ferramenta o

software livre Google Earth e manipuladas manualmente no programa Paint.

Conforme já comentado anteriormente, os resíduos hospitalares não podem ir para o Aterro, logo, são encaminhados aos municípios de Anápolis e Goiânia, fazendo a destinação final pela incineração. O município possui empresas como a MM Engenharia e Soluções Ambientais, que faz serviços e coleta hospitalar atendendo mais de 20 farmácias e laboratórios, exercendo também coleta em alguns municípios vizinhos.

Segundo a Secretaria Municipal de Meio Ambiente (atualmente Subsecretaria) - SMMA, o processo de licenciamento do novo Aterro Sanitário está em andamento na Licença Prévia, e o processo dará por intermédio de desapropriação judicial, uma vez que o proprietário não quer ceder à área analisada. O Instituto Vida futuramente realizará o Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD, no processo de fechamento do atual Aterro, já que a empresa é contratada pelo município para gerar o Memorial de Caracterização de Empreendimento MCE, o qual avalia e monitora os resíduos sólidos comerciais.

A educação ambiental é uma vertente da política pública municipal que está sendo realizada nas vilas, escolas e faculdades do município sob a vertente da A3P, fornecida pela CIDERSP e Instituto Vida, porém moradores circunvizinhos continuam lançando lixo em área de proteção ambiental, Anexo I, logo, vê-se a necessidade de mais fiscalização, informação (placas e limpeza urbana no local) e multa aos infratores. É notório destacar que os funcionários que trabalham diretamente com os administradores da limpeza pública, os catadores e até mesmo a PRF (UOP de Jaraguá), não tinham ciência do processo de andamento para a implantação do Aterro Sanitário.

Segundo a Lei Orgânica do Município de Jaraguá, capítulo VIII do meio ambiente, no art. 162 e inciso VI, incumbe ao poder público aplicar a Educação Ambiental bem como conscientizar a população geral da preservação ao meio ambiente, conforme estabelecido no art. 225 da Constituição Federal (1988), preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988, pág. 133).

Infelizmente, nos últimos dias da pesquisa foi anunciado por meios de comunicação municipal que cerca de cento e cinquenta funcionários comissionados tanto os de serviço de limpeza pública como os dos serviços administrativos serão demitidos devido à falta de finanças pública apresentada pela prefeitura.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Brasília, DF, 1998. Org. Odete Medauar. Mini Códigos: Coletânea de Legislação Ambiental e Constituição Federal. São Paulo - SP, Revista dos Tribunais. 14^o Ed. rev. ampl. e atual. 1200p, 2015. Disponível no site oficial do Planalto em, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acessado em março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.126, de 16 de dezembro de 2015**. Autoriza o Estado de Goiás a absorver as atividades ofertadas em unidade pública hospitalar do Município de Jaraguá-GO e dá outras providências. Goiânia, 2015. Disponível em http://www.gabinetcivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=19302, acessado em março de 2018.

BRASIL. **Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA**, nº 385, de 29 de abril de 2005. Dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços de saúde e dá outras providências. Brasília-DF, 2005. Disponível em <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=462>, acessado em 03/2018.

BRASIL. **Resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA**, nº 306, de 05 de julho de 2002. Estabelece os requisitos mínimos e o termo de referência para realização de auditorias ambientais. Brasília-DF, 2002. Disponível em, <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res02/res30602.html>, acessado em 03/2018.

BRASIL, **Lei n.º 462, de 22 de junho de 1993**. Dispõe sobre a reciclagem de resíduos sólidos no Distrito Federal e dá outras providências, Brasília-DF, 1993. Disponível em, <http://www.mpdft.mp.br/saude/images/legislacao/LEI-DF-1993-462.pdf>, acesso 03/18.

BRASIL. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. **Metodologia SEBRAE para implantação de gestão ambiental**. Edição SEBRAE. Brasília-DF, 2004. Disponível em <https://periodicos.ufsm.br/remoa/article/view/13520/pdf>, acessado em março de 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM. **Manual de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos**. Org. Monteiro, J.H.P. Rio de Janeiro-RJ, IBAM, CDD 15º Ed., 200p., 2001. Disponível em <http://www.resol.com.br/cartilha4/manual.pdf>, acessado em março de 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília-DF, 1981. Disponível em, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm, acessado em março de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 2.508 de 04 de março de 1998**. Promulga a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios, concluída em Londres, em 2 de novembro de 1973, seu Protocolo, concluído em Londres, em 17 de fevereiro de 1978, suas Emendas de 1984 e seus Anexos Opcionais III, IV e V. Brasília-DF, 1998. Disponível em, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2508.htm, acessado em março de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 87.566 de 16 de setembro de 1982**. Promulga o texto da convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias, concluída em Londres, a 29 de dezembro de 1972. Brasília - DF, 1982. Disponível em, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1980-1984/D87566.htm, acessado em março de 2018.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE**. Disponível em, <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/go/jaragua/panorama>, acessado em 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente – MMA. **Planos de gestão de resíduos sólidos: manual de orientação**. Brasília - DF, MMA, 157 p. 2012. Disponível em, http://www.mma.gov.br/estruturas/182/_arquivos/manual_de_residuos_solidos3003_182.pdf, acessado em março de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. **Manual de gerenciamento de resíduos de serviços de saúde**. Brasília-DF: Ministério da Saúde, 182 páginas. 2006. Disponível em, http://www.anvisa.gov.br/servicos/audite/manuais/manual_gerenciamento_residuos.pdf, acessado em março de 2018.

Bobbio, Norberto. **A era dos direitos**. Editora: Elsevier. ISBN: 88-06-12174-X. Rio de Janeiro, 2004.

Bonavides, Paulo. **Curso de direito constitucional**. Editora Malheiros. ISBN: 85-7420-473-0. São Paulo, 2003.

Granziera, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. Editora Atlas. 2º ed. Revista e atualizada. ISBN: 978-85-224-6265-0. São Paulo, 2011.

Instituto Vida. **Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD**. Site disponível em, <http://www.institutovida.org.br/>, acessado em março de 2018.

Jesus, Daniele Danta; Jesus, Andrielle Danta. **Impactos ambientais decorrentes na nascente do Rio Monjolinho no município de Jaraguá – GO**. Aracaju-SE, Anais do Simpósio Regional de Geoprocessamento e Sensoriamento Remoto - GEONORDESTE, 5 p., novembro de 2014. Disponível em, <http://www.resgeo.com.br/geonordeste2014/anais/doc/pdfs/80.pdf>, acessado em 2018.

Lei Orgânica do Município de Jaraguá-GO. O site da Prefeitura de Jaraguá encontra-se em manutenção. Disponível também em <http://www.itame.com.br/site/,concursode-talhes.aspx?conid=14> acessado em março de 2018.

Lucchese, Maria Cecília. **O planejamento urbano de Londres (1943 – 1947)**. São Paulo, Revista de pesquisa em arquitetura e urbanismo da USP, n° 15, 15 p., 2012. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/risco/article/view/49024>, acessado em março de 2018.

Machado, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. Editora Malheiros. ISBN: 85-7420-739-X. São Paulo, 2006.

Trennepohl, Natascha. **Manual de Direito Ambiental**. Editora Impetus. ISBN: 978-85-7626-439-2. Rio de janeiro, 2010.

MULTICULTURALISMO E DIREITOS NÃO-HUMANOS NA SOCIEDADE SECULARIZADA DE HABERMAS À LUZ DO PROJETO KANTIANO DA PAZ PERPÉTUA

Data de aceite: 01/03/2021

Lucia Frota Pestana de Aguiar

Pós-Doutoranda em Direito pela UNESA
Presidente do Fórum Permanente de Pós-
Humanismo e Defesa dos Animais da EMERJ
(Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro)

<http://lattes.cnpq.br/7811095605686107>

RESUMO: Habermas em escritos de Bioética e do Biodireito sempre focaliza a preservação da vida. A teoria da evolução social proposta por Habermas, se lida à luz de Tom Regan, inclui os direitos não-humanos como uma ampliação do olhar do homem como sujeito moral. O diálogo entre autores demonstra que o Direito dos Animais transcende os aspectos culturais. No Projeto para uma Paz Perpétua Kant explica que a violação de um direito numa parte do mundo, repercutirá em todos os lugares. O Projeto Kantiano afirma que a paz só será alcançada se for respeitado um direito ‘cosmopolita’. Neste trabalho, portanto, incluir-se-á nessa unidade determinante a Ética Animal como meio de reestruturação do tecido social, pois a moralidade do homem depende do modo como ele tratará os mais fracos.

PALAVRAS - CHAVE: Multiculturalismo, Diversidades, Habermas, Kant, Direitos Não-Humanos.

ABSTRACT: Habermas in the writings of Bioethics and Biolaw always focuses on the preservation of life. The theory of social evolution proposed by Habermas, if read beyond Tom Regan, includes

non-human rights as an extension of the look of man as a moral subject. The dialogue between authors shows that the Animal Rights transcends cultural aspects. The Project for Perpetual Peace Kant explains that the violation of a right in a part of the world have repercussions everywhere. The Kantian Project says that peace will only be achieved if compliance with a ‘cosmopolitan’ right. In this work, therefore, it will include up this unit o the Animal Ethics as a means of restructuring the social fabric, because the morality of man depends on how he will treat the weakest.

KEYWORDS: Multiculturalism, Diversity, Habermas, Kant, Nonhuman rights.

1 | INTRODUÇÃO

O Multiculturalismo surge como um fenômeno que se manifesta de diversos modos, dependendo do contexto em que se insira, sempre tratando das complexas relações entre diversidades culturais. De modo mais simplificado também se conceitua o multiculturalismo, ou pluralismo cultural, como a coexistência de múltiplas culturas em certa região, cidade ou país. O inverso do chamado *Melting Pot* é assim o monoculturalismo, presente na maioria dos países e ligado ao nacionalismo.

Em havendo a diversidade cultural passa-se a avaliar se há ou não um núcleo mínimo universalizável de direitos a serem sempre respeitados. Para tanto há que se encontrar alicerces na concepção habermasiana de

inclusão do outro por meio do agir comunicativo, na busca pelo diálogo intercultural, como único meio hábil para se chegar a um consenso. A perseguição da convivência pacífica na busca ideal do direito cosmopolita proposto inicialmente pelo projeto da Paz Perpétua de Kant.

Irá se repudiar neste trabalho, quaisquer modos de dominação ou de hegemonização cultural, por se acreditar que o único meio de preservação real do patrimônio da humanidade em termos de equidade intergeracional se perfaz tanto com a preservação de raízes culturais quanto com a preservação da vida. Ainda assim, resta filtrar o que de fato vem a enriquecer e propiciar o diálogo entre os desiguais e desprezar a intolerância, crueldades, abusos e segregações.

Habermas - como seguidor do Projeto Kantiano pela Paz Perpétua, através de sua obra 'Inclusão do Outro', em que comenta detalhadamente a busca de Kant por um direito cosmopolita - vai se encontrar com a Ética Animal de Tom Regan, em sua busca por sujeitos morais, aqueles a que Habermas chamará de 'indivíduos pós-convencionais' alcançando amplamente todos os direitos dos não-humanos, quando, em suas últimas décadas de trabalho, tem se dedicado à Biociência e à Biotecnologia, sempre primando pela preservação da vida e tocando, ainda que levemente, no direito à vida dos animais.

Assim, para a compreensão adequada e a demonstração de ligação teórica entre os autores, exigirá uma exposição conceitual sobre as bases filosóficas e jurídicas utilizadas.

2 I MULTICULTURALISMO E DIREITOS NÃO-HUMANOS

Cumprir registrar neste trabalho a discussão sobre o valor igualitário ou não das culturas, uma vez que tal polêmica tem relação direta com o multiculturalismo. E, não se buscará confronto entre culturas, mas sim os direitos humanos e não-humanos, como um elemento originário da cultura ocidental como base universalizável. Inexiste atualmente* em um mundo já tão globalizado, uma pureza cultural, que propicie comparar culturas. Como proferiu Cortina, "cada cultura é, na verdade, multicultural, assim como cada um de nós é, na verdade, multicultural".²

A expressão 'multiculturalismo' apareceu inicialmente no Canadá, na década de 1970, junto às políticas de promoção da polietnicidade³. Hoje, tal expressão é usada de modo mais ampliado e variado.

Nesse sentido também se baseia toda a teoria habermasiana defendida em Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade, como mecanismo legitimador das decisões obtidas. Assim ilustra Barretto:

1 Foi publicado no Brasil pela Edições a tradução da obra de Habermas "Die Einbeziehung des Anderen - Studien zur politischen Theorie" - título no Português: A inclusão do Outro - estudos de teoria política. La está a leitura habermasiana sobre o 'Projeto da Paz Perpétua' proposto por Kant além da crítica que Habermas faz à pontos da teoria de Rawls.

2 CORTINA, Adela. Cidadãos do Mundo – Uma teoria da cidadania. São Paulo: Loyola, 2005. p. 163.

3 CORTINA, op. cit., p 141.

“Proibição da tortura, genocídio. Usar a pessoa como objeto de pesquisas que afetem o sistema biológico, psicológico ou espiritual do ser humano, são alguns exemplos de normas que materializam, dão substância ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, as normas são expressas através da linguagem, podendo, então, as normas estabelecerem direitos ou obrigações, sendo que cada uma dessas formulações obedece às características da cultura”.⁴

Na teoria do direito, um tema recorrente é a universalização ou não dos direitos humanos. Em tempos de globalização crescente, internet e redes sociais com veiculação imediatista das informações, tal indagação se coloca em primazia diante de conflitos frequentes. A abrangência universal da categorização ético-jurídica dos direitos humanos seria uma utopia? E mais utópica ainda a inclusão de direitos não-humanos?

Após a II Guerra Mundial, com a elaboração do projeto que serviu de fundamento para a Declaração dos Direitos do Homem e das Nações Unidas, de 1948, ficou estabelecido o limite do debate sobre o tema da universalidade dos direitos humanos. Assim o acordo se deu a partir de um conjunto de direitos mínimos e de mecanismos de controle garantidores dos direitos consagrados pelos estados signatários da Declaração.

Os autores da Declaração de 1948 rejeitavam um conjunto de direitos humanos universais, válidos. Essa concepção teve como consequência reduzir o debate contemporâneo ao problema da sua eficácia, como pretende, por exemplo, Norberto Bobbio ao afirmar que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”⁵, é também de Bobbio a preocupação de considerar os direitos humanos como direitos historicamente relativos, isto é, como afirma o autor, que “o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas”⁶. Ainda assim, torna-se necessário buscar sempre, mesmo que essa busca requeira atualização constante, um mínimo universalizável que seja respeitado por todos os povos.

Foi com a Segunda Grande Guerra e com as atrocidades cometidas pelo holocausto e o regime do nacional – socialismo, que os direitos do homem alcançaram grande influência mundial. Desde a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 esse papel já vinha sendo realizado, porém foi após a guerra, em 1948, que a ONU adotou unanimemente a Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁷

Assim, toda a história do surgimento dos direitos humanos, converge para um movimento de internacionalização destes, legitimando valores que devem ser de interesse da comunidade internacional. A universalidade, reconhecida ainda no preâmbulo e no

4 BARRETTO, Vicente. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas. 2ª edição. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2013. p. 257

5 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 2

6 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.Op. Cit. p.18

7 TRINDADE, José Damião de Lima. História Social dos Direitos Humanos. São Paulo: Petrópolis, 2002, p.189

primeiro artigo⁸ da referida Declaração, considera que a garantia destes direitos independe da cultura individual: são direitos que acima de tudo garantem a dignidade humana em caráter cosmopolita.

Considerando a diversidade cultural existente no Mundo Contemporâneo, bem como as diferentes soberanias estatais, surge a realidade do Multiculturalismo, justiça multicultural e cidadanias plurais, termos complexos que são preenchidos pela dualidade da diferença e da igualdade. Pretendem, assim, por noções inclusivas e respeitadoras das diferenças englobar possíveis conceitos variados de dignidade da pessoa humana. O desafio de reinvenção das cidadanias, para que sejam capazes de ser, simultaneamente, cosmopolitas e locais está gerando há tempos grandes e profundas discussões na ciência antropológica, que não fará parte do recorte teórico deste trabalho. A busca pelo direito cosmopolita a que se refere Kant na Paz Perpétua, assim como o seu desejo de hospitalidade, é a essência do que será aqui defendido⁹

Para um aprofundamento nos estudos de outras abordagens culturais, há o texto de Boaventura Souza Santos “*Por uma concepção multicultural de direitos humanos*”¹⁰, onde o autor propõe uma nova perspectiva de direitos humanos. Enfatiza que é necessário repensar as formulações teóricas atuais e realizar um diálogo com outras comunidades do planeta. Boaventura desenvolve uma experiência de contato com pesquisadores e pensadores de várias partes do mundo, trabalhando com conceitos como dharma, karma, islamismo, etc.

O seu objetivo maior é repensar a construção de uma perspectiva de direitos que hoje não atende a todas as comunidades do planeta. Não se pode ignorar as fragmentações intraculturais mesmo no mundo ocidental. A “hermenêutica diatópica”¹¹ seria capaz de transformar os direitos humanos e não humanos em uma “política cosmopolita”. Este seria o projeto de multiculturalidade dos direitos humanos apresentado por Boaventura que

8 Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

9 Kant À Paz Perpétua Resenha KANT, Immanuel. À Paz Perpétua. Porto Alegre, RS: L&PM, 2008. A hospitalidade, contudo, abrange somente o contato amistoso, segundo Kant, aos que procuram um intercâmbio com os nativos. Assim, pode haver um intercâmbio generalizado que aproxime o gênero humano de uma consolidação constitucional cosmopolita. O direito de posse comunitária da superfície da Terra, o direito de visita e o direito de hospitalidade promoveriam a comunicação e o relacionamento pacífico entre pessoas dos mais variados pontos do mundo, e contribuiriam para transformarem realidade o ideal de uma constituição cosmopolita. Esse desejo não é uma fantasia, diz Kant, mas um complemento necessário do código não escrito tanto do direito de Estado como do direito das gentes para um direito público dos homens em geral e, assim, para a paz perpétua. Só que Kant usa a razão prática e aqui defenderemos a razão comunicativa proposta por Habermas.

10 SANTOS, Boaventura de Souza “*Por uma concepção multicultural de direitos humanos*.” http://www.boaventurade-sousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em 03 de dez. de 2020.

11 SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da Modernidade - A hermenêutica diatópica* - No caso de um diálogo intercultural, a troca não é apenas entre diferentes saberes, mas também entre diferentes culturas (...) Tais universos de sentido consistem em constelações de topoi fortes. (...) A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objectivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico. <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura4.html> Acesso em 19/6/2016. SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da Modernidade*. Acessado em 3 de dez. de 2020.

reconhece o caráter utópico de tal proposta “tão utópico quanto o respeito universal pela dignidade humana”.

Cumpra descrever o significado de multiculturalismo, pluralismo, universalismo e relativismo. O pluralismo é típico de sociedades livres, em que há a convivência pacífica e respeitosa entre pensamentos diferentes, atualmente encontrada nos Estados Democráticos de Direito. Inexistem, no pluralismo, posicionamentos culturais mais corretos que outros, uma vez que todos são dignos de respeito. O pluralismo combate o pensamento único, o que contraria uma das tendências do processo de globalização.

A Constituição brasileira, em seu preâmbulo, assegura a pluralidade da sociedade nacional, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.¹²

O artigo 5º da Constituição ainda¹³ garante a liberdade de pensamento, de opinião, de culto, de associação, de ofício, de opção sexual, de casamento, de partido político etc. O texto da Carta Magna realmente garante, com a certeza da livre opção consciente, a pluralidade no Brasil?

Aqui torna-se imperioso atentar para a globalização como projeto político e econômico, que se traduz no neoliberalismo (democracia somada ao livre mercado) e repercute na seara dos direitos humanos com o plano de diminuição dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como com a sobrevalorização dos direitos de propriedade. Não existem mais pessoas ou cidadãos, mas clientes. Os valores mercadológicos se impõem, inclusive, aos valores intrínsecos culturais.

Ainda na Constituição Federal Brasileira há o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado no art. 225, onde com viés não antropocêntrico o legislador constituinte buscou focar numa visão ambientalista, primando pela equidade intergeracional e demonstrando grande avanço na compreensão da biosfera e da ética da responsabilidade global. Ocorre que, se é difícil a proteção dos direitos humanos, o que se dirá dos direitos não - humanos, que vão além do indivíduo homem para alcançar outros seres do planeta. Estar-se-á a incluir os direitos dos animais, que desde a mais remota antiguidade são explorados pelos humanos. O imperativo categórico kantiano¹⁴ que hoje se apresenta no direito dos animais se relaciona diretamente com a destruição da fauna planetária, com a consequente proliferação de zoonoses e desequilíbrio frenético do planeta Terra. A questão se coloca não mais no plano dos animais e seus direitos, mas na necessidade de se repensar conceitos autodestrutivos. Enquanto o ser humano continuar a prática de desrespeito aos animais, não haverá lógica na busca de uma equação válida sobre multiculturalismo. Se 12 Constituição da República Federativa do Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 03 de dez. 2020.

13 Op. Cit. Art. 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(...)

14 Trata-se do princípio de que “o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”, que é o fundamento de uma das formulações do imperativo categórico: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 58-59.

os povos primitivos, as tribos indígenas forem questionadas por práticas abusivas como a de extermínio de bebês, também deverão o ser sobre o modo como tratam os animais. E surpresas surgirão se demonstrados pelos mais selvagens maior respeito que a indústria de laticínios, agropecuária etc.

Habermas por sua vez diante dos avanços sociais vem se preocupando com a valorização de todo modelo de vida existente.

Habermas aborda a dignidade da vida humana, em especial da vida do embrião face aos avanços da biociência. Mas não cuida dos animais, apenas passa rapidamente por uma menção à necessidade de haver uma ponderação de valores tanto para a terapia gênica quanto no caso dos animais não humanos. Ele teme a consideração do feto como “bem material” disponível e instrumentalizado.¹⁵

A imensa preocupação central da doutrina habermasiana não é com a democracia deliberativa e a razão dialógica em si mesmas, mas sim com ambas como ferramentas garantidoras da preservação da vida. Como fruto do Pós-Guerra da Alemanha nazista, Habermas constrói com solidez bases que evitem o retorno de um totalitarismo aniquilador de direitos, vida e dignidade de forma aviltante.

“De tal modo que “algo pode ser considerado como ‘indisponível’ ainda que não receba o status de um sujeito de direitos” (p. 44). **Habermas cita aqui o exemplo dos animais não-humanos que, embora sejam beneficiados por obrigações morais de respeito ao seu sofrimento, nem por isso são incluídos na esfera dos seres que se impõem mutuamente obrigações e direitos.**”¹⁶

Tom Regan¹⁷, autor da ética Animal e seguidor de Kant, defende que os animais têm direitos assim como humanos têm direitos. Ele afasta as teorias como contratualismo e utilitarismo por serem criadoras de resultados imorais também para seres humanos. Desvalorizar a ética e a moral com certeza causará a conclusão de que todos, humanos e não-humanos tenham valor somente pelos benefícios que possam gerar. Quando não se consideram seriamente os direitos morais, o “valor inerente” de um indivíduo é ignorado. A perspectiva de Regan é kantiana, mas com uma visão alargada de quem são os indivíduos que possuem valor inerente ou valor moral. Para Kant, apenas indivíduos racionais, autônomos, possuem este valor absoluto. Em conseqüência, Kant parece não poder explicar por que crianças ou deficientes mentais, por exemplo, não devem ser explorados por seu valor instrumental – idéia difícil de suportar. A fim de revertê-la, Regan argumenta

15 SILVA, Lucia Frota Pestana de Aguiar - HABERMAS E O FUTURO DA NATUREZA HUMANA DIANTE DA ÉTICA ANIMAL (Utilização oblíqua da doutrina habermasiana em justificativa a comitês de ética de experimentação animal) XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nmt6dg26/1wgT7cp5q2DKKJmO.pdf>

16 FELDHAUS, C. O Futuro da Natureza Humana de Jürgen Habermas: Um comentário. ethic@, Florianópolis, v.4, n. 3, p.309-319, dez. 2005.

17 REGAN, Tom. “The case for animal rights” in STERBA, James P. Earth ethics. Introductory readings on animal rights and environmental ethics. New Jersey, Prentice Hall, 2000, p. 72.

que todos os seres humanos possuem valor intrínseco. A teoria dos direitos animais humanos e não humanos, de Tom Regan trabalha com o direito de serem tratados com respeito porque são “sujeitos de uma vida” – são os animais seres que têm valor para além de sua utilidade para outrem e, portanto, merecem tratamento respeitoso. Segundo Regan, alguns animais possuem uma complexidade psicológica que os torna sujeitos de uma vida; possuem valor inerente e têm tanto direito de serem tratados com respeito quanto humanos não - paradigmáticos.¹⁸ Uma vez que esses seres humanos não- paradigmáticos fazem parte da comunidade moral, o mesmo status moral há de ser atribuído aos animais com capacidades psicológicas similares, que também passam a estar envolvidos nas relações morais.

Habermas ao cuidar do feto e dos produtos da biogenética demonstra sua real preocupação:

Na teoria de Habermas, o homem que não reconhece a vida em sentido amplo, o outro como valor em si, não reconhece o sofrimento de uma vida diferente da sua, seja ela qual for, é um homem pré-convencional, obtuso, com errôneo sentimento de intangibilidade.¹⁹

Este trabalho pretende questionar o mundo como existe hoje ao passo que vem a propor uma forma de repensar a partir disso o caminho para a paz mundial.

3 I RELATIVISMO E UNIVERSALISMO CULTURAL

Relativismo não se confunde com relatividade. Trata-se de equívoco constante a conceituação desses dois termos como sinônimos. Relativismo cultural é um método de observação de culturas sem a visão etnocêntrica em relação ao objeto da pesquisa. É pesquisar sem nenhum parâmetro ou juízo pré-concebido. A expressão “relativismo cultural” foi utilizada pela primeira vez em 1948, na revista *American Anthropologist* representando as ideias de Franz Boas após a sua morte, em 1942. Parte ele do princípio de que todas as sociedades estariam em maior ou menor grau de aproximação com o que seria uma sociedade evoluída e prova que as sociedades precisam ser estudadas dentro de seus próprios conceitos, destruindo assim o discurso evolucionista. “Nesta dinâmica, o relativista é, em última análise, um cético, por estar convicto da impossibilidade de instrumentalização de uma justificação com pretensão de universalidade, o que o torna intolerante e incapaz de dialogar.”²⁰

Não há como se confundir com ‘relatividade’, que é conceito, que implica em

18 Dado que a racionalidade é considerada o paradigma do ser humano, diz-se “não-paradigmático” em relação aos que não tem a racionalidade plenamente desenvolvida, como recém-nascidos, crianças, adultos com graves enfermidades mentais, idosos senis.

19 SILVA, Lucia Frota Pestana de Aguiar. Ob. Cit. p. 314 Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nmt6dg26/1wgT7cp5q2DKKJmO.pdf>

20 BARRETTO, Vicente de Paulo. Coordenador. Dicionário de Filosofia do Direito. p. 590. Multiculturalismo, relativismo, particularismo.

constante inter-relação, essencialmente diferente do ‘relativismo’.

Já a proposição de ordem ‘particularista’ está em síntese bem exposta por Barretto em Dicionário de Filosofia²¹:1- o particular é visto como oposto ao universal; 2-o particularismo pode ser considerado uma espécie do relativismo, se vier a assumir a tese de que não há estabelecimento de verdades universais; 3- o particularismo pode conter a noção de relatividade, ao criar níveis de verdade, mas nunca de maneira absoluta ou definitiva.

O ‘particularista’, propriamente dito, constrói sua crítica ao universalismo moderno, reivindicando a valorização das tradições e da sua autenticidade cultural e acredita na atemporalidade de suas propostas, o que já revela uma contradição, uma vez que a história está em constante mutação.

O diálogo para o ‘particularista’ termina quando sua totalidade for posta à prova, sob o olhar da exterioridade de outro ‘particularista’, que acabará por sustentar as suas particularidades culturais. Assim, pela ausência de diálogo, e para preservação de uma particularidade cultural, pode-se acabar por estimular práticas racistas, segregacionistas, xenofóbicas, etc.

É preciso frisar que o multiculturalismo é conceito contemporâneo positivo. Há uma mistura, sim, de culturas e de valores intraculturais diferenciados. O multiculturalismo é por si só pluralista, por admitir reflexões distintas sobre um mesmo tópico, repudiando o pensamento único. Mas é preciso atenção pois o multiculturalismo pode ser abordado de forma relativista ou de forma universalista. O relativismo, como exposto, impossibilita o diálogo cultural, causando uma permissividade de altíssima periculosidade, onde tudo passa a ser permitido como unidade cultural.

Na concepção relativista o julgamento cultural interno é preponderante ao julgamento da sociedade internacional. Nessa concepção do multiculturalismo, não se pode falar em direitos humanos de primeira geração, pois cada cultura é totalmente livre para estabelecer seus próprios valores e direitos. Desaparece por completo, portanto, a chance de proteção internacional dos direitos humanos na concepção relativista.

O multiculturalismo também pode ser universalista, ou seja, permitindo a propagação e o convívio de diferentes ideias, desde que esteja estabelecido um denominador mínimo comum, entre as partes para o início do diálogo (valores universais). Os direitos humanos seriam esse ‘mínimo’ a ser respeitado.

No universalismo, o julgamento externo é o que é determinante. Embora cada cultura tenha seu peso, peso este que não pode ser valorado, aqui busca-se estabelecer um padrão mínimo para a convivência entre os povos.

Assim, a defesa dos direitos humanos universais é compatível com o pluralismo e com o multiculturalismo universalista, mas é totalmente inviável em um ambiente de multiculturalismo relativista. Universalizar, ao contrário do que pensam alguns autores, não é uniformizar as ideias, nem neutralizar valores. Diferentemente, universalizar é um meio

²¹ Op. Cit p. 590

de levar a todos os povos um marco mínimo de respeito entre as mais diversas culturas, para que haja diálogo produtivo e cooperativo. A partir deste marco, que são os direitos fundamentais, cada povo tem a máxima liberdade de expressar suas tradições e crenças.

É verdade que a universalidade dos direitos humanos tem sido utilizada no curso da história para justificar intervenções imperialistas de alguns Estados sobre outros povos, como ocorreu no colonialismo e no neocolonialismo, assim como, mais recentemente, na invasão americana ao Estado soberano do Iraque. Apesar disso, esses desvios do Direito devem ser considerados perversões e não o próprio Direito, pois este tem como meta a convivência pacífica entre os povos. Entretanto, não é isso que temos visto na história do homem. Ao contrário, mecanismos artificiais de contenção das ações humanas têm sido necessários, através da religião, filosofia, ciência e, do Direito. Habermas afirma que o Direito antecede a Política entre os povos, e que a contém.

41 CRÍTICAS À EXPRESSÃO MULTICULTURALISMO E O MULTICULTURALISMO EMANCIPATÓRIO

Para Boaventura o Multiculturalismo é um conceito contestado. As críticas que o autor relata são fruto suas pesquisas em diversas fontes e as principais podem ser agrupadas da seguinte forma, sempre seguindo a ordem de exposição narrativa de Boaventura:

a) Por Bharucha trata-se de conceito eurocêntrico, criado para descrever a diversidade cultural no quadro dos Estados-nação do hemisfério Norte e para lidar com a situação resultante do afluxo de imigrantes vindos do Sul num espaço Europeu sem fronteiras internas, da diversidade étnica e afirmação identitária das minorias nos EUA e dos problemas específicos de países como o Canadá, com comunidades linguísticas ou étnicas territorialmente diferenciada. O multiculturalismo foi descrito alternativamente de modo pejorativo como liberal, autoritário, de empresa, insurgente, de boutique, crítico, agregativo, universalista, essencialista, paradigmático, modular, tornando-o em um conceito sem precisão, que não estaria associado a perspectivas emancipatórias²².

b) Para Zizek²³, o multiculturalismo seria a expressão da lógica do capitalismo multinacional ou global (um capitalismo sem pátria, finalmente) e uma nova forma de racismo: a forma ideal de ideologia deste capitalismo global é o multiculturalismo, a atitude que, a partir de uma espécie de posição global vazia, tratando as culturas locais como o colonizador trata povos colonizados como nativos cujos costumes devem ser cuidadosamente estudados e respeitados, mas não obstante conserva a sua posição enquanto ponto vazio privilegiado de universalidade a partir do qual se pode apreciar (e depreciar) de maneira adequada outras culturas.²⁴

c) O multiculturalismo tende a ser apolítico, elidindo o problema das relações de poder, da exploração, das desigualdades e exclusões, (o modelo 'United Colors

22 Bharucha, Rustom (2000), *The Politics of Cultural Practice: Thinking Through Theatre in an Age of Globalisation*. Londres: The Athlone Press. p. 103

23 Zizek, Slavoj (1997), «Multiculturalism, or the Cultural Logic of Multinational Capitalism», *New Left Review*, 225.

24 Idem

of Benetton’). O recurso central à noção de um exercício de tolerância não exige envolvimento real e reforça o sentimento de superioridade do propagador de universalidade.

d) A politização do multiculturalismo surge no Estado-nação, atribuído a certas regiões ou povos, cuja existência coletiva e direitos coletivos são reconhecidos apenas enquanto subordinados à hegemonia da ordem constitucional do Estado-nação (e enquanto forem compatíveis com as noções de soberania, direitos e, em especial, direitos de propriedade, vigentes no quadro desta).

e) O conceito de multiculturalismo tende a ser tratado, no âmbito dos estudos culturais e dos estudos pós-coloniais e também das ciências sociais, através de uma associação privilegiada à mobilidade e à migração, com ênfase naquela dos intelectuais, e no silêncio das situações de mobilidade forçada ou subordinada (refugiados, trabalhadores migrantes e imigrantes)

O contraponto ao multiculturalismo emancipatório é o multiculturalismo conservador, que tem como sua primeira expressão o multiculturalismo colonial. O colonizador via as diferenças culturais dos colonizados mas não as valorizava nem dava espaço ao seu desenvolvimento e manutenção. Era o “admitir a existência de outras culturas apenas como inferiores, tendo como consequência uma política de assimilação.”²⁵ A dos indígenas da América Latina, dos negros escravizados nos Estado Unidos, dos povos nativos na África e na Ásia, sempre subordinados à cultura do povo dominante, com uma língua normalizada, estandardizada em regra, a do colonizador.

Após as principais críticas elaboradas ao termo multiculturalismo, os autores esclarecem que o termo se generalizou como modelo de designar as diferenças culturais em um contexto transnacional e global”²⁶

Assim, como um processo de identificação de diferenças, pode este ser considerado sob dois aspectos: reconhecer a diferença para excluir, ou reconhecer a diferença para incluir. É fundamental que o multiculturalismo emancipatório, ao contrário, parta do pressuposto de que as culturas são diferenciadas sendo de relevante importância as culturas e suas diferenças.

Nesse sentido, temos a frase cunhada por Boaventura de Souza Santos, em obra cuja introdução foi escrita conjuntamente com João Arriscado Nunes, que sintetiza: “as pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença os inferioriza e o direito de ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”²⁷

Esse reconhecimento somente pode ser efetivado por meio do respeito a diversidades, refletindo na formação da própria identidade do indivíduo, uma vez que,

25 SANTOS, Boaventura de Souza Entre próspero e Caliban: colonialismo, pós-colonialismo e interidentidade. Novos estudos N.º 66, julho de 2003 p.44. http://novosestudios.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/100/20080627_entre_prosperto_e_caliban.pdf - Acesso em 03 de dez. 2020.

26 SANTOS, Boaventura de Souza (org.) p.55

27 SANTOS, Boaventura de Souza (org.) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismomulticultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

conforme já assinalou Stuart Hall²⁸, a identidade de cada um é formada a partir do olhar do outro. Assim, a identidade é realmente algo formado, ao longo do tempo, através de processos inconscientes, e não algo inato, existente na consciência no momento do nascimento. O autor indica complexidades e examina alguns aspectos contraditórios que a noção de ‘descentração’, em sua forma mais simplificada, desconsidera. Ele examina três concepções de identidade (sujeito do iluminismo, sujeito sociológico e sujeito pós-moderno) e com seu aprofundamento vai se ligando aos poucos com a proposta de Jünger Habermas pelo homem descentrado, numa sociedade secularizada, que passará a ser examinada em próximo tópico.

Pela concepção sociológica clássica, a identidade é formada na ‘interação’ entre o eu e a sociedade. O sujeito ainda tem um núcleo ou essência interior que é o ‘eu real’, mas este é formado e modificado num diálogo contínuo com os mundos culturais ‘exteriores’. A identidade nessa concepção preenche o espaço entre o ‘interior’ e o ‘exterior’ – entre o mundo pessoal e o mundo público. A identidade liga o sujeito à estrutura. Estabiliza tanto os sujeitos quanto os mundos culturais que eles habitam. São exatamente essas coisas que agora estão mudando. O sujeito vivido, já com uma identidade unificada e estável, está se tornando fragmentado.

É através desse processo, que vem sendo produzido o sujeito pós-moderno,²⁹ despido de conteúdos pré-concebidos, como não tendo uma identidade permanente, pré-definida historicamente e não biologicamente. Dentro de cada sujeito há identidades contraditórias, empurrando em várias direções, de forma que as identificações estão sendo continuamente deslocadas.

Existe sempre algo imaginário ou fantasiado sobre sua unidade. Ela permanece sempre incompleta, está sempre ‘em processo’, sempre em formação.³⁰ Para a formação de novas identidades, capazes de reconhecer no outro o seu semelhante exatamente pelas diferenças, segue-se a necessidade de se criar o direito à diversidade individual e cultural. Somente ao se reconhecer a particularidade de cada indivíduo, de cada cultura e o seu direito ao respeito a essa particularidade é que se poderá construir de fato uma sociedade consciente da dignidade de toda pessoa humana.

O pensamento expresso pelos iluministas contribuiu de forma marcante para a construção do ideário revolucionário que culminou na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789”, que, em sua tríade famosa, foi a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário, uma igualdade de caráter universal, um tratamento igualitário nos seus direitos e, também igualitário perante a diversidade.

Em 2001, a 31ª Conferência Geral da UNESCO, aprovou a Declaração Universal

28 **Stuart Hall** nasceu em Kingston em 1932 é um teórico jamaicano que trabalhou no Reino Unido e contribuiu com obras-chaves para os estudos da cultura e dos meios de comunicação, assim como para o debate político.

29 Para Habermas a Modernidade é um projeto inacabado, assim ele não acredita no conceito da pós-modernidade. HABERMAS, Jünger. Era das transições. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

30 HALL, Stuart. A Identidade Cultural na Pós-modernidade. Tradução: DP & A. Editora, 2006.

sobre a Diversidade Cultural que, no artigo 4º, intitulado “Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural”, assim prescreve:

A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.³¹

Na 33ª Conferência Geral da UNESCO, realizada em Paris em 2005, celebrou-se a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, afirmando que a “*diversidade cultural é uma característica essencial da humanidade*” e, como tal, de sobeja importância para a “*plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais*”. Nesse documento também se assenta, em sua parte introdutória, a preocupação com os rumos dos processos de globalização sobre a interação entre culturas.

Os enunciados da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais vêm ao encontro do estabelecido em nossa Constituição Federal de 1988, que reconhece o caráter de pluralidade étnica e cultural do país, devendo esta diversidade orientar as políticas públicas e as decisões judiciais para assegurar a convivência harmônica entre as culturas diferentes como maior expressão da dignidade da pessoa humana.³²

Significa aceitar que todos os seres humanos são iguais, mas que também se caracterizam pela diversidade, no seu aspecto físico, no seu modo de se expressar, nos seus comportamentos e, especialmente, nas suas culturas, tendo direito a ser tais como são. A interculturalidade representa um valor incomensurável para a humanidade, agregando o respeito ao “outro” pela ampliação de seu desenvolvimento individual, coletivo e multicultural.³³

51 O DIÁLOGO COMO ROTA DO MULTICULTURALISMO: A INCLUSÃO DO OUTRO

Habermas, autor da teoria da razão comunicativa, (em oposição à razão prática) postula sempre que sejam levados em conta os argumentos na relação entre os sujeitos comunicantes.³⁴ E afirma que a única coisa que há de genérico é o ‘aceite do procedimento’. Isso porque as decisões irão sempre contrariar interesses. A tomada de decisão só será

31 Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/pt/brasilia/>>. Acesso em 03 de dez. de 2020

32 CONSTITUIÇÃO FEDERAL, Título VIII - Da Ordem Social -(...) o respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais nos conteúdos mínimos para o ensino fundamental; garante a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional; e reconhece a identidade, ação e memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

33 PANIKKAR, Raimon. Mito, Fe y Hermenéutica. Barcelona: Herder, 2007, p. 48.

34 HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, v. 1, p.20

ao final legítima somente se, para Habermas, tiverem sido respeitadas todas as etapas procedimentais. Isso sempre com a ‘inclusão do outro no debate, como sujeito comunicante’. Aqui estão os Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e Ampla Defesa e da Isonomia entre as Partes, dentre outros, na Constituição Federal Brasileira.³⁵ Assim para o Direito Processual e Constitucional Brasileiro Habermas é base filosófica garantidora de que a matéria seja examinada após os trâmites procedimentais. A própria regra da decisão é uma regra do particular sempre resolvendo aquele paradoxo kantiano de que é possível afastar os conteúdos universais a priori se o particular permitir. Os sujeitos para Habermas são seres interpretantes que dialogam de modo procedimental. Não há método ou neutralidade possível que retire do ser humano a sua inserção no mundo, na história, no factual.

Habermas é um autor com uma proposta política muito forte, procurando formar uma intervenção no futuro da humanidade. Em seus últimos livros, Habermas tem abordado o futuro da humanidade, seja nas questões de meio ambiente seja na bioética e ética antropológica. Não abordou diretamente os direitos dos animais, mas do conjunto de sua obra evidencia-se a preocupação com o respeito à vida em seu sentido amplo.

No futuro da humanidade até que ponto esses irredutíveis valores éticos podem ter efeito *erga omnes* em um mundo multicultural? Diante dessa problemática, surgiram teorias para lidar com essa situação, a declaração de Viena, reafirmando a universalidade dos direitos humanos, cita em seu artigo 5:

“Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”

O problema que se enfrenta na modernidade, não é resolvido pelo que foi exposto na declaração, devido a contrariedade dos preceitos morais dos países orientais. Bobbio afirma a supremacia dos direitos humanos. Para o filósofo político, o problema mais urgente a ser enfrentado não será mais o filosófico e sim o jurídico, e mais amplamente o político.

É importante ressaltar que o fenômeno do multiculturalismo é muito criticado. A crítica está na expressão, na sua origem, no seu discurso subliminar. Um dos principais fatos contrários é a ideia de que para que exista o multiculturalismo as identidades culturais devem deixar de existir de maneira isolada e grande parte delas perde sua essência. Os ataques mais fervorosos ao multiculturalismo o acusam de não significar uma real integração de todas as culturas, mas sim o domínio das culturas mais fortes. Só que, as

³⁵ Alguns exemplos de princípios legitimadores são: legalidade (art. 5º, II), liberdade (art. 5º, II e diversos incisos do art. 5º, como IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, etc), isonomia (art. 5º, caput e inciso I), autonomia estadual e municipal (art. 18), acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV), juiz natural (art.5º, XXXVII e LIII), devido processo legal (art. 5º, LIV). O rol não é taxativo.

sociedades multiculturais são uma realidade e a forma de lidar com isso deve ser estudada. O termo pode até ser substituído, reavaliado, mas a sua expressão merece reflexão sócio-filosófica com repercussão legal e política.

Mas, se há multiplicidade cultural numa mesma região, cidade ou país, haverá de toda a sorte o multiculturalismo.³⁶ Em sociedades onde a diversidade de culturas se faz presente e que por razões históricas houve repressão de grupos étnicos minoritários o único caminho de inclusão é a razão dialógica. Nesse sentido, não há dúvida que

“quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida.”³⁷

O direito de existir diversas culturas, não minoritárias ou não, se reforça pela superação do conceito de uma cisão ilegítima da sociedade e se estabelece pela participação do Estado, com garantias normativas, e políticas públicas. Em Habermas, a resposta está sempre no Direito, na legitimidade que a lei garante nas sociedades multiculturais organizadas como Estados Democráticos de Direito oferecendo-se variadas rotas para uma inclusão:

“a divisão federativa dos poderes, uma delegação ou descentralização funcional e específica das competências do Estado, mas acima de tudo, a concessão de autonomia cultural, os direitos grupais específicos, as políticas de equiparação e outros arranjos que levem a uma efetiva proteção das minorias.”³⁸

Isso porque o agir comunicativo quer que os sujeitos saiam de seu egocentrismo e se coloquem sob os critérios públicos da racionalidade e do entendimento: “a introdução do agir comunicativo em contextos do mundo da vida e a regulamentação do comportamento através de instituições originárias podem explicar como é possível a integração social em grupos pequenos e relativamente indiferenciados, na base improvável de processos de entendimento em geral.”³⁹

6 | O MÍNIMO DENOMINADOR COMUM INCLUINDO OS DIREITOS NÃO HUMANOS

É sem dúvida alguma muito ousada a abordagem que passa a incluir os direitos não-humanos, ou seja, os direitos dos animais, em um mínimo universalizável que sequer foi definido para os humanos. Entretanto, caso se permaneça na visão antropocêntrica,

36 O termo “multiculturalismo” está presente nos diversos meios de comunicação e educação, inclusive primária, e tal veiculação e uso trouxe a necessidade de aceitá-lo como expressão de multiplicidade cultural numa mesma região.

37 HABERMAS, Op.Cit. 1997, p. 44

38 Habermas, Op. Cit 2002. p 166

39 Op. Cit 2002 p.167

excluindo os animais continuar-se-á a se primar por uma razão cínica das normas jurídicas.

O autor mais emblemático ao fazer uma releitura de Kant é sem dúvida Tom Regan. O autor defende a bela expressão ‘sujeitos de uma vida’ a partir da noção de direitos morais baseado pela ética deontológica de Kant, incluindo os animais na esfera de preocupação moral, a fim de atribuir-lhes direitos.⁴⁰ Regan vai basear-se em Kant para defender a vida e, sobretudo, a vida dos animais não humanos:

Quaisquer que sejam nossas diferenças, essas são nossas semelhanças fundamentais. Não existe uma palavra de uso comum que dê nome a essa família de semelhanças. -Ser humano não serve (um ser humano morto é um ser humano, mas não tem consciência do mundo, por exemplo). - Pessoal não serve (crianças nos primeiros anos de vida são conscientes do que lhes acontece, mas não são pessoas). Ainda assim, essas semelhanças são suficientemente importantes para autorizarem uma designação verbal própria. Eu uso a expressão -sujeito-de-uma-vida. (REGAN, 2006, p. 60-61).⁴¹

Teóricos da Segunda Guerra focaram muito no ser humano, quando viram o que um homem é capaz de fazer com outro homem. Agora chegou o momento de ver o que o homem sempre fez e faz com os animais. A negação da pluralidade humana, esfacelando o espaço público e, portanto, a possibilidade da política, em seu sentido pleno, ou seja, a liberdade; faz com que se perca a noção de convivência e coexistência. A legitimação de uma só identidade convida invariavelmente ao genocídio, pois o destoante deve ser eliminado. Surge aí o germe totalitário tão combatido por Habermas⁴²

Tal constatação se faz necessária uma vez que, o genocídio, visa eliminar a condição plural do ser humano. Essa premissa destoa do direito de hospitalidade formulado por Kant; que, para ele, deriva da noção de posse comum do ser humano da superfície terrestre, onde, por não poderem se dispersar infinitamente, os homens devem tolerar-se, em suas particularidades, não tendo um sobre o outro, direitos maiores ou menores para ocupar um determinado local. O genocídio faz com que o grupo opressor exerça o direito de selecionar quem é digno ou não de habitar o mundo. Assim, “a diversidade, inclusive da nacionalidade, é, portanto, um instrumento constitutivo da condição humana a ser respeitado e tolerado”⁴³

A defesa da existência de direitos humanos universais significa que todos os seres humanos são titulares de direitos, independentemente de sua raça, sexo, religião, nacionalidade ou qualquer outra qualificação. Mesmo que o acesso das pessoas aos direitos humanos seja limitado, todos somos potenciais detentores deles, daí decorrendo seu caráter universal.⁴⁴

40 sujeito de uma vida é expressão que Regan define todo o indivíduo capaz de sentir prazer, dor, emoções complexas, de crer e formular desejos, agir intencionalmente de acordo com as suas preferências, de manter uma identidade psicofísica ao longo do tempo e de vivenciar bem-estar.

41 REGAN, Jaulas Vazias, 2006, p. 60-61 Título original: Empty Cages, publicado em 2004 pela Rowman & Littlefield e traduzido no Brasil pela Lugano Editora.

42 10 cf. LAFER, 1988, p. 167 – 172. ARENDT, 2010, p. 70 – 71)

43 Op. Cit 1988, p. 184

44 Hannah Arendt foi a primeira a utilizar a expressão “direito a ter direitos”, mas para ela tal direito estaria ligado a se ser cidadão de um Estado. (LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de

Neste trabalho, tem-se como correta a concepção kantiana, devem ser considerados sempre como fins e nunca como meios, ou seja, estamos nos referindo à dignidade humana e não-humana. A dignidade deve ser conferida a todos. Vale ressaltar o obstáculo de que os direitos universais não são universalmente aplicados. A questão da universalidade, como bem diz Boaventura, “é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental”. Então, é possível universalizar direitos? Em primeiro lugar, é necessário que haja a superação do universalismo tipicamente iluminista⁴⁵, e posteriormente a busca pelo conceito de universalismo mínimo que reconhece a pluralidade moral, porém, acima de tudo, não se conforma em aceitar que seja impossível estabelecer um mínimo moral comum, apesar das diferenças.⁴⁶

Boaventura ainda traz asserções, que devem ser adotadas para um possível diálogo intercultural, entre elas a ideia de que todas as culturas possuem concepções de dignidade humana, umas mais abertas que outras.

O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.⁴⁷

Para Boaventura, compete à hermenêutica diatópica, por ele desenvolvida, transformar os direitos humanos numa política cosmopolita que possa unir línguas diferentes de emancipação social e torná-las mutuamente inteligíveis e traduzíveis. A hermenêutica diatópica exige uma produção de conhecimento coletiva, reiterando assim um projeto de uma concepção multicultural.

É preciso haver respeito pela vida sobretudo para se evitar o sofrimento gratuito. “Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para a recusa de tomar esse sofrimento em consideração”⁴⁸. Isso independentemente da natureza do ser. “O princípio da igualdade exige que o sofrimento seja levado em linha de conta em termos igualitários relativamente a um sofrimento semelhante de qualquer outro ser, tanto quanto é possível fazer comparações aproximadas”.⁴⁹

Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988).

45 O Iluminismo afirmava a concepção de valores da pessoa humana válidos em todo o mundo de forma absoluta.

46 BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e Direitos Humanos: um conflito insolúvel? In BALDI, César Augusto (Org.). Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 279.

47 Op. Cit p. 300

48 AGUIAR, Lucia Frota Pestana de – A Tutela Preventiva na Proteção dos Animais- Ed Max Limonad, 2015 p. 146, 147

49 Op.Cit. AGUIAR 2015 p. 146, 147. Os racistas violam o princípio da igualdade atribuindo maior peso aos interesses de membros da sua própria raça quando há um confronto entre os seus interesses e os de outra raça. Os racistas de ascendência europeia não aceitavam geralmente que a dor conta tanto quando é sentida pelos africanos, por exemplo, como quando é sentida pelos europeus. Do mesmo modo, aqueles «especistas» atribuem maior peso aos interesses dos membros da sua própria espécie (...).

71 CONCLUSÃO

Este trabalho buscou reunir Habermas, Kant e Tom Regan em uma preocupação comum aos autores: reestruturação do tecido social, considerando o interculturalismo na busca incessante pela preservação da vida. Ensina Tom que os animais assim como os seres humanos possuem uma pluralidade de capacidades sensorial, cognitiva, conativa e volitiva merecedoras de respeito.⁵⁰

Por fim, mesmo em uma realidade histórica tão plural, reivindicações por direitos humanos e não-humanos universais são exercidas em diversas partes do mundo. Apesar dos diversos modos de vida, até a antropologia, que lida com questões relativas aos diferentes costumes e sociedades, tem representantes que admitem a existência de valores comuns. Sobre direitos, vislumbra-se sim um núcleo mínimo universalizante, que corresponderia àqueles direitos que, embora não de forma absoluta, são encontrados em todos os patrimônios culturais e sistemas sociais: o direito à vida; o direito a não ser submetido e tortura, degradação ou sofrimento o direito de não ser reduzido à escravidão ou servidão. Isso transcende o homem e alcança os animais.

Vale ressaltar que a sociedade secularizada de Habermas é o modelo idealizado, mas não excludente das diversidades na busca pelo mínimo universal de direitos. Sua doutrina não inviabiliza o sucesso desta busca, ainda mais quando o fundamento é o temor ao retorno de regimes totalitários.

Devido a urgência pela busca de um mínimo denominador comum, deve ser desprezada qualquer concepção restritiva aos direitos humanos e não-humanos que os acusem de pertencimento à cultura ocidental, pois já é tempo de libertar a origem dos direitos humanos.

A desvinculação dos direitos humanos do Ocidente é a realidade de grupos oprimidos contra a opressão. Os direitos humanos e não-humanos devem ser assimilados como uma cultura de todas as culturas, onde os valores da vida, dignidade, liberdade e igualdade devem constar dos diferentes sistemas culturais. Com traços de utopia, a busca pelo mínimo universalizável, não impõe culturas, e seguramente desperta o interesse pelo diálogo e pelo consenso.

O futuro da natureza humana abandonou o seu perfil exploratório-colonizador para depender de sua habilidade de coexistir, “deste modo, a revolução biológica apenas começou. O velho paradigma reduziu-se a migalhas, mas o novo ainda não está constituído. Mas a noção de vida modificou-se: está ligada, implícita ou explicitamente, às ideias de auto-organização e de complexidade”.⁵¹ Isso se dá porque o destino das futuras gerações vai depender da existência de todas as formas de vida na Terra.

Conclui-se que através do trabalho de Habermas sobre o agir comunicativo com o

50 REGAN, Tom- The Case for Animal Rights, 2004, p. 16

51 MORIN, Edgar. O paradigma perdido: a natureza humana. Tradução de Hermano Neves. 4. ed. Publicações Europa-América (Biblioteca Universitária), 1973, p.9.

diálogo para a inclusão do outro, na busca de um núcleo mínimo universalizável de direitos que são, em última análise, a expressão contemporânea do Projeto de Paz Perpétua de Kant, o momento proposto é de renascimento para a humanidade, gerado por uma busca de reconhecimento da diferença, como parte integrante do todo. O forte impulso de Tom Regan é a intuição de que algo vai mal com a moralidade humana: uma profunda incoerência de princípios de valoração no seio do sujeito moral humano. Regan focaliza os preconceitos do estatuto moral da vida humana; é por isso que, em seu trabalho, não está em discussão só a inclusão dos animais na moralidade humana, reformulando relações entre animais humanos e não-humanos, mas a própria fundamentação dos direitos humanos. Habermas, Kant, e Regan portanto, cada qual no seu âmbito de atuação, querem a formação de seres que se importem em coexistir, descentrados, despidos de valores egocêntricos e que reconheçam no outro parte garantidora de sua própria existência

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nadia de (Org.). Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 139-166.

ARENDT, Hannah. A condição humana. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. 406p.

_____. Origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. 562p.

AGUIAR, Lucia Frota Pestana de. A tutela preventiva na Proteção dos Animais, Ed. Max Limonad, 2015.

BALDI, César Augusto (Org.). Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio 7214

BHABHA, Homi K. (1994), *The Location* Bhabha, Homi K. (1994), *The Location of Culture*. Londres: Routledge

BHARUCHA, Rustom (2000), *The Politics of Cultural Practice: Thinking Through Theatre in an Age of Globalisation*. Londres: The Athlone Press.

BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In.:

BARRETO, Vicente de Paulo, O Fetiche dos Direitos Humanos e 80 Idem, ibidem, p. 255. Livraria do Advogado Editora, 2013

_____, Vicente de Paulo. Direitos humanos e as sociedades multiculturais. In: Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Unisinos. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____, Vicente de Paulo. Coordenador. Dicionário de Filosofia. Livraria do Advogado Editora Unisinos – Co-edição Renovar- 2009.

_____, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e direitos humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CORTINA, Adela. Cidadãos do Mundo – Uma teoria da cidadania. São Paulo: Loyola, 2005. p. 163.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:<http://www.onubrasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>.

DUARTE, André. O pensamento à sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____, Immanuel. À Paz Perpétua. Porto Alegre, RS: L&PM, 2008

JULLIEN, François. O diálogo entre as culturas: Do universal ao multiculturalismo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____, François. O diálogo entre as culturas. Op. cit. p. 210. RIDB, Ano 1 (2012), nº 12 | 7213 outros temas. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. São Leopoldo: UNISINOS, 2009.

MAYER, Ann Elizabeth. Islam Tradition and Politics Human Rights. 2nd. ed. London: Pinter, 1997.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DUTRA, Delamar José Volpato. Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. Florianópolis: Editora UFSC, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCÍA, José Antonio López. Estado, globalización y multiculturalismo. In: ROIG, F. J. Ansuátegui; GARCÍA, J. A. López; RUIZ, R. Ruiz (Orgs.). Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo. Madrid: Dykinson, 2005. (Colección derechos humanos y filosofía del derecho).

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____, Jürgen. Era das transições. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Tradução: DP&A. Editora, 2006

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MOREIRA, Luiz. A fundamentação do Direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MORIN, Edgar. O paradigma perdido: a natureza humana. Tradução de Hermano Neves. 4. ed. Publicações Europa-América (Biblioteca Universitária), 1973.

NUNES, João Arriscado. Um novo cosmopolitismo? Reconfigurando os direitos humanos. In.: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 15-33.

RIBAS, Ranieri. Humanismo e reconhecimento: a gramática moral do multiculturalismo. In: OLIVERIA, Odete Maria de (Org.). Configuração dos humanismos e relações internacionais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In.: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos Humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 239-277.

_____, Boaventura de Souza. Entre próspero e Caliban: colonialismo, pós-colonialismo e interidentidade. Novos estudos N.º 66, julho de 2003

SILVA, Lucia Frota Pestana de Aguiar. Habermas e o futuro da natureza humana diante da ética animal (Utilização oblíqua da doutrina habermasiana em justificativa a comitês de ética de experimentação animal) XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nmt6dg26/1wgT7cp5q2DKKJmO.pdf>

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In.: REGAN, Tom. The case for animal rights. Berkeley/LA, University of California Press, 1983

REGAN, Tom. Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.

_____. All that dwell, therein: Essays on. Animal Rights and Environmental Ethics. Berkely/Londres: University of California Press, 1982.

_____. Defending Animal Rights. Chicago: University of Illinois Press, 2001. _____. Animal Rights, Human Wrongs: an introduction to moral philosophy. Lanham: Rowman & Littlefield publishers, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STAM, Robert (1997), Multiculturalism and the Neoconservatives, Anne McClintock, Aamir Mufti e Ella Shohat (orgs.), *Dangerous Liaisons: Gender, Nation, and Postcolonial Perspectives*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 18 -203

STRECK, Lênio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. São Paulo: Petrópolis, 2002

ZIZEK, Slavoj (1997), «Multiculturalism, or the Cultural Logic of Multinational Capitalism», *New Left Review*, 225.

A NATUREZA E O DIREITO: UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA DOS FENÔMENOS GLOBAIS RECENTES NOCIVOS À VIDA HUMANA

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 05/01/2021

Paulo Cesar de Lara

Doutorando em Direitos Humanos e
Fundamentais pela UNIBRASIL

Professor do Departamento de Relações
Sociais do Curso de Direito da Universidade
Estadual de Ponta Grossa
Paraná, Brasil

<http://lattes.cnpq.br/4318308708981749>

RESUMO: O objetivo do estudo é demonstrar sob o ponto de vista da Teoria Sistêmica que fenômenos globais recentes nocivos à vida humana podem estar relacionados em alguma medida a forma como as pessoas, governos e Corporações vem tratando a Natureza e que alguns eventos surgidos no mundo podem ter relação direta com estes eventos que se traduzem como desastrosos na parte das catástrofes ambientais de natureza climática, como secas e enchentes, de natureza biológica, como epidemias e pandemias, de natureza atmosférica como a poluição do ar, como a contaminação das Florestas, campos, rios e mares e o adoecimento dos animais. A abordagem é eco social por se entender que há um paradigma específico para conceber tais acontecimentos. A ideia é compreender os fatos e propor soluções, portanto, uma abordagem jurídica também. Utilizam-se os métodos de pesquisa compostos como o hipotético dedutivo, comparativista e crítico dialético e das técnicas de pesquisa

bibliográfica. Mantém-se uma dimensão crítica e propositiva. O objeto em análise é nomear a categoria a eco social enquanto um “novo direito”, a partir de novos instrumentos hermenêuticos mais sofisticados e que possam se desincumbir da missão constitucional de se proteger a vida do planeta e a vida do ser humano.

PALAVRAS - CHAVE: Teoria. Sistêmica. Equilíbrio. Natureza. Humanos.

NATURE AND LAW: A SYSTEMIC PERSPECTIVE OF RECENT GLOBAL PHENOMENA HARMFUL TO HUMAN LIFE

ABSTRACT: The objective of the study is to demonstrate from the point of view of the Systemic Theory that recent global phenomena harmful to human life may be related to some extent to the way people, governments and Corporations have been treating Nature and that some events that have arisen in the world may have a direct relationship with these events that translate as disastrous in the part of environmental disasters of a climatic nature, such as droughts and floods, of a biological nature, such as epidemics and pandemics, of an atmospheric nature such as air pollution, such as contamination of forests, fields, rivers and seas and the sickness of animals. The approach is social echo because it is understood that there is a specific paradigm for conceiving such events. The idea is to understand the facts and propose solutions, therefore, a legal approach as well. Composite research methods such as hypothetical deductive, comparative and dialectical criticism and bibliographic research techniques are used. A critical and purposeful dimension is maintained. The object

under analysis is to name the category the social eco as a “new right”, based on new, more sophisticated hermeneutical instruments that can discharge the constitutional mission of protecting the life of the planet and the life of the human being.

KEYWORDS: Theory. Systemic. Balance. Nature. Humans.

1 | INTRODUÇÃO

O tema entrecruzado entre Natureza e Direito visa a identificação de fenômenos globais que têm colocado a vida humana em risco. Diante destes fenômenos, identificar qual seria o papel do Direito, enquanto instrumento regulador da sociedade, bem como demonstrar sob o ponto de vista da Teoria Sistêmica que fenômenos globais recentes nocivos à vida humana podem estar relacionados em alguma medida a forma como as pessoas, governos e Corporações vem tratando a Natureza. O ser humano do Século XXI mesmo que não queira vive numa sociedade e num mundo complexos. A explicação de nada é simples, muito menos se chegar mesmo a entender.

Os problemas sociais são por demais complexos. Trata-se de imensa teia da vida, onde cada ato e cada ação podem repercutir nos projetos de vida de todos. Como os problemas são complexos, não há verdades absolutas, nem métodos de eficácia comprovada para se ascender ao que se tem por verdade, os problemas complexos devem ser resolvidos com instrumentais suficientemente complexos que possam dar conta destas complexidades, ambiguidades, paradoxos e irracionalidades da sociedade pós-moderna.

Discutir o Direito numa sociedade complexa implica em buscar instrumentos eficazes para tal intento. Assim, o objetivo deste tópico é deter-se sobre uma temática que, se crê, seja útil a iluminar questões complexas. O tema proposto buscará evidenciar a valiosa contribuição da análise da sociedade empreendida por Niklas Luhmann e à contribuição especial ao direito à medida que propõe a teoria sistêmica aplicada ao direito [1], que para efeito da presente análise revela-se uma teoria sofisticada para enfrentar as questões colocadas.

Como a teoria sistêmica é uma abordagem sociológica do Direito, convém mencionar que o pensamento de Niklas Luhmann não é algo desconectado de qualquer tradição sociológica. Primeiramente indica a complexidade de percepção da sociedade e das sociedades. Como afirmado por Raymond Aron [2], (2000, p. 3), existem “sociedades”, não “uma sociedade” e que a “Sociedade global” é composta por uma “multiplicidade de sociedades”. Luhmann trabalha com a hipótese de que o que há é uma “única sociedade global, a sociedade global da comunicação”.

No estudo sobre a divisão do trabalho Durkheim afirma que “a prioridade histórica das sociedades” em que a consciência individual está inteiramente “fora de si” e a “necessidade de explicar os fenômenos individuais pelo estado da coletividade, e não o estado da coletividade pelos fenômenos individuais”. Durkheim, apud Aron (2000, p. 292) afirma que

“a busca racional do aumento da produção não pode explicar a diferenciação social, pois, esta busca pressupõe justamente tal diferenciação social” e que “o fenômeno da divisão do trabalho que o sociólogo quer explicar é diferente, portanto, do que os economistas entendem pelo mesmo conceito”.

2 | AS COISAS MUDAM

A mudança é a essência da existência. Apenas para situar a discussão sem maiores reminiscências, a teologia clássica, desde Aquino, reconhece a soberania absoluta de Deus ao entender que tudo o que existe somente pode ser e se move em Deus, mas ao mesmo tempo este Deus é imutável. As filosofias orientais afirmam que a mudança é a essência da existência. Conciliam-se as duas vertentes, ao se imaginar que a divindade “renova-se eternamente”. O Universo interior e exterior tendem a se expandir, a progredir cada vez mais. No próprio organismo humano estão em constante combate a vida e a morte, os princípios da destruição e o princípio da criação, vida e morte combatem. Arendt comenta o pensamento de Agostinho, registrado em uma das mais densas e belas obras: *Confissões*. (ARENDDT, 1997, p. 19)

O que é o conhecer? Como nos conhecemos? Como nos conhecemos? O saber é um mistério! A imensa distância entre o que se sabe e o que não se sabe, sugere uma comparação entre a ideia de que “a matéria é tudo o que existe e ocupa lugar no espaço e as descobertas da física atômica que constatam que entre os elétrons e o núcleo dos átomos, o que se tinha por concreto nada mais é do que um imenso vazio, tal qual o imenso vazio cósmico que dista de galáxia em galáxia.

3 | A FILOSOFIA E O ESPELHO DA NATUREZA

O saber é humildade. É preciso evitar a tentação da certeza. Em preciosa obra, *A filosofia e o Espelho da natureza*, Richard Rorty (1988, p.15-22) em sua parte introdutória, denuncia a arrogância filosófica que tem levado a humanidade a imaginar ser a filosofia a instância última e exclusiva a se preocupar com os problemas perenes e eternos da alma humana. Isso levou a se construir uma imagem da filosofia como sendo o vetor da legitimação das pretensões ao saber, seria a filosofia o fundamento do conhecimento, do conhecimento todo e de todos os conhecimentos.

A filosofia se entrincheira no alto de sua autoridade absoluta para derrubar as pretensões ao conhecimento elaboradas pela ciência, a moral ou a religião. Procura então se colocar como uma teoria geral da representação, já que nesse viés de racionalidade, conhecer é representar cuidadosamente o que é exterior à mente. Atribui-se a Locke a noção de “teoria do conhecimento”, uma teoria que se distinguia das ciências porque era seu fundamento Rorty (1988, p.197).

Para Rorty (1988, p.197), as obras de Wittgenstein, Heidegger e Dewey são

“mais terapêuticas que construtivas”, “edificantes do que sistemáticas”, levando a um questionamento dos “próprios motivos para filosofar”, não fornecendo um itinerário filosófico. Estes filósofos compreenderam que a noção de conhecimento como representação exata, mediatizada por processos mentais especiais, tornada compreensível através de uma teoria geral da representação, deveria ser abandonada (RORTY, 1988, p.197).

A imagem que retém cativa a filosofia tradicional é a da mente, como um grande espelho, que contém várias representações – umas precisas, outras não e que pode ser estudado por meio de métodos puros não empíricos. Sem a noção da mente como espelho, a noção de conhecimento como exatidão da representação, não se teria sugerido a si mesma. Wittgenstein propõe-se a desconstrução de imagens cativantes, desta imagética especular, sendo auxiliado pela consciência histórica (Heidegger). Rorty aponta para uma busca de uma filosofia sem espelhos. Acentua as dificuldades neste caminho como a noção partilhada por plantonistas, kantianos e positivistas, de que o homem possui uma ciência - nomeadamente, descobrir essências. (RORTY, 1988, p. 277)

Continua argumentando (RORTY, 1988, p. 277) que a noção de que a nossa tarefa principal consiste em espelhar de um modo exato, na nossa essência vítrea, o universo à nossa volta, é o complemento da noção, comum a Demócrito e a Descartes, de que o universo é feito de coisas muito simples clara e distintamente conhecíveis. Em Verdade e Método (Gadamer), (RORTY, 1988, p. 277) se percebe que “a hermenêutica não é o método para alcançar a verdade”. Rorty (1988, p. 285) assinala que na história da filosofia moderna encontramos figuras que, sem formarem uma tradição, se assemelham pela sua desconfiança quanto à noção de que a essência do homem é ser um conhecedor de essências. Goethe, Kierkegaard, Santayana, William James, Dewey e o pensamento último de Wittgenstein e de Heidegger são figuras deste gênero.

Os filósofos da corrente principal, ligados ao representacionismo, Rorty denominou de sistemáticos e aos periféricos, de edificantes. (aqueles que destroem para o bem de sua própria geração). Os periféricos, pragmáticos são cépticos quanto à filosofia sistemática com todo seu projeto de compensação universal. Os maiores filósofos desta linha (edificantes periféricos) são Dewey, Wittgenstein e Heidegger. Vão defender uma “posição holística” de que as palavras retiram os seus significados de outras palavras, ao invés de os adquirirem em virtude do seu caráter representativo.

Hanns Küng (1999, p. 290) enfrenta uma das mais árduas questões da teologia moderna, ao questionar o que é a verdadeira religião? Existe uma verdadeira religião? Uma religião pode ser a total detentora da verdade? Ao que responde que numa perspectiva externa, a partir de fora, o ponto de vista da ciência da religião, existem várias religiões verdadeiras: são aquelas que, apesar de sua ambivalência, ao menos em princípio, correspondem aos critérios estabelecidos (ético e religioso): diferentes caminhos de salvação que levam ao mesmo fim, que às vezes se cruzam e sempre podem se enriquecer mutuamente.

Afirma ainda Hanns Küng (1999, p. 236) que esse tipo de ecumenismo corresponde aos aspectos transculturais ou universalistas da análise de paradigmas na teologia e em outras disciplinas. E isso se faz, sem dúvida, plenamente a serviço da missão da Igreja em nossa sociedade. Sem uma teologia ecumênica não pode existir uma Igreja ecumênica, enfatiza o Autor. Posições como estas, a pouco menos de 50 anos, tornaria inviável o exercício teológico no âmbito da Igreja romana. Como se vê, a abertura para novas perspectivas, são de uma exigência universalizante.

Para Capra o novo paradigma é o ecológico. Também para Leonardo Boff, os novos paradigmas teológicos, devem se voltar para a dimensão ecológica do homem. A teoria sistêmica é a formulação científica da visão de mundo ecológica. Uma de suas principais raízes está na cibernética surgida nos anos quarenta. Outra vertente é a filosofia sistêmica com Ludwig Von Bertalanffy. Santiago Guerra (1997,49-50) traça um elucidativo esboço das origens das teorias sistêmicas.

Da vertente cibernética Guerra (1997,49-50) (surgiram duas escolas de pensamento, ambas sistêmicas). A primeira associada a John Von Neumann, matemático, inventor do computador, que escrevera sobre mecânica quântica. Esta escola ainda está ligada ao mecanicismo, envolve mecanismos sofisticados, trabalha com a ideia de sistemas dotados de organização. Esta idealização de um modelo dos organismos vivos como máquinas de processamento de informações é estudada por Norbert Wiener. Há a reprodução dos elementos que compõem o sistema e que tem uma relação reiterativa (recursiva) entre eles.

Maturana e Varela, (Biologia) Leonardo Boff (Teologia), Capra (Física), Niklas Luhmann (Sociologia com aplicação no Direito), todos de alguma forma defensores do pensamento sistêmico, todos com um ponto em comum, qual seja, seres vivos e o mundo estão interligados, homens e natureza não podem ser compreendidos em separado. A visão mecanicista que sustentou o paradigma científico até então imaginava ser o universo uma grande máquina, o mundo como uma grande máquina podendo ser compreendido em suas peças em separado.

O pensamento sistêmico compreenderá que o planeta é um grande ser vivo, um sistema de vida a albergar outros sistemas, todos com destinos entrelaçados. Diante do homem está a vida e a morte. Se o homem aceitar matar também morrerá, se aceita viver também viverá. É a experiência dos semitas. Se as fontes da vida são agredidas a vida também se esvai. A ideia sistêmica não nega a autonomia dos seres, nem a reprodução das condições da própria sobrevivência em cada subsistema, pelo contrário, estes são elementos que possibilitam uma estruturação a nível sistêmico, mas o funcionamento precisa ser contemplado como um todo.

4 | A NOÇÃO DE SER VIVO

A primeira noção trazida pela dupla de biólogos Maturana e Varela (MATURANA, 2001, p.40), é que o ser vivo se diferencia enquanto classe de seres, devido a sua capacidade de se produzir de modo contínuo a si mesmo. Tal organização pode ser definida como autopoietica. Os componentes moleculares de uma unidade estão dinamicamente relacionados numa rede contínua de interações.

Explicam que coletivamente estas transformações e interações são denominadas em bioquímica de metabolismo celular. Os componentes produzidos formam uma região fronteira, um limite para essa rede de transformações, formam uma membrana. (MATURANA, 2001, p.40). Ensinam que tal membrana é o limite para as interações e combinações dos elementos constitutivos daquela unidade. Mas a membrana não só limita a extensão da rede de transformações como também participa dela. Naturalmente sem esta arquitetura espacial o metabolismo celular se desintegraria numa sopa molecular disforme, incapaz de formar uma unidade separada como uma célula. (MATURANA, 2001, p.40). Por fim afirma que o que caracteriza um sistema autopoietico é que ele se levante por seus próprios cordões e se constitui como diferente no meio por sua própria dinâmica, sendo inseparáveis ambas as funções.

5 | O (DES) ACOPLAMENTO ESTRUTURAL E SUAS IMPLICAÇÕES COMPORTAMENTAIS

As interações entre o ser vivo e ambiente resultam em diferenciações ao nível de estruturas, impelidas pela dimensão de plasticidade estrutural introduzida pelo sistema nervoso. As estruturas inicialmente que apresentam determinada forma e natureza podem ser alteradas dependendo dos níveis de interação, dependendo da maior ou menor eficiência do acoplamento entre as estruturas, entre as interações ser vivo/meio ambiente. A história de cada interação de cada organismo determina um caminho específico de mudanças estruturais ao nível do sistema nervoso com implicações comportamentais, mas que pode se aplicar a outras situações, pois a dinâmica é a mesma.

6 | O FENÔMENO DA COMUNICAÇÃO. A COMUNICAÇÃO HUMANA: MENTE E CONSCIÊNCIA

Toda vez que há um fenômeno social há um acoplamento estrutural entre indivíduos, pois há uma coordenação recíproca entre eles. O desencadeamento mútuo de comportamentos coordenados que se dá entre os membros de uma comunidade social denomina-se comunicação. O que há de peculiar na comunicação é que ela ocorra no domínio do acoplamento social. Um exemplo de comunicação ontogênica (MATURANA, 2001, p.213-216). (ocorrida em virtude de modificações estruturais) é o canto de certos pássaros. A dificuldade do contato visual nas matas desenvolveu nos pássaros, a

necessidade de se comunicarem pelo canto. Assim tem pássaros que cantam em duetos.

Cada membro do casal constrói uma parte da melodia continuada pelo outro e assim sucessivamente. Cada casal tem sua melodia que somente por eles é cantada e se torna específica durante toda a história de seu acasalamento. Algumas tribos africanas e ameríndias (americanas) também desenvolvem o costume da canção dedicada a quem nasce. Quando morre a canção não mais é repetida. Outros casais especificam melodias diferentes. A melodia particular de cada casal limita-se à duração da vida dos indivíduos que a compartilham. Neste sentido não seria exagero ilustrar esta ideia afirmando-se que se canta tanto quanto se ama.

7 | A ÁRVORE DO CONHECIMENTO: SABEMOS QUE SABEMOS

As características únicas da vida social humana, e seu intenso acoplamento linguístico geraram um fenômeno novo: a mente e a consciência. O conhecimento do conhecimento obriga. Uma das grandes mensagens da obra de Maturana e Varela sem dúvida, é a de que há um acoplamento estrutural social fundante de qualquer possibilidade de convivialidade, o que permite ver que como seres humanos só temos o mundo que criamos com os outros, nada mais! Se a espécie humana chegou a tal nível de consciência não tem mais o direito de voltar atrás, pois provou da árvore do conhecimento. Nada será como antes, pois a humanidade perdeu a inocência originária e está desnuda em seu, pois sabe que sabe e o que fazer com esse conhecimento?

Com estes questionamentos, os Autores concluem suas ideias que evidentemente não se revestem apenas de cientificidade, mas, de um elemento que é a própria essência da filosofia da ciência: o que fazer com o conhecimento? Imaginar ser a teoria sistêmica um mero biologismo cientificista, ou um naturalismo depurado, aplicado de forma mais sofisticada dependerá de refutações aprofundadas aos postulados da teoria, o que até o momento não se tem verificado. Assim, após serem vistos os principais pontos da teoria desenvolvida por Maturana e Varela, se adentra na teoria sistêmica aplicada ao direito, na ótica de Niklas Luhmann.

8 | A AUTOPOIESE

Em Maturana e Varela a autopoiese versa sobre seres vivos, que estão num ambiente com outros seres vivos, um sistema consciente e responsável pelo estabelecimento da diferença entre sistema e ambiente. Os elementos que compõem este sistema são as células, as moléculas que produzem células e moléculas num ambiente que faz a mesma coisa e o ciclo da recriação contínua. Já, os sistemas conscientes (a sociedade como sistema e o direito, a religião, a moral, a política, como subsistemas) têm como elementos as significações e pensamentos, que produziram outras significações e pensamentos em um ambiente onde há outros subsistemas fazendo o mesmo.

Sistemas sociais são formados por elementos que implicam em comunicações, que produzem outras comunicações, mas que não existem no ambiente, mas apenas na sociedade que passa a ser o sistema comunicativo global os sistemas parciais ou funcionais serão o ambiente uns para os outros. O agir político é uma forma de comunicação, como o são a moral, a religião e o direito. O que difere é que os sistemas biológicos são instintivos apenas, os sociais implicam em autoconsciência, combinam-se autorreprodução e auto-observação. (GUERRA, 1997, p. 62).

9 | O RISCO: VÍNCULO COM O FUTURO

Foi amplamente comentado sobre a Teoria Sistêmica, sua base teórica, a transmigração para o campo das Ciências Sociais por Niklas Luhmann, a configuração do neopositivismo em Luhmann, suas relações com Kelsen, a visão do direito por Kelsen, e de que forma que tudo isso se assenta sobre as bases da sociedade pós-moderna, que por si é irracional, não há nem certezas nem métodos infalíveis. O passo seguinte é enfatizar a noção de riscos, como sendo um preço a ser pago pelas formas complexas de vida social também complexas. O risco surge como mais uma categoria que auxilia nesta análise. A abertura democrática traz consigo a criação e a ampliação da liberdade.

As consequências éticas do ato livre criam riscos. Raffaele de Giorgi (GIORGI, 1998, p.14) afirma que a observação do risco permite ver como os sistemas sociais constroem suas estratégias de absorção da incerteza e, ao mesmo tempo, ver igualmente como a impossibilidade de juridicizar o risco constitui o atual limite do direito. O risco pode ser considerado como um vínculo com o futuro, como uma estratégia de construção do futuro. A alternativa em relação ao risco não é a segurança e sim um outro risco. Afirma ainda o jurista italiano (GIORGI, 1998, p.169) que “na sociedade as causas não existem, assim como não existe o risco: são os resultados de construções”.

Pois bem, a última conferência ecológica no Rio de Janeiro realizada em alusão a ECO 92, a Rio + 20 (anos) em 2012 traz de forma muito clara o que antes se lia nas entrelinhas de alguns discursos, qual seja, de fato a financeirização da mãe natureza diante de elementos como o aumento da importância de grandes instituições financeira com atividades de intermediação financeira nunca antes vistos em virtude da globalização não regulamentadas (sistema bancário fantasma-*shadow banking*).

A escassez de alimento e em certo sentido da água levou as gigantescas corporações a especular nos mercados de alimentos, agravando e gerando a crise alimentar de 2008/2009, que aumentou o preço dos alimentos básicos e evidentemente afetando os mais pobres, sejam países ou pobres em nichos de miséria dentro dos países ricos. Curioso ver, por exemplo, a Coca Cola adquirindo marcas de chá no Brasil, diversos poços de água mineral brasileiros, já vendidos a multinacionais que já ostentam nas garrafas o logotipo da Coca, por exemplo, e o governo brasileiro pasmo, a sociedade anestesiada, mas, há muito

mais em jogo do que a encenação de luz e trevas da política brasileira rasteira, corrupta e decadente.

Pois bem, se especular com água e comida deu certo, por que não tentar agora com a pureza do ar? Assim surge o mercado da comercialização das “emissões de carbono” e as “funções cumpridas pelos ecossistemas” agora vendidas como um elemento de natureza mercantil num batismo profano onde recebe o nome de “serviços ambientais”. Os agentes do mercado financeiro avolumam suas conquistas com créditos de carbono, água, fauna e flora, habitats, e enfim toda a biodiversidade.

Sob a justificativa de “proteger” a natureza, a pureza do ar nos anos sessenta surge a de comercializar o carbono, ou melhor explicando, comercializando um “suposto direito de comprar um direito a poluição de outros países”. Ou seja, se cria a ideia de que se pode poluir e vender tal direito e com o direito proteger a natureza para evitar a poluição numa lógica curiosa onde se destrói para criar, mata para viver, aniquila para criar e foi assim que nasceu o “crédito de carbono”. Finalmente em 1997, no governo de Bill Clinton houve grande pressão dos Estados Unidos da América quanto ao Protocolo de Quioto^[8] não subscrito pelos norte-americanos, mas articulado para se produzir um kit básico para comercializar carbono, tese mundialmente adotada para se “salvar a natureza à base da destruição desta”, assim se polui para limpar rios, se polui para evitar emissão de gases que poluem, se polui para com o dinheiro comprar mais áreas e plantar e investir em redução de desmatamento, ou seja, os fins justificam os meios e os países tais como o Brasil aceita esta política.

Há um mercado de carbono já consolidado chamado “Regime de Comércio de Direitos de Emissão da União Europeia”. A preocupação agora é contar moléculas de carbono para saber para quem atribuir crédito e a quem atribuir débito. Por certo correm nesta história bilhões de dólares. O mercado de carbono é uma típica iniciativa neoliberal para criar novas oportunidades de obter lucros a partir das crises contemporâneas.

É necessário acompanhar de perto o projeto do Banco Mundial na República Democrática do Congo, onde se transferem fundos para que o país se converta em prestador de “serviços ambientais” comercializáveis (créditos de carbono florestal + compensação de biodiversidade com demanda da indústria extrativa e da indústria florestal^[9]). Surge a intermediação entre países que praticam atividades contaminantes com os que não cumpriram sua suposta e fictícia “cota de poluição”.

10 | CONCLUSÃO

O objetivo do estudo era investigar até que ponto, sob o enfoque da Teoria Sistêmica, os fenômenos globais recentes da natureza poderiam ser nocivos à vida humana e se poderiam estar de alguma forma ligados entre si, e se poderiam estar relacionados em alguma medida na forma como as pessoas, governos e Corporações

vem tratando a Natureza.

Se de fato alguns eventos relacionados ao decréscimo da saúde das pessoas e mesmo plantas e animais surgidos no mundo recentemente, poderiam ter relação direta com estes eventos que se traduzem como desastrosos na parte das catástrofes ambientais de natureza climática, como secas e enchentes, de natureza biológica, como epidemias e pandemias, de natureza atmosférica como a poluição do ar, como a contaminação das Florestas, campos, rios e mares e o adoecimento dos animais. Ao longo da explicitação da Teoria Sistêmica ficou suficientemente clara a interdependência dos mundos em que o homem habita, o mundo social, biológico, geográfico, sua posição social e econômica, se pertence a um País rico ou pobre e outros fatores.

Contudo, é inegável que a Natureza entre em Guerra com o ser humano e cada vez mais os ataques são maiores e mais intensos e isso é uma linguagem a qual os Governantes do mundo se recusam a ouvir. É uma guerra imperceptível ao senso comum, como afirma Arthur J. Almeida Diniz (1995, p. 16) para quem os grandes movimentos políticos atuais, tão complexos e tantas vezes “aparentemente sem sentido, constituem o cenário das manobras de uma guerra espiritual por demais vasta para poder ser compreendida pelos homens”. Afirma ainda Diniz, que “Thomas Merton captou os desafios atuais ao dizer que “há desenvolvimento de empresas economicamente inúteis, que existem para o lucro e não para uma produção real e criam necessidades para preenchê-las com produtos baratos de rápida saída”. Não há uma preocupação real para se preparar os próprios excluídos para um futuro de perspectivas, salvo raríssimas exceções (MORAIS, 2002).

Daí “as guerras que surgem quando os produtos entram em competição para obter mercados e fontes de matérias primas”. Aprofundando este pensamento Diniz (1995, p.17) afirma que “somos desafiados por correntes de pensamento cuja profundidade ultrapassa nosso entendimento tradicional e os trâmites do senso comum. O fluxo e refluxo dos acontecimentos históricos nos perturbam”. Acrescenta o autor mineiro de saudosa memória (DINIZ, 1995, p.17) que “os movimentos religiosos que criamos adormecidos ou já extintos, por força do fascínio do materialismo científico, pela ilusão do desenvolvimento econômico, surgem estudantes”. Afirma o Professor mineiro (1995, p.17):

O Islamismo e os nacionalismos radicais constituem, hoje, uma incógnita. A audácia de seus fanáticos é tanto mais temível, quando estes encaram a morte como recompensa. A negligência da civilização industrial, crendo que o mundo das mercadorias acalmaria a revolta das massas despossuídas, transformou-se hoje em temor latente, inconfesso, das nações industrializadas das antigas metrópoles. Receio de um débâcle total. Quatro séculos de atividades predatórias desencadearam uma revolta global. Revolta difusa, revolta inconsciente, brotando das camadas profundas do ser humano, ameaçado de destruição.

É nesse estado de coisas que o mundo vive. Com Pandemias, bolsões de pobreza, assentamentos gigantescos de refugiados ambientais, crises hídricas, poluição do ar,

enchentes, crise de alimentação para os mais pobres. Não é possível separar as coisas, a fome, a doença, os fenômenos da natureza, a inconsciência do ser humano, a ganância das grandes corporações, a corrupção privada e pública, a ameaça às espécies, aos mais fracos, indefesos e pobres, tudo conflui para uma única e global crise de percepção do ser humano sobre si mesmo e sobre o mundo. Se não despertar do longo sono da indiferença e do egoísmo talvez muito pouco se possa fazer no futuro.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **O conceito de amor em Santo Agostinho. Ensaio de interpretação filosófica.** Instituto Piaget. Lisboa. Trad. Alberto Pereira Dinis, 1997.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico** 5ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BANCO MUNDIAL. **Congo, República da - Projeto Florestal e Diversificação Econômica (inglês). Washington, DC: Grupo do Banco Mundial** Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/901591468247872447/Congo-Republic-of-Forestry-and-Economic-Diversification-Project>> Acesso em 26 jul. 2020.

BBC. **A aids atinge mais de 40 milhões de pessoas no mundo.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/ciencia/021126_aidsep.shtml> Acesso em 26 jul. 2020.

BOFF, Leonardo *et al.* **Direitos Humanos, Direitos dos Pobres.** Série V, tomo III, Tradução Jaime A. Classes. São Paulo: Vozes, 1991.

BOFF, Leonardo. **O Rosto Materno de Deus.** 8ª edição. Petrópolis RJ: Vozes. 2000.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação.** Tradução de Álvaro Cabral. Ed. Cultrix. São Paulo. 1982.

CAPRA, Fritjof. RAST, David Steindl. MALTHUS, Thomas. **Pertencendo ao Universo. Explorações nas fronteiras da ciência e espiritualidade.** (Tradução de Maria de Lourdes Eichenberger e Newton Roberval Eichenberger.). São Paulo: Cultrix. 1991.

CHOSSUDOVSKY, Michel. **A Globalização da Pobreza. Impactos do FMI e do Banco Mundial.** (Tradução de Marylene Pinto Michael). 1ª edição. São Paulo: Moderna, 1999.

DECISÃO, Ronaldo. **Protocolo de Kyoto - Países se comprometeram a reduzir emissão de gases.** Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/protocolo-de-kyoto-paises-se-comprometeram-a-reduzir-emissao-de-gases.htm>> Acesso em 26 jul. 2020

DINIZ, Arthur J. Almeida. **Novos paradigmas em Direito Internacional Público.** Ed. Sérgio Fabris. Porto Alegre, 1995.

DUSSEL, Enrique. **Ética da globalização e da exclusão.** Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime Clasen Lúcia M.E. Orth. Editora Vozes. Petrópolis. 2000

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**; 36ª Edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1994.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o Futuro**: Porto Alegre Sergio Fabris, 1998.

GIORGI, Raffaele. **Direito. Democracia e risco. Vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna. Introdução a uma teoria social sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

KÜNG, Hans. **Teologia a caminho. Fundamentação para o diálogo ecumênico**. (Trad.Hans Jörg Witter). Ed. Paulinas. São Paulo, 1999.

LEVINAS, Emmanuel. **Descobrimo a existência com Husserl e Heidegger**. Trad.Fernanda Oliveira Lisboa: Instituto Piaget,1997.

MACHADO, João Paulo F. Tinoco. **O Processo Identitário do Sujeito Indígena: uma análise discursiva da Carta do Cacique Seattle**. Disponível em: <<https://repositorio.ufms.br:8443/jspui/bitstream/123456789/2841/1/Jo%C3%A3o%20Paulo%20F.%20Tinoco%20Machado.pdf>>. Acesso 26. jul. 2020

MATURANA, Humberto V. Varela, Francisco J. **A árvore do conhecimento**. (Tradução Humberto Marriott e Lia Diskin.) São Paulo: Palas Athena, 2001.

MORAIS, Clodomir Santos de. **Um futuro para os excluídos: Criação de empregos e geração de renda para os pobres**. Porto Velho: ABG Editora Gráfica, 2002.

ROCHA, Leonel Severo (organizador). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

RORTY, Richard. **A Filosofia é o espelho da natureza**. Tradução de Jorge Pires. Editora Publicações Dom Quixote. Lisboa, 1988.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Filosofia Jurídica da Alteridade. Uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação Latino-Americana**. 1ª edição. Curitiba: Juruá, 1999.

[1] Veja-se que a dimensão dedicada ao Direito da obra de Luhmann é apenas uma parte de sua ampla teoria da sociedade pois este ilustre autor já abordou temas ligados à política, economia, religião e sobre o amor.

[4] Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Tradução livre)

[5] BBC. **A aids atinge mais de 40 milhões de pessoas no mundo**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/ciencia/021126_aidsep.shtml> Acesso em 26 jul. 2020

[7] A comiseração está presente nos discursos dos cristãos (Papa João Paulo II e Papa Francisco), nas prédicas religiosas tibetanas (Dalai Lama), nos apelos dos muçulmanos.

[8] DECISÃO, Ronaldo. Protocolo de Kyoto – **Países se comprometem a reduzir emissão de gases**. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/protocolo-de-kyoto-paises-se-comprometeram-a-reduzir-emissao-de-gases.htm> Acesso em 26. Jul. 2020 às 20:50.

[9] BANCO MUNDIAL. **Congo, República da - Projeto Florestal e Diversificação Econômica (inglês). Washington, DC: Grupo do Banco Mundial** Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/901591468247872447/Congo-Republic-of-Forestry-and-Economic-Diversification-Project>> Acesso em 26 jul. 2020.

CONSTITUCIONALISMO EM REDE: A ARGENTINA E O MEIO AMBIENTE

Data de aceite: 01/03/2021

Jandeson da Costa Barbosa

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UniCeub. Servidor do Tribunal de Contas da União. Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável, do UniCeub. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, do UniCeub.

RESUMO: O presente trabalho analisa, a partir dos conceitos de constitucionalismo transformador e *Ius Constitutionale Comune* na América Latina (ICCAL), a pertinência de um “constitucionalismo em rede” na América Latina para criação e sustentação de *standarts* mínimos de proteção ambiental. Examina, também, como a Argentina se comporta em relação ao direito internacional e direito comparado em matéria ambiental, tanto no âmbito do direito positivo interno como na jurisprudência da Corte Suprema.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo em rede. Meio ambiente. Argentina.

ABSTRACT: The present work analyzes, from the concepts of transformational constitutionalism and *Ius Constitutionale Comune* in Latin America (ICCAL), the relevance of a “network constitutionalism” in Latin America for the creation and support of minimum standards of environmental protection. It also examines how Argentina behaves in relation to international law and comparative law in environmental matters,

both within the scope of positive domestic law and in the jurisprudence of the Supreme Court.

KEYWORDS: Networked constitutionalism. Environment. Argentina.

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a pertinência de um “constitucionalismo em rede” na América Latina para criação e sustentação de *standarts* mínimos de proteção ambiental. Serão trabalhados inicialmente os conceitos de constitucionalismo transformador e de *Ius Constitutionale Comune* na América Latina (ICCAL) e suas possíveis contribuições para a proteção do meio ambiente latino-americano.

A seguir, já a partir do conceito de constitucionalismo em rede, será verificada a importância de uma *customização* de *standarts* internacionais de proteção ao meio ambiente para a América Latina, levando em consideração, as peculiaridades sociais, econômicas, políticas e de ecossistemas dos países que a integram.

A partir das *funções* do constitucionalismo em rede, serão examinadas possíveis contribuições desse conceito para a proteção ambiental. Nessa linha, analisaremos o sistema jurídico argentino e a evolução do direito ambiental no país. Também faz parte do escopo desse trabalho a análise de julgados da Suprema Corte da Argentina de causas ambientais que envolvam grandes empresas. A importância

dessa temática se deve à vulnerabilidade econômica dos países latino-americanos que pode levá-los a uma espécie de concorrência pela flexibilização indevida de *standarts* de proteção ambiental a fim de atrair o capital privado.

Pretende-se, portanto, ampliar o debate sobre o conceito de constitucionalismo em rede a partir da análise da vantajosidade de sua utilização, em especial na América Latina, na proteção ambiental. Busca-se, também, verificar, nesse contexto, a postura da Argentina na integração do seu direito interno com o direito internacional e o direito interno dos demais países da América Latina, de analisar o nível de proteção ao meio ambiente conferido pelo sistema jurídico.

2 I CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O IUS CONSTITUCIONALE COMUNE NA AMÉRICA LATINA (ICCAL)

Pertence à marcha da história a luta do homem pela dignidade, pela liberdade, por permear um meio social mais justo e fraterno. À marcha da história, mais recentemente, junta-se a marcha do constitucionalismo. É inadequado traçar um roteiro histórico da marcha do homem, porque na verdade foram várias, em diferentes lugares e contextos.

Em tempos mais próximos, vários povos se unem a um movimento, o constitucionalista, o qual Barroso afirma ser a ideologia vitoriosa do século XX¹. Na marcha do constitucionalismo, postula-se que a constituição não seja apenas uma “folha de papel”², mas que ela tenha força normativa³. E não basta atribuir ao seu texto aplicabilidade jurídica plena, sob os planos da existência, validade e eficácia. É necessário que a Constituição se liberte do papel e tinta e passe a existir no mundo real, a regular o mundo dos vivos, o mundo em que o objeto-mor para quem o texto constitucional foi escrito – o homem.

Barroso classifica esse ato de concretização como um quarto plano dos atos jurídicos, em sequência aos planos da existência, da validade e da eficácia⁴, denominando-o como o plano como o da efetividade, que conceitua como “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social”⁵, e acrescenta que “Ela [a efetividade] representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”⁶.

Se não se pretende negar as particularidades sociais, políticas, institucionais e jurídicas de cada país, não se pode lançar um olhar único ao movimento constitucional. Por

1 BARROSO, Luis Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. Revista Publicum. Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36.

<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>>. Acesso em 12 mar 20.

2 Sobre o assunto, ler: LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001. LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

3 Sobre o assunto, ler: HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1991.

4 BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 255.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

isso, é importante um recorte metodológico do constitucionalismo no âmbito da América Latina. É elementar recordar que a maioria dos países da América Latina saiu na década de 80 do século passado de regimes autoritários, nos quais sequer os direitos individuais eram respeitados. A par disso, são de notório conhecimento os problemas sociais enfrentados por esses povos. Com a redemocratização, foram inseridas nas suas respectivas constituições muitas promessas. Campos Mello se refere a essas constituições como “diplomas com um forte caráter aspiracional, que, justamente por isso, implicam algum, risco de inefetividade”⁷.

Nesse contexto, irrompe o *Ius Constitutionale Comune* na América Latina (ICCAL), que é “uma abordagem regional sobre o constitucionalismo transformador”⁸. Surge no contexto de desafio ao profundo processo de exclusão social, tendo como mote os valores que surgiram com o constitucionalismo transformador na Europa: direitos humanos, democracia e estado de direito⁹.

Segundo Piovesan, o ICCAL decorre de três fatores importantes em matéria de direitos humanos na região: o empoderamento e a efetividade do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os novos textos constitucionais latino-americanos e suas cláusulas abertas, e o fortalecimento da sociedade civil e sua luta por direitos¹⁰.

Como o próprio nome sugere, o ICCAL busca o que há de “comum” no constitucionalismo latino-americano. Surge, então, a necessidade de definir o que seria esse “comum”. Von Bogdandy explica esse fenômeno de direito comum a partir de dois aspectos da abordagem. O primeiro aspecto é abertura das constituições latino-americanas a um denominador comum em direito internacional público, ao fortalecimento mútuo do “bloco de constitucionalidade” com a finalidade de assegurar garantias e direitos a partir de uma orientação e de um desenvolvimento comuns¹¹.

Piovesan ratifica esse entendimento ao afirmar que as “cláusulas constitucionais abertas” das constituições latino-americanas “permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade”¹².

Há outro elemento em comum, já citado, que legitima a abordagem regional do ICCAL: a enorme desigualdade social dos países da América Latina. E não se trata de um projeto centrado apenas em um espectro político, é algo que transcende diversas ideologias, pois não é debatida uma desigualdade social qualquer, mas a exclusão de diversas pessoas do

7 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Comune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, ago. 2019, p. 253.

8 BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Comune* na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

9 *Ibid.*

10 PIOVESAN, Flávia. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 8, n. 2, 2017.

11 BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Comune* na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

12 PIOVESAN, Flávia. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 8, n. 2, 2017.

sistema social, político, econômico e até jurídico¹³. Portanto, “a superação da exclusão é um projeto compartilhado por vertentes com ideias muito diversas a respeito da criação do bem-estar social, da redistribuição, do livre-comércio e da proteção dos investimentos”¹⁴.

Diante do quadro apresentado, é natural a indagação quanto à sua natureza prática. Afinal, é imperativo que se questione qual a utilidade prática de se pensar um direito constitucional comum na América Latina. Os autores dessa observação apontam que os princípios fundamentais do ICCAL são os mesmos do direito constitucional global, como a centralidade do respeito aos direitos humanos, democracia e estado de direito¹⁵.

A resposta a essa indagação é o caráter prático do ICCAL: “tornar reais as promessas e garantias das constituições latino-americanas novas e reformadas depois da era dos grandes governos autoritários”¹⁶. É dizer que o ICCAL busca centrar a discussão na forma de concretizar direitos que carecem de ser transpassados para a realidade dos latino-americanos.

São ainda características do ICCAL uma forte marca de combate à injustiça, à violência e à defesa das minorias. Outra característica emblemática dos direitos humanos nessa região é “a ênfase dada à dimensão coletiva e à proteção dos direitos fundamentais”¹⁷. De fato, é traço marcante do direito latino-americano o alvorecer da tutela coletiva para a solução desses problemas.

Outro aspecto importante que aponta para a necessidade de um ICCAL é a característica comum às constituições latino-americanas de, por um lado fazer grandes promessas de transformação social e concretização de direitos, e por outro lado garantir a permanência de um desenho institucional, econômico e social que proteja o *status quo*, crie um ambiente propício para a concentração de renda e para a segregação da maior parcela da população na tomada de decisões desses países¹⁸.

3 | MEIO AMBIENTE E O CONSTITUCIONALISMO EM REDE

A expressão “problemas globais exigem respostas globais”¹⁹ é uma proposição recorrente nestas duas primeiras décadas do século XXI. Através de um óbvio paralelismo, é possível defender que problemas comuns a uma região, ou mesmo problemas globais que encontram em determinada região características comuns, exigem uma resposta regionais comuns, ou, parafrazeando ainda mais a citação, exigem respostas regionais.

Essa lógica de oferecer respostas globais para problemas em comum em todo o

13 BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Comune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

18 Para aprofundamento nessa discussão indicamos a leitura da obra “GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. 1st ed., Katz Editores, 2014.

19 A expressão é um subtítulo da seguinte obra: HARARI, Yuval (2018). *21 lessons for the 21st century*. New York: Spiegel & Grau, 2018. Tradução de Paulo Geiger. 21 lições para o século 21. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

planeta pode ser utilizada também para a proteção dos direitos humanos. Em um exemplo hipotético, é possível imaginar que em determinada região do planeta existam países que respeitem as normas básicas de salubridade do trabalho. Se na mesma região houver países que flexibilizem ao extremo essas regras a fim de atrair grandes empresas, é possível concluir que as ações adotadas pelos primeiros países não serão completamente efetivas, pois, embora livres seus cidadãos daquela situação atentatória aos direitos humanos, não irão dissuadir as empresas utilizadas no exemplo a fazê-lo no país ao lado, e, igualmente, seres humanos serão expostos a uma situação degradante.

Quando se trata de meio ambiente, a situação ostenta um elemento adicional. Utilizando o mesmo exemplo, se um país flexibiliza indevidamente normas de preservação ao meio ambiente, não apenas consequências indiretas afetarão os outros países, mas a região e o mundo serão tocados por essas consequências diretamente. Afinal, um problema ambiental “transpõe o cenário local-interno de um Estado apenas, pois assim como o termo Ecologia, tratar das questões acerca da sustentabilidade do meio ambiente é tratar do mundo, do planeta Terra, ou seja, a casa da humanidade”²⁰.

A América Latina, assim como a Ásia e outras regiões em desenvolvimento, passa por um tardio processo de industrialização que está trazendo sérias consequências ao meio ambiente. Nessa corrida pela industrialização e pelo desenvolvimento, esses países podem estar vulneráveis a investidas por parte de empresas que prejudiquem o meio ambiente por diversos motivos.

Há de se observar que os países da América Latina, em sua maioria, têm economias frágeis e necessitam de investimentos privados de empresas, por vezes estrangeiras, para alavancarem o seu desenvolvimento econômico, o que é vantajoso para a economia dos países e para a população local. Ocorre que essa fragilidade econômica pode fazer com que os governos desses países flexibilizem cada vez mais as normas ambientais, numa espécie de “concorrência negativa” para atrair investimentos dessas empresas, na qual um país disputa com o outro qual flexibiliza mais as suas regras de proteção ambiental.

Como observado, os países da América Latina enfrentam um problema comum. Sem a atuação “em rede” desses países, a região pode presenciar uma espécie de “leilão” da destruição do meio ambiente. Nesse cenário, grandes empresas teriam a possibilidade de exigir uma flexibilização indevida em matéria ambiental de certo país, com a ameaça de migrar para outro país caso aquele governo não aceite as condições.

Na esteira do constitucionalismo transformador e do *Ius Constitutionale Comune* na América Latina (ICCAL), é presumível que uma atuação coesa e coordenada desses países, com premissas e *standarts* comuns poderia se constituir em um potente instrumento de dissuasão de violadores de direitos humanos. A partir desse contexto, é possível concluir a importância da afirmação de um “constitucionalismo em rede”.

20 CAVALHEIRO, Larissa Nunes; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Nomos. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 34 n. 1 (2014): jan./jun. 2014.

Campos Mello define constitucionalismo em rede como a “produção do direito por meio da interação entre múltiplos atores e ordens jurídicas”²¹, no qual esses atores “se engajam em um exercício contínuo de mútua observação, intercâmbio e diálogo, por meio do qual logram construir compreensões comuns acerca do alcance de determinados direitos”²². A autora elenca cinco funções do constitucionalismo em rede, as quais trabalharemos a seguir sob a ótica da defesa do meio ambiente na América Latina²³.

A primeira função do constitucionalismo em rede é a *função informacional*, que consiste na troca de experiências de cada um dos países, apoio técnico mútuo e “investigar se outros atores da mesma rede enfrentam discussões semelhantes”²⁴. Assim, os atores da América Latina envolvidos podem compartilhar como enfrentaram casos difíceis passíveis de serem vivenciados pelos outros atores. Essa troca de informações não precisa se restringir a situações experimentadas em ações judiciais ou de enfrentamento de casos concretos. A própria experiência constitucional e social na proteção do meio ambiente é passível de compartilhamento.

É possível citar como exemplo a nova Constituição equatoriana, que tem uma abordagem singular no tratamento conferido ao meio ambiente em relação às constituições em geral. Com a referida Carta, a natureza adquiriu *status* de sujeito de direito, incorporando uma cosmovisão indígena. A Constituição chega a referir-se à natureza como *Pacha Mama*, ou Mãe-Terra²⁵.

A *função dialógica*, segunda função do constitucionalismo em rede, é a forma como as cortes de cada país se comportam em relação ao direito internacional e ao direito interno comparado, que “pode ser de resistência, de convergência ou de engajamento argumentativo”²⁶.

21 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, ago. 2019.

22 MELLO, Patrícia Perrone Campos; PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes. Constitucionalismo em Rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. 2019. No prelo. Citado em: MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, ago. 2019.

23 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, ago. 2019.

24 *Ibid.*

25 Redação do Preâmbulo e dos arts. 71-74 da Constituição do Equador:

PREÂMBULO

NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador

RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,

CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,

[...]

Capítulo séptimo

Derechos de la naturaleza

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

[...]

26 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius*

Uma corte pode adotar postura de resistência quando desconsidera a existência ou não aplica institutos e julgados de outras ordens jurídicas nos seus julgamentos. Por sua vez, há uma postura de convergência quando uma corte de maneira expressa utiliza o direito internacional e julgados de outras ordens para fundamentar suas decisões²⁷.

Por fim, há engajamento argumentativo de uma corte quando esta utiliza julgados de direito comparado ou o direito internacional como elementos argumentativos para a construção de suas decisões, o que não significa que esta deva decidir necessariamente conforme esses elementos, mas implica que a sua não observância requer maior robustez na fundamentação.²⁸

No âmbito do direito ambiental, em especial para os fins almejados neste trabalho, a *função dialógica* é de grande importância. Primeiro porque o meio ambiente tem problemas universalmente similares, sem desconsiderar, é claro, a particularidade da América Latina e de cada país individualmente. Ocorre que o enfrentamento universal (e regional) de problemas similares tornou fecunda a criação de princípios jurídicos, *standarts* universais e julgamentos de ações semelhantes.

Ao se analisar a resposta judiciária de determinado país frente a grandes empresas que violam o meio ambiente, um comportamento de resistência de uma corte incluir no debate o direito internacional ou o direito comparado é um elemento de avaliação importante. Por outro lado, um engajamento argumentativo de uma corte demonstraria, em tese e preliminarmente, o seu compromisso com a proteção do meio ambiente e em adaptar *standarts* internacionais às características daquele sistema jurídico, social, econômico e ecológico.

Outra função do constitucionalismo em rede é a *definição de standarts*. Fruto das funções informacional e dialógica, é natural que, com o passar do tempo, sejam criados *standarts* mínimos de proteção em comum àquela rede de países²⁹. Esses padrões mínimos adquirem caráter customizado à realidade da região em que existe a rede, no caso, à América Latina. Abre-se, então, a partir da função definidora de *standarts*, a possibilidade do estudo, criação e adoção de critérios que sejam mais próximos à realidade daquela região, levando em consideração o seu contexto específico.

É recorrente importar dos chamados países do Norte estudos, padrões e conclusões a respeito de diversas temáticas, o que é de esperável, tendo em vista que os países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), apelidada de “clube dos países ricos”, são responsáveis por 94% da literatura científica indexada³⁰. Contudo, em matéria de governança e proteção ambiental, a *customização*

Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, ago. 2019.

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

30 ESTY, Daniel C. and IVANOVA, Maria H., “Global Environmental Governance: Options & Opportunities” (2002). Forestry & Environmental Studies Publications Series. 8, p. 54. Disponível em: <<https://elischolar.library.yale.edu/fes->

de *standarts* é e grande relevância. É notório que o contexto social, econômico e cultural impacta a proteção aos direitos humanos em geral. Mas, em relação ao meio ambiente existe, ainda, um elemento adicional: a diferença dos ecossistemas entre países do Norte e do Sul.

A partir dessa divisão entre Norte e Sul que, com algumas exceções divide o mundo em países desenvolvidos ou não-desenvolvidos, é possível concluir que a utilização de *standarts* produzidos pelo Norte podem não se adequar com a mesma precisão em países do Sul. Isso porque os países desenvolvidos se localizam principalmente em áreas de clima e ecossistema temperado e ártico, enquanto os países não-desenvolvidos têm a sua localização precipuamente em regiões com ecossistemas subtropicais ou tropicais³¹.

Existe, ainda, a *função motivacional*. Uma vez consolidados determinados direitos em parte dos países integrantes de determinada região, outros países são compelidos a adotar os mesmos *standarts* para não serem vistos como ordens menos evoluídas ou atrasadas³². Além do aspecto reputacional propriamente, os países integrantes podem ser compelidos a implementar os *standarts* mínimos para que não sejam preteridos em eventuais acordos e negociações comerciais.

Por fim, existem as funções de *monitoramento e cooperação recíprocos*³³ que, em matéria ambiental, merecem ser bastante exploradas. É possível que essas duas funções sejam utilizadas de modo específico para um ecossistema específico que transpasse as fronteiras nacionais. É concebível, portanto, notar a utilidade prática em busca da efetividade da proteção ao meio ambiente através da abordagem do constitucionalismo em rede, em especial na América Latina, com potencial fortalecimento e apoio mútuo dos atores engajados e a criação de uma sistemática própria que atenda as especificidades dessa região, sem ignorar as contribuições globais ou esconder os problemas locais.

4 | SUPREMA CORTE ARGENTINA E O DIREITO AMBIENTAL ARGENTINO

A Carta Constitucional argentina é uma das mais antigas da América Latina. Promulgada em 1853, coexistiu com regimes democráticos e autoritários e está em vigor até os dias atuais, tendo passado por duas importantes reformas em 1860 e em 1994, e outras reformas menores nos anos de 1866, 1898 e 1957³⁴.

O texto original da Constituição de 1853 já continha a previsão de um Corte Suprema de Justiça composta por nove juízes e dois fiscais. Contudo, tal previsão restou inócua, pois “*así pasaron los años, vacíos y deslucidos, para el Alto Tribunal de la Confederación.*”

-pubs/> Acesso em 09 mar 2020.

31 *Ibid.*

32 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o lus Constitucionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, ago. 2019.

33 *Ibid.*

34 SAGÜÉS, Néstor Pedro. Manual de derecho constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, p. 125.

La actuación de sus miembros, como vocales de la Cámara de Justicia del territorio federalizado, no ha dejado rastros que recomienden ni su erudición ni su laboriosidad”³⁵.

Finalmente, a reforma constitucional de 1960 establece que o Poder Judiciário seria exercido por uma Corte Suprema de Justiça e pelos tribunais inferiores, tendo o texto forte influência da Constituição dos Estados Unidos³⁶. A Lei 27, de 13 de outubro de 1862 organizou a Corte com cinco juízes e um Procurador-Geral, e foi formalmente instalada em 15 de janeiro de 1863³⁷. Após alterações na composição e atribuições no decorrer da sua história, hoje a Corte conserva o número de cinco juízes, decide por maioria absoluta de seus membros³⁸.

Ao lado da evolução do direito constitucional e do Poder Judiciário argentino, nasceu e se desenvolveu o direito ambiental naquele país. É possível, para fins didáticos, dividir esse desenvolvimento em quatro etapas: a regulação estática dos recursos naturais, o tratamento dinâmico do meio ambiente, a reforma constitucional de 1994, e a elaboração das normas de requisitos mínimos³⁹.

Na primeira etapa, várias leis de âmbito nacional e provincial regularam de os recursos naturais de forma independente, e em 1886 entrou em vigor o Código de Mineração da Nação. Posteriormente, várias leis nacionais regularam outros recursos naturais até a década de 1970, com destaque para a Lei Nacional 2.797/1891, que foi a primeira a tratar do meio ambiente na Argentina⁴⁰.

A partir de 1972, começa a segunda etapa da evolução do direito ambiental argentino, a partir da inspiração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, também conhecida como Conferência de Estocolmo. Depois de 1982, a temática ambiental começa a ganhar mais força na Argentina, a partir do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), inclusive com positivação em normais provinciais⁴¹.

Outro marco importante foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como Eco-92, ou simplesmente Rio 92, na qual a “ Argentina participo del mismo incrementando el proceso de inserción de la dinámica ambiental em su derecho positivo, y adotando varios acuerdos internacionales en la matéria”⁴². Em 1993 a Argentina aprova o Pacto Federal Ambiental⁴³.

A terceira etapa ocorreu a partir de 1994, com grande destaque para a reforma constitucional que incluiu na Constituição argentina o direito ao meio ambiente. Foram

35 ZAVALÍA, Clodomiro. Historia de la Corte Suprema de Justicia. Buenos Aires, 1920, p. 48.

36 SOLA, Juan Vicente. Derecho Constitucional. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2006, p. 282.

37 *Ibid.*

38 BRANDÃO, Rodrigo (org.). Cortes Constitucionais e Supremas Cortes. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 34-35.

39 NONNA Silvia, DENTONE José, WAITZMAN Natalia. Ambiente y Residuos Peligrosos. Buenos Aires: Estudio, 2011, Cap. I.1.

40 NONNA Silvia, DENTONE José, WAITZMAN Natalia. Ambiente y Residuos Peligrosos. Buenos Aires: Estudio, 2011, Cap. I.1.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 *Ibid.*

incorporados ao texto constitucional “*temas trascendentales como los presupuestos mínimos de protección al ambiente, el uso racional de los recursos naturales, la recomposición de daño ambiental, la educación e información ambientales, la protección de la biodiversidad [...]*”⁴⁴.

Apesar da reforma constitucional ter sido um passo fundamental para a consolidação dos direitos de terceira geração e da constitucionalização dos direitos humanos, “*esto no implica haberlo logrado y necesitamos seguir trabajando para consolidar valores que apuntan a la equidad, a la solidaridad, la cooperación en el marco de un plexo normativo complejo que requiere de consensos y participación*”⁴⁵.

Também tem bastante relevância a disciplina que a Constituição argentina passa a dar após a reforma constitucional de 1994 à incorporação no ordenamento jurídico interno dos tratados internacionais. Assim, de acordo com o seu art. 75, inciso 22, “enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional”⁴⁶.

Por fim, a quarta etapa de desenvolvimento do direito ambiental argentino é a criação de “*leys de presupuestos mínimos*” em matéria ambiental⁴⁷. Pode-se conceituar “*presupuestos mínimos*” como “*normas de base, umbral, comunes – en el sentido que constituyen denominador común-, sobre las cuales se va a construir el edificio total normativo de la tutela ambiental en la Argentina, de organización federal*”⁴⁸.

Assim, foram editadas as seguintes leis de requisitos mínimos:

“Ley 25.612 Presupuestos Mínimos para la Gestión Integral de los Residuos

Industriales y de Actividades de Servicio

- Ley 25.670 Presupuestos Mínimos para la Gestión y Eliminación de PCBs

- Ley 25.675 Presupuestos Mínimos para la Gestión Sustentable y Adecuada del Ambiente

- Ley 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas

- Ley 25.831 Información Pública Ambiental

- Ley 25.916 Gestión de Residuos Domiciliarios

44 NONNA, Silvia. DENTONE, José. WAITZMAN, Natalia. Ambiente y Residuos Peligrosos. Buenos Aires: Estudio, 2011, Cap. I.1.

45 NONNA Silvia. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 14 /Nº 47, 2017.

46 PIOVESAN, Flávia. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 8, n. 2, 2017, p. 1374-1375.

47 NONNA Silvia, DENTONE José, WAITZMAN Natalia. Ambiente y Residuos Peligrosos. Buenos Aires: Estudio, 2011, Cap. I.1.

48 *Ibid*, Cap. I.4.

- Ley 26.331 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos

- Ley 26.562 Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Control de las Actividades de Quema

- Ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial⁴⁹

Portanto, do ponto de vista do direito positivo, a Argentina está em um estágio avançado de desenvolvimento da legislação de proteção ambiental, tanto em âmbito dos tratados de direito internacional, como no texto constitucional, incluindo também a atividade legislativa de âmbito nacional e provincial.

5 | ESTUDO DE CASOS DE VIOLAÇÃO AO MEIO AMBIENTE POR EMPRESAS NA ARGENTINA

Dentro do escopo do presente trabalho, foi realizada pesquisa de jurisprudência da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*. Como recorte metodológico, foi enviada busca de julgamento ocorridos no ano de 2019 e que tratavam de violação do meio ambiente por empresas ou mesmo de ações judiciais que buscavam reduzir a proteção ambiental na Argentina através da contestação da constitucionalidade de leis protetivas ou de atos protetivos do Poder Executivo⁵⁰. Como resultado da pesquisa, foram selecionados dois julgados que serão analisados a seguir.

O primeiro julgado data de 26 de fevereiro de 2019, CSJ 1432/2017⁵¹, e trata de uma ação de amparo ambiental coletivo⁵². O objeto da ação é que seja assegurado o acesso a água potável em quantidade e qualidade suficientes a toda a população da cidade de Caleta Olivia, que estariam em uma emergência ambiental. Requer ainda que seja proibida a atividade de exploração de petróleo nas províncias de Santa Cruz e Chubut até que haja a certificação estatal de que essas atividades não contaminem a água para consumo humano.

Postula também a autora que seja ordenada a tomada de diversas providências

49 *Ibid*, Cap. I.1.

50 Foi realizada busca no sítio eletrônico da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* <<https://www.csjn.gov.ar/>>. Como buscas mais refinadas retornavam com poucos ou nenhum resultado para o período de 1º/1 a 31/12/2019, foi realizada a consultada utilizando apenas o vocábulo “*medio ambiente*”, ao qual retornaram 12 julgados. Após a leitura desses 12 julgados, verificou-se que apenas dois se moldavam perfeitamente ao recorte metodológico, nos demais processos, ou a Corte declinou da competência, ou tratou de outras questões. Portanto, esse levantamento não tem natureza estatística.

51 ARGENTINA, República. Corte Suprema de Justicia. CSJ 1432/2017. López, María Teresa c/ Santa Cruz, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/ amparo ambiental.

52 São partes María Teresa López, representando a população de Caleta Olivia, Provincia de Santa Cruz, contra o Estado Nacional – Poder Ejecutivo, a Provincia de Santa Cruz – Ministerio de Economía y Obras Públicas, y Dirección Provincial de Recursos Hídricos–, a Provincia do Chubut –Ministerio de Ambiente y Control de Desarrollo Sustentable–, o Municipio de Caleta Olivia, Servicios Públicos Sociedad del Estado (SPSE), Sociedad Cooperativa Popular Limitada de Comodoro Rivadavia, YPF SA, Sinopec Argentina SA y Pan American Energy AS.

de infraestrutura relativa a esgotos, lixões a céu aberto, dentre outras. Aponta, por fim, diversas omissões do poder público e das empresas petrolíferas. Solicita, ainda, que a Corte Suprema adote medida cautelar de urgência para que seja implementado um serviço de distribuição gratuita de água potável para a cidade de Caleta Olivia, para que sejam interrompidas as atividades de exploração petrolífera até que haja a certificação referida, e que seja estabelecido prazo para que o Município de Caleta Olivia implemente um plano de contingência para os serviços de coleta de resíduos urbanos e tratamento de esgoto.

O relator do julgado aponta que a ação requer a interferência do Poder Judiciário em outros Poderes da União para assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos. Ressalva que não se trata de uma omissão indevida do Poder Judiciário, pois este tem como único interesse tutelar direitos ou suprir omissões quando esses direitos podem estar sendo violados.

Invoca o relator, as atribuições da Corte de guardião das garantias constitucionais, ao passo que fundamenta as medidas a serem determinadas pela Corte na Lei Geral do Ambiente, que confere ao Juiz poderes instrutórios no processo, com a finalidade de proteger o interesse público.

Em seguida, o relator afirma a interessante tese de que a Corte pode adotar medidas preliminares anteriormente à definição da sua competência sempre que os fatos as justificarem. Cita os seguintes precedentes: *“Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro”, Fallos: 330:111*; *“Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro”, Fallos: 339:915, entre otros)*”.

Conclui o julgado determinando diversas medidas preliminares, sem adotar, contudo, as medidas cautelares postuladas pela autora. As medidas preliminares consistiram em determinações para os órgãos e entes públicos que figuram no polo passivo da ação encaminhem diversas informações, realizem fiscalizações e avaliem a qualidade da água, dentre outras providências no prazo de 30 dias. Não consta do julgado nenhuma medida preliminar de providência das empresas petrolíferas.

O segundo julgado é de uma ação declaratória de inconstitucionalidade, CSJ 140/2011 (47-B)/CS1⁵³, tendo como partes a Barrick Exploraciones Argentinas S.A. contra o Estado Nacional. A autora, que é uma empresa mineradora, postula que seja declarada a nulidade, ou subsidiariamente a inconstitucionalidade da Lei 26.639, que estabeleceu o Regime de Requisitos Mínimos para a Preservação dos Glaciais e o Ambiente Periglacial, ou simplesmente Lei dos Glaciais.

A autora sustenta o seu pedido de anulação da norma, em síntese, em um vício do processo legislativo. Sustenta que o Senado, ao receber o projeto de lei reenviado pela Câmara dos Deputados (o projeto foi de iniciativa do Senado) suprimiu um artigo que havia sido acrescentado por aquela Casa, em desrespeito ao Regimento Interno do Senado, e

53 ARGENTINA, República. Corte Suprema de Justicia. CSJ 140/2011 (47-B)/CS1. Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

que por isso deveria ser anulada a Lei em sua totalidade.

Quanto ao suposto vício formal, o relator primeiro pondera a jurisprudência consolidada da Corte em respeitar, em homenagem à separação dos Poderes, as decisões tomadas pelo Parlamento e pelo Presidente da Nação no processo legislativo, podendo a Corte intervir apenas quando desrespeitados elementos mínimos e indispensáveis. Concluiu que, ao analisar o caso concreto, verifica-se que a supressão do artigo realizada pelo Senado não violou requisitos essenciais e indispensáveis.

Quanto ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da norma, a Corte decidiu que a ação carece de interesse de agir, tendo em vista que, como demonstrado no processo, a autora não demonstrou que a Lei de Glaciais lhe causa um prejuízo direto ou um temor substancial de violação de um direito. Isso porque a Argentina não adota o controle abstrato de constitucionalidade, prestando jurisdição apenas em controle concreto.

Curiosamente, participou também do processo a Província de San Juan, postulando também a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Glaciais porque esta supostamente trata o tema de maneira excessiva, não apontando requisitos mínimos senão requisitos máximos de proteção. É dizer que a província sustenta a inconstitucionalidade norma por “proteger demais”, e, por isso, a Nação (a Lei é nacional) estaria usurpando a competência da Província.

A Corte entendeu que faltou interesse de agir da província, sustentando que esta utilizou argumentos genéricos e não demonstrou um prejuízo concreto, apenas apresentando estudos e planos de mineração. Desse modo, a Corte Suprema rejeitou as demandas da empresa e da Barrick Exploraciones Argentinas S.A. e da Província de San Juan.

Da leitura dos dois julgados, pode-se tomar alguns apontamentos. Evidentemente, as conclusões se restringem aos julgamentos em análise, em razão do caráter diminuto e exemplificativo da amostra em análise. Contudo, foram escolhidos aparentemente os dois julgamentos mais importantes da Corte Suprema Argentina em matéria ambiental no ano de 2019. Nos dois julgados analisados não foi utilizado na fundamentação da decisão, ou ao menos citado, precedente de outra Corte de ordem jurídica distinta, nem da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Portanto, nesses dois acórdãos, não se verificou qualquer citação expressa que pudesse se enquadrar o conceito que trabalhamos de constitucionalismo em rede.

Entretanto, embora desejável a utilização do direito comparado ou do direito internacional de maneira expressa, não é possível concluir que o sistema jurídico argentino, ou a Corte Suprema da Argentina, não adotou, repita-se, nesses julgados, *standarts* mínimos de proteção ambiental. A razão dessa afirmação é a internalização por meio do direito positivo de muitos desses *standarts* e princípios, em especial a partir de 1994.

Já foi exposto nesse trabalho que a reforma constitucional de 1994 incorporou ao texto da Constituição argentina regras e princípios de proteção ao meio ambiente alinhados com

o direito internacional e com o direito constitucional comparado. No período subsequente, foram promulgadas diversas leis com *standarts* mínimos de proteção ambiental também inspirados no direito internacional e no direito interno de outros países, as chamadas “*Leys de presupuestos mínimos*”. E, conforme apontado, essas normas constitucionais e legais foram amplamente utilizadas para fundamentar os julgados.

No primeiro julgado, a Corte tomou providências preliminares para apurar a veracidade das informações apresentadas pela autora antes mesmo de determinar a sua competência, e fixou o prazo razoável de 30 dias para que as informações e os estudos fossem apresentados.

O segundo julgado apresenta uma situação bastante peculiar por diversos motivos. O primeiro deles é que empresas de exploração de petróleo agiram de maneira prévia a eventual ação de degradação ao solicitar jurisdição antes de eventual atividade de exploração que viesse a desatender a Lei de Glaciais. Sustentam vícios formais do processo legislativo para a anulação da norma e, subsidiariamente, postulam a declaração de inconstitucionalidade (material).

Outro ponto importante é que, ao se manifestar no processo, a Província de San Juan também postulou a inconstitucionalidade da norma sustentando que o Legislativo Nacional havia invadido competências provinciais ao legislar de maneira que, no entendimento da Província, e em outras palavras, protegia o meio ambiente não de maneira mínima, mas máxima, não restando campo para atuação provincial.

Esse ponto pode demonstrar que os governos regionais, provinciais, estaduais, cantonais, a depender da divisão política do país a que se estude, são mais vulneráveis aos interesses econômicos de grandes empresas do que o governo nacional.

Nesse segundo julgado, a Corte Suprema utilizou de precedentes próprios e de instrumentos processuais para não analisar a matéria, o que foi favorável à proteção do meio ambiente, tendo em vista que a ação buscava a retirada de uma lei ambientalmente benéfica do sistema jurídico. Contudo, perdeu-se também a oportunidade de reafirmar os *standarts* mínimos de proteção ambiental.

Desse modo, embora diminuta a quantidade de casos em análise, esse número reduzido também proporcionou uma análise um pouco mais extensiva dos julgados. Foi possível verificar, portanto, em relação apenas aos julgados citados, a importância da internalização de *standarts* ambientais no direito interno, possível maior vulnerabilidade de governos regionais (em comparação às esferas federais) aos interesses de grandes empresas, bem como a utilização de mecanismos processuais para barrar possíveis discussões com potencial ruim à proteção do meio ambiente. Essas questões levantadas aqui podem e merecem ser aprofundadas em outros trabalhos com viés estatístico.

6 | CONCLUSÃO

A América Latina está imersa no movimento constitucional que procura traduzir em realidade as promessas feitas pelas novas constituições ou reformas constitucionais dos países latino-americanos após vários destes saírem de regimes autoritários. O constitucionalismo transformador, portanto, é objeto de maior esperança entre os latino-americanos para a concretização de diversos direitos, no cenário de profunda desigualdade social em que vivem.

A formação de um *Ius Constitutionale Comune* na América Latina (ICCAL) agrega ao debate do constitucionalismo transformador na medida em que procura integrar os diversos países da região para forjar bases comuns de proteção aos direitos humanos, uma vez que esses países têm em comum muitas das mazelas sociais que também têm muitas causas comuns.

Dentro desse contexto, pode-se concluir que o desenvolvimento de um constitucionalismo em rede na América Latina é fundamental para a criação e manutenção de *standarts* jurídicos mínimos de proteção aos direitos humanos, e em especial à proteção do meio ambiente, através das suas diversas funções.

Também é possível concluir que a Argentina absorveu no seu direito interno diversos *standarts* mínimos de proteção ambiental especialmente do direito internacional, tanto em âmbito constitucional como legal. O país aderiu a diversos tratados e convenções internacionais sobre a temática. Desse modo, o direito positivo argentino está em um estágio desejável em relação ao direito ambiental, especialmente após a reforma constitucional de 1994 e a criação de diversas leis de requisitos mínimos ambientais.

Da análise dos julgados da Corte Suprema da Argentina, respeitado o recorte e viés metodológico, é possível levantar algumas hipóteses que podem ser exploradas em outros trabalhos. Uma delas é a possível maior vulnerabilidade de governos regionais e locais, frente a governos nacionais, em flexibilizar *standarts* de proteção ambiental a fim de atrair maiores investimentos privados. Outra hipótese é a utilização pelo Judiciário de mecanismos processuais para se evitar discussões que possam vulnerar tais *standarts*.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA, República. Constitución de La Nación Argentina. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em 11 abr. 20.

ARGENTINA, República. Corte Suprema de Justicia. CSJ 1432/2017. López, María Teresa c/ Santa Cruz, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/ amparo ambiental.

ARGENTINA, República. Corte Suprema de Justicia. CSJ 140/2011 (47-B)/CS1. Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. Revista Publicum. Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36. <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>>. Acesso em 12 mar 20.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Comune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015, p. 13. BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Comune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Comune na América Latina. Uma reflexão sobre o constitucionalismo transformador. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

BRANDÃO, Rodrigo (org.). Cortes Constitucionais e Supremas Cortes. Salvador: Juspodivm, 2017.

CAVALHEIRO, Larissa Nunes; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. Nomos. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 34 n. 1 (2014): jan./jun. 2014.

ESTY, Daniel C. and IVANOVA, Maria H., "Global Environmental Governance: Options & Opportunities" (2002). Forestry & Environmental Studies Publications Series. 8, p. 54. Disponível em: <<https://elischolar.library.yale.edu/fes-pubs/>> Acesso em 09 mar 2020.

GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). 1st ed., Katz Editores, 2014.

HARARI, Yuval (2018). 21 lessons for the 21st century. New York: Spiegel & Grau, 2018. Tradução de Paulo Geiger. 21 lições para o século 21. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, ago. 2019.

NONNA Silvia, DENTONE José, WAITZMAN Natalia. Ambiente y Residuos Peligrosos. Buenos Aires: Estudio, 2011.

NONNA Silvia. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Año 14 /Nº 47, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 8, n. 2, 2017.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Manual de derecho constitucional. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

SOLA, Juan Vicente. Derecho Constitucional. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2006.

ZAVALÍA, Clodomiro. Historia de la Corte Suprema de Justicia. Buenos Aires, 1920.

CAPÍTULO 8

DIREITO ANIMAL SOB A PERSPECTIVA DO CONGRESSO NACIONAL: PANORAMA DOS PROJETOS DE LEI VERSANDO SOBRE MAUS-TRATOS ANIMAIS

Data de aceite: 01/03/2021

Arthur Henrique de Pontes Regis

Faculdade Processus
Brasília - DF

Faculdade Sena Aires (FACESA)
Valparaíso de Goiás - GO

<http://lattes.cnpq.br/6833659805726329>

RESUMO: O Direito Animal brasileiro apresenta-se em fase de consolidação da sua autonomia acadêmica e expansão doutrinária, destacando-se como seus pilares a proibição constitucional da prática de crueldade (inciso VII, do § 1º, do artigo 225, da Constituição Federal) e a vedação aos maus-tratos (artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais). Por sua vez, o Poder Legislativo configura-se como importante palco para a evolução da matéria. No século XXI, houve um aumento da produção legislativa no Congresso Nacional, impulsionada pelos anseios da sociedade, assim como pela instauração da Frente Parlamentar em Defesa dos Animais e pela criação da Comissão Parlamentar de Inquérito (destinada a investigar os fatos determinados como maus-tratos animais), ambas na Câmara dos Deputados. Nesse contexto, realizou-se pesquisa exploratória no banco de dados do Congresso Nacional, buscando-se proposições versando sobre a questão de maus-tratos animais. Identificou-se dezenas de propostas legais na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. As propostas legislativas possuem fundamentos múltiplos em suas justificativas, podendo-se destacar o reconhecimento de que a

pena de maus-tratos é muito branda e, portanto, serviria como um estímulo à impunidade; e a reprovação da sociedade para a prática de atos vis contra os animais (em especial os animais de estimação). Os resultados obtidos demonstram uma preocupação do Poder Legislativo em normatizar as múltiplas formas da prática de maus-tratos, criar instrumentos para sua melhor fiscalização e aumentar a pena imposta, em reconhecimento (implícito ou explícito) da senciência animal, em alinhamento à crescente conscientização da população em relação à questões animais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Animal; Senciência; Maus-tratos; Congresso Nacional.

ANIMAL RIGHTS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE NATIONAL CONGRESS: OVERVIEW OF DRAFT LAWS DEALING WITH ANIMAL MISTREATMENTS

ABSTRACT: Brazilian Animal Rights is in a phase of consolidation of its academic autonomy and doctrinal expansion, with the constitutional prohibition of cruelty being highlighted as its pillars (item VII, of § 1, of article 225, of the Federal Constitution) and the prohibition of mistreatment (article 32 of the Environmental Crimes Law). In turn, the Legislative Power is configured as an important stage for the evolution of the matter. In the 21st century, there was an increase in legislative production in the National Congress, driven by the wishes of society, by the establishment of the Parliamentary Front in Defense of Animals and the creation of the Parliamentary Commission of Inquiry (aimed at

investigating the facts determined as animal mistreatment), both in the Chamber of Deputies. In this context, exploratory research was carried out in the database of the National Congress, seeking proposals addressing the issue of animal mistreatment. Dozens of legal proposals have been identified in the Chamber of Deputies and the Federal Senate. The legislative proposals have multiple grounds in their justifications, highlighting the recognition that the penalty of mistreatment is very lenient and, therefore, would serve as a stimulus to impunity and the disapproval of society for the practice of vile acts against the animals (especially pets). The results obtained demonstrate a concern of the Legislative Power to standardize the multiple forms of the practice of mistreatment, create instruments for its better inspection and increase the penalty imposed, in recognition (implicit or explicit) of animal sentience, in alignment with the growing awareness of population in relation to animal issues.

KEYWORDS: Animal Rights; Sentience; Mistreatment; National Congress.

O Direito Animal brasileiro apresenta-se em fase de consolidação da sua autonomia acadêmica e expansão doutrinária, destacando-se como seus pilares a proibição constitucional da prática de crueldade (inciso VII, do § 1º, do artigo 225, da Constituição Federal) e a vedação aos maus-tratos disposta no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998) (ATAIDE JUNIOR, 2018; CASTRO, 2006), respectivamente:

Art. 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:

[...]

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, 1988).

Art. 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 (BRASIL, 1998).

Há sobre a matéria, no que tange a vedação da prática de maus-tratos, de abuso

e de crueldade, a Resolução do Conselho Federal de Medicina Veterinária - CFMV nº 1.236/2018 que “define e caracteriza crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados, dispõe sobre a conduta de médicos veterinários e zootecnistas e dá outras providências” (BRASIL, 2018).

Existe ainda uma série de decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal – STF, vedando supostas práticas culturais que resultam em crueldade, abuso ou maus-tratos aos animais. Exemplificativamente: o Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC que reconheceu como cruel a prática da ferra do boi (BRASIL, 1997); a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.514-7/SC, na qual reconheceu-se a prevalência da vedação aos maus-tratos em relação à briga de galo (BRASIL, 2005); na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.776-5/RN e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ a Corte Suprema ratificou o entendimento de ser incompatível com o texto constitucional qualquer lei estadual que permita o combate entre aves (BRASIL, 2007; BRASIL, 2011); e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE firmou-se o entendimento segundo o qual a vaquejada é lesiva aos animais (equinos e bovinos) e decidiu-se pela vedação da prática (além de ter ocorrido, de forma inédita por um tribunal brasileiro, o reconhecimento explícito da senciência animal) (BRASIL, 2016).

Por seu turno, histórica e cronologicamente, a primeira norma brasileira a regular e proteger os animais foi o Decreto nº 16.590/1924 (que proibia, nas casas de diversões públicas, as corridas de bovinos, brigas de aves, e toda e qualquer diversão que resultasse em maus-tratos aos animais) (BRASIL, 1924).

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 24.645/1934 determinou que todos os animais (definidos no seu artigo 17 como “todo ser irracional, quadrupede ou bípede, doméstico ou selvagem, exceto os daninhos”) existentes no país fossem tutelados pelo Estado (BRASIL, 1934) e o Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais) que tipificou como contravenção penal a crueldade contra animais:

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.

§ 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 (BRASIL, 1941).

Atualmente vigente, a principal norma em relação à punição aos maus-tratos aos

animais é a Lei nº 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), que tornou ainda mais severa a pena para a citada prática lesiva aos animais e ao meio ambiente como um todo (BRASIL, 1998).

Por sua vez, sobre a questão dos maus-tratos, no século XXI, houve um aumento de produção legislativa no Congresso Nacional, impulsionada por pressões populares, bem como pela instauração da Frente Parlamentar em Defesa dos Animais (em setembro de 2011) e pela criação da Comissão Parlamentar de Inquérito (em julho de 2015), destinada a investigar os fatos determinados como maus-tratos de animais, ambas na Câmara dos Deputados (REGIS, 2018).

Nesse contexto, realizou-se pesquisa exploratória, até dezembro de 2020, no banco de dados do Congresso Nacional, buscando-se Projetos de Lei (PLs) versando sobre a questão dos maus-tratos aos animais. Na pesquisa, nos campos “ementa” e “indexação”, utilizou-se como indexadores, de forma conjunta, as palavras “maus-tratos” e “animais”, bem como não se consideraram outras propostas legislativas (tais como: encaminhamentos, resoluções e substitutivos).

Não se realizou diferenciação entre os Projetos de Lei com tramitação ativa e os que, por alguma razão, já foram arquivados.

Identificou-se 142 propostas legais na Câmara dos Deputados e 8 proposições legislativas no Senado Federal, totalizando a identificação de 150 projetos de lei, versando sobre diversos aspectos relacionados aos maus-tratos animais, respectivamente:

Câmara dos Deputados	
Proposição	Ementa
PL 5.292/2020	Classifica como crime de maus-tratos a realização de onicectomia.
PL 5.196/2020	Altera da redação do art. 32 da Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 .
PL 4.993/2020	Altera a redação do art. 32 da Lei 9.605 de 1988 para obrigar o agressor a reparar o custo de tratamento e resgate do animal vítima de maus-tratos.
PL 4.864/2020	Obriga os síndicos e administradores de condomínios a comunicar casos de maus tratos contra animais às autoridades competentes.
PL 4.853/2020	Proíbe a comercialização e uso de medicamentos anti-cio em todo o território nacional.
PL 4.438/2020	Altera a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 para estabelecer a obrigatoriedade de comunicação pelos condomínios residenciais aos órgãos especializados, sobre a suspeita ou ocorrência de maus-tratos a animais nas unidades condominiais ou nas áreas comuns aos condôminos.
PL 4.214/2020	Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei de Crimes Ambientais, para tornar mais rígidas as penas previstas para os crimes contra o meio ambiente, além de criminalizar o comércio ilegal de animais por meio da rede internacional de computadores; e a Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, que dispõe sobre a proteção à fauna, para fiscalizar os criadouros autorizados e clubes de caça.
PL 4.206/2020	Proíbe a realização de tatuagens em animais, com fins estéticos.

PL 4.073/2020	Altera o Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 – Lei das Contravenções Penais, para punir maus-tratos a animais domésticos.
PL 3.301/2020	Dispõe sobre a criação de aplicativo para denunciar maus tratos de animais e dá outras providências”.
PL 2.938/2020	Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – Lei de Crimes Ambientais, para impedir a adoção de animais por pessoas que tenham cometido crime de maus-tratos
PL 2.649/2020	Altera a redação da Lei 9.605 de 1988 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências) para acrescentar o art. 32-A e 32-B.
PL 2.540/2020	Altera a redação do art. 32 da Lei 9.605 de 1988 para apenar quem comete maus-tratos contra animais com a finalidade de publicar em redes sociais.
PL 2.475/2020	Dispõe sobre a posse responsável de animais de estimação.
PL 2.234/2020	Altera, o artigo 32 da Lei 9,605 de 12 de fevereiro de 1998 e dá outras providências.
PL 2.122/2020	Altera, o artigo 32 da Lei 9,605 de 12 de fevereiro de 1998 e dá outras providências.
PL 701/2020	Proíbe em todo território nacional a produção de gêneros alimentícios que derivem de processos de alimentação forçada de animais.
PL 476/2020	Tipifica a conduta de abandono de animal, institui causas de aumento de pena e a prevê a sua modalidade culposa.
PL 371/2020	Altera o art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, para aumentar a pena do crime de maus-tratos contra animais
PL 348/2020	Proíbe, em todo o território nacional, a confecção, a importação, a comercialização e o uso de fantasias e adereços confeccionados com pele, couro ou pena de origem animal.
PL 342/2020	Acrescenta o §3º ao art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para estabelecer o aumento de pena no caso de promoção, financiamento ou organização de confronto entre cães.
PL 165/2020	Aumenta as penas cominadas ao crime previsto no art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, institui causas de aumento de pena e tipifica a conduta culposa.
PL 164/2020	Tipifica a conduta de promover, financiar, organizar ou participar de confronto entre animais de que possa resultar lesão, mutilação ou morte, bem como institui causas de aumento de pena
PL 6.600/2019	Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para estabelecer pena de reclusão a quem forçar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, a agredirem-se com vistas ao entretenimento humano.
PL 5.734/2019	Determina remessa de dados e informações aos órgãos responsáveis sobre ocorrências de maus-tratos aos animais.
PL 5.472/2019	Insere qualificadoras no crime de maus-tratos contra os animais, quando deles resultar intenso sofrimento ou morte.
PL 5.391/2019	Altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Lei dos Crimes Ambientais, para estabelecer, aos condenados pelo art. 32, a pena restritiva de direito de prestação de serviços voltada ao bem-estar dos animas.
PL 4.951/2019	Institui a Política Nacional de Incentivo à Proteção Animal e dá outras providências.
PL 4.029/2019	Determina que aqueles que pratiquem o crime de maus-tratos sejam responsabilizados pelo tratamento dos animais.

PL 3.628/2019	Proíbe o sacrifício de aves por meio de trituração, sufocamento, eletrocussão ou qualquer outro método cruel para fins de abate.
PL 3.403/2019	Altera a Lei nº 9.605/1998, para elevar a pena de maus-tratos a animais e dá outras providências.
PL 3.279/2019	Proíbe o uso de chicotes em animais.
PL 3.021/2019	Torna inafiançável o tipo penal do art. 32 da Lei de Crimes Ambientais.
PL 2.950/2019	Dispõe sobre normas gerais de proteção aos animais em situação de desastre e altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais), para tipificar crime de maus-tratos a animais relacionado à ocorrência de desastre, e a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010 (Lei de Segurança de Barragens), para incluir na Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) os cuidados com animais vítimas por desastres.
PL 2.560/2019	Cria o selo “Livres de Crueldade” como forma de certificação oficial aos produtos e marcas que não realizem testes em animais
PL 2.554/2019	Cria o Fundo Nacional de Proteção Animal.
PL 2.448/2019	Dispõe sobre a cassação da inscrição estadual de empresas que provoquem maus-tratos a animais.
PL 2.321/2019	Altera a Lei nº 9.605/1998, para proibir que pessoas jurídicas que cometam o crime de maus-tratos aos animais possam celebrar contratos com a Administração Pública.
PL 2.317/2019	Proíbe a adoção de animais por aqueles que forem condenados pelo crime de maus-tratos de animais.
PL 2.237/2019	Estabelece diretrizes e normas para a garantia de atendimento aos princípios de bem-estar dos animais domésticos e silvestres.
PL 1.993/2019	Proíbe a criação ou manutenção de animais para fins de extração de pele
PL 1.816/2019	Dispõe sobre a obrigação de clínicas e hospitais veterinários, ou estabelecimentos dedicados à higiene e beleza animal notificarem a delegacia de proteção ao meio ambiente quando constatarem indícios de maus-tratos.
PL 1.487/2019	Insera dispositivo na Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967, para proibir a criação de pássaros em gaiola e viveiros.
PL 1.441/2019	Proíbe em todo o território nacional a realização de corridas competitivas com cães ou atividades similares de mesma natureza.
PL 1.218/2019	Torna o jumento (<i>Equus asinus</i>), patrimônio nacional e proíbe o seu abate em todo o território.
PL 1.097/2019	Dispõe sobre a proibição, em todo o território nacional, da utilização de penas e plumas de origem animal para a produção de fantasias e alegorias e dá outras providências.
PL 1.095/2019	Altera a Lei nº 9.605/1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato.
PL 987/2019	Altera o artigo 32 e parágrafos, da lei número 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências
PL 951/2019	Altera a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, para definir como crime hediondo o assassinato em série de animais e a reiteração do assassinato de animais pela mesma pessoa ou pelo mesmo grupo de pessoas.
PL 948/2019	Dispõe sobre a proibição, em todo o território nacional, da utilização de animais para desenvolvimento, experimento e testes de produtos cosméticos, de higiene pessoal, perfumes, limpeza e seus componentes.
PL 928/2019	Dispõe sobre a proibição de comercialização de animais em estabelecimentos do tipo pet shop e similares, bem como estabelece regras a serem seguidas pelos responsáveis por canis, gatis e demais criadouros de animais de estimação destinados à venda.
PL 858/2019	Dispõe sobre a proibição, em todo o território nacional, da venda de animais pela internet e dá outras providências.

PL 753/2019	Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, para proibir o uso de veículo de tração animal.
PL 608/2019	Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para estabelecer a responsabilidade solidária de estabelecimentos comerciais pela prática de abuso ou maus-tratos perpetrada por seus funcionários em suas dependências.
PL 561/2019	Altera o art. 32 da Lei nº 9.605/1998, para aumentar a pena prevista para o crime de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais.
PL 270/2019	Altera o Código de Trânsito Brasileiro e dispõe sobre a proibição do uso de veículos de tração animal em área urbana e a sua substituição por veículo de propulsão humana.
PL 269/2019	Altera a Lei nº 9.605/1998, a fim de agravar a pena do crime de maus-tratos de animais e tipificar o crime de abandono de animais.
PL 60/2019	Determina o registro e a identificação eletrônica de cães, gatos, equinos, muare e asininos por seus proprietários e altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, para tipificar o abandono de animais em vias públicas.
PL 59/2019	Estabelece a obrigação dos estabelecimentos veterinários, quando constatarem indícios de maus tratos nos animais atendidos, comunicar o fato à Polícia Judiciária.
PL 57/2019	Dispõe sobre a proibição da comercialização de animais em pet shops, lojas de rações, lojas agropecuárias e similares, e dá outras providências.
PL 52/2019	Ficam proibidos, em todo o território nacional, zoológicos, aquários e parques públicos e privados que exponham animais silvestres.
PL 51/2019	Dispõe sobre os serviços de higienização e outros serviços que impliquem a guarda de animais de estimação.
PL 48/2019	Cria o serviço de Disque Denúncia de Maus Tratos e Abandono de Animais.
PL 47/2019	Dispõe sobre o monitoramento dos serviços comerciais de banho e tosa de animais domésticos e de pequeno e grande porte.
PL 11.242/2018	Dispõe sobre o serviço de denúncia a maus tratos e abandono contra animais.
PL 11.197/2018	Altera a pena do art. 32 da Lei nº 9.605/1998, para agravar a pena para quem praticar ato de maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestre, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.
PL 11.174/2018	Altera o art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
PL 11.152/2018	Altera o art. 32 da Lei nº 9.605/1998, para igualar as penas de quem maltrata ou mata animal doméstico às de quem maltrata ou mata animal silvestre.
PL 11.132/2018	Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
PL 10.827/2018	Dispõe sobre a criminalização de maus-tratos contra animais.
PL 9.464/2018	Dispõe sobre a exportação de gado vivo e dá outras providências.
PL 9.070/2017	Acrescenta art. 164-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.
PL 8.733/2017	Tipifica o crime de zoofilia.
PL 8.521/2017	Altera a Lei nº 9.605/1998, para majorar a pena dos crimes de maus-tratos aos animais.
PL 8.442/2017	Torna obrigatória a instalação de sistemas de monitoramento em estabelecimentos comerciais destinados à exibição, à higiene, ao tratamento e à estética de animais domésticos.

PL 8.062/2017	Altera a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para estabelecer proibição de sacrifício animal em rituais religiosos.
PL 8.044/2017	Altera o artigo 32 da Lei nº 9.605/1998, para agravar a pena do crime de maus tratos aos animais e tipificar o crime de zoofilia ou bestialidade e altera o art. 1º da Lei nº 8.072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, para tornar hediondo o crime de zoofilia ou bestialidade.
PL 7.264/2017	Dispõe sobre o estímulo ao uso para fins agrícolas e o tratamento digno de asininos e muare em território nacional.
PL 7.099/2017	Dispõe sobre o monitoramento dos serviços comerciais de banho e tosa de animais domésticos e de pequeno e grande porte.
PL 7.022/2017	Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, para proibir o uso de veículo de tração animal.
PL 6.837/2017	Dispõe sobre a criação do Sistema Federal de Proteção Animal (SIFEPA) e da Delegacia Eletrônica de Proteção Animal (DEPA), para a prevenção e repressão de infrações criminais e administrativas contra animais.
PL 6.738/2016	Dispõe sobre a proibição da comercialização de animais nas redes sociais e sites mercantis, bem como em locais de venda de alimentos.
PL 6.553/2016	Dispõe sobre a obrigatoriedade da instalação de sistemas de monitoramento de áudio e vídeo em estabelecimentos comerciais destinados à exibição, ao tratamento, à higiene e à estética de animais domésticos.
PL 6.432/2016	Ficam proibidos, em todo o território nacional, zoológicos, aquários e parques públicos e privados que exponham animais silvestres.
PL 6.331/2016	Estabelece a obrigação dos estabelecimentos veterinários, quando constatarem indícios de maus tratos nos animais atendidos, comunicar o fato à Polícia Judiciária.
PL 4.542/2016	Criação do serviço de Disque Denúncia de Maus Tratos e Abandono de Animais.
PL 4.564/2016	Esta Lei define a conduta de maus tratos praticada contra os animais e estabelece punição.
PLP 313/2016	Altera a Lei Complementar nº 150/2015, para prever demissão por justa causa em caso de maus-tratos a animais domésticos.
PL 3.836/2015	Dispõe sobre o crime de maus-tratos a animais.
PL 2.645/2015	Proíbe a produção e a comercialização de foie gras (fígado de pato ou ganso) e dá outras providências.
PL 2.100/2015	Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.
PL 1.855/2015	Dispõe sobre os serviços comerciais de tosa e banho em cães e gatos.
PL 1.822/2015	Determina o registro e a identificação eletrônica de cães, gatos, equinos, muare e asininos por seus proprietários e altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”, para tipificar o abandono de animais em vias públicas.
PL 1.417/2015	Tipifica condutas praticadas contra cães e gatos, e dá outras providências.
PL 1.359/2015	Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”.
PL 1.051/2015	Aumenta a pena do crime de maus tratos a animais, insere causa de aumento de pena e a forma qualificada do delito.

PL 1.047/2015	Criminaliza condutas praticadas contra cães, gatos, equinos, muares, animais silvestres, exóticos e selvagens, e dá outras providências.
PL 966/2015	Altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 - Lei de Crimes Ambientais, para tipificar como crime a zoofilia.
PL 503/2015	Altera o art. 32 da Lei nº 9.605/1998, para agravar a pena para quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais.
PL 502/2015	Criminaliza condutas praticadas contra cães e gatos, e dá outras providências.
PL 501/2015	Altera o §2º do artigo 32 da Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais decorrentes da prática de atos lesivos à fauna.
PL 110/2015	Altera a pena do art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para agravar a pena para quem maltratar animais.
PL 7662/2014	Proíbe a produção e a comercialização de foie gras (fígado de pato ou ganso) e dá outras providências.
PL 7291/2014	Dispõe sobre os serviços comerciais de tosa e banho em cães e gatos.
PL 7.010/2013	Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para tipificar o crime de abandono de animais.
PL 6.833/2013	Dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de circuito interno de filmagem em “pet shops”.
PL 6.357/2013	Dispõe sobre a proibição do uso de veículos de tração animal em área urbana e a sua substituição por veículo de propulsão humana.
PL 6.113/2013	Proíbe os procedimentos cirúrgicos desnecessários e mutilantes em animais que especifica.
PL 6.069/2013	Altera a pena do art. 32 da Lei nº 9.605/1998, para quem pratica abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação de animais.
PL 5.244/2013	Altera a pena do art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para agravar a pena para quem maltratar animais.
PL 4.586/2012	Cria o Selo Nacional “Brasil sem Maus-Tratos”.
PL 3.676/2012	Institui o Estatuto dos Animais.
PL 3.318/2012	Altera o caput do art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.
PL 3.142/2012	Altera a pena do art. 32 da Lei nº 9.605/1998, para agravar a pena para quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais.
PL 3.141/2012	Altera o art. 32 da Lei nº 9.605/1998, para agravar a pena pela prática de ato de abuso, consistente em maus-tratos ou mutilação de animais, e instituir como causa de aumento de pena do crime de maus-tratos aos animais a prática de atos lesivos à fauna.
PL 2.833/2011	Criminaliza condutas praticadas contra cães e gatos, e dá outras providências.
PL 2.156/2011	Institui o Código Nacional de Proteção aos Animais.
PL 2.086/2011	Dispõe sobre a proibição de perseguições seguidas de laçadas e derrubadas de animal, em rodeios ou eventos similares.
PL 2.004/2011	Altera o art. 32 da Lei nº 9.605/1998.
PL 1.466/2011	Proíbe a utilização de animais selvagens, domésticos ou domesticados, nativos ou não, em espetáculos de circos itinerantes realizados em todo o território nacional.
PL 1.054/2011	Altera o § 1º do art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.”
PL 634/2011	Dispõe sobre a vedação da concessão de patrocínio a eventos que impliquem em atos de abuso, maus-tratos, ferimento, mutilação ou sacrifício, bem como qualquer outro tipo de sofrimento a animais.
PL 606/2011	Acrescenta o § 2º ao art. 19 da Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967.

PL 172/2011	Dá nova redação a pena descrita no art. 32 da Lei nº 9.605/1998.
PL 7.199/2010	Dá nova redação a pena descrita no art. 32 da Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”.
PL 5.956/2009	Proíbe o abate de chinchila (<i>Chincilla lanigera</i>) para comércio de sua pele, no território nacional.
PL 5.952/2009	Restabelece o art. 64, do Decreto Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941, tipificando novamente a conduta de tratar animal doméstico com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo como contravenção penal.
PL 5.407/2009	Aumenta a pena do crime de abuso, maus tratos aos animais silvestres ou tipificados, tornando-os inafiançáveis.
PL 1.158/2007	Dispõe sobre a posse responsável de animais domésticos.
PL 933/2007	Dispõe sobre a utilização de animais em atividades circenses.
PL 679/2007	Consolida a legislação ambiental brasileira.
PL 215/2007	Institui o Código Federal de Bem-Estar Animal.
PL 6.445/2005	Proíbe a utilização de animais em espetáculos circenses ou de qualquer natureza, bem como a entrada no Brasil de companhia circense ou similar estrangeira, caso tenha animais incluídos em suas apresentações.
PL 4.343/2004	Altera a Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, para aumentar a pena de maus tratos animais expostos em espetáculos públicos.
PL 2.789/2003	Dispõe sobre a vedação da concessão de patrocínio a eventos que impliquem em atos de abuso, maus-tratos, ferimento, mutilação ou sacrifício, bem como qualquer outro tipo de sofrimento a animais.
PL 1.667/2003	Altera a Lei nº 5.197, de 1967, que “dispõe sobre a proteção à fauna silvestre e dá outras providências”, e a Lei nº 9.605, de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, para proibir a prática do tiro ao alvo com animais.
PL 5913/2001	Dispõe sobre a proteção aos animais.
PL 4450/2001	Proíbe a utilização de animais em espetáculos circenses.
PL 1.832/1999	Acrescenta parágrafo ao art. 32 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para proibir práticas que, em rodeios, maltratem os animais.
PL 1.531/1999	Acrescenta artigo ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, sobre crueldade contra animais.
PL 4548/1998	Dá nova redação ao caput do art. 32 da Lei nº 9.605, de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”.
PL 2.155/1996	Proíbe favores oficiais a entidades que promovam ou ajudem no sofrimento ou sacrifício físico de animais.
Senado Federal	
Proposição	Ementa
PL 639/2019	Altera o art. 32 da Lei nº 9.605/1998, para tipificar como crime de maus-tratos a conduta do agente público que, injustificadamente, sacrificar animais apreendidos ou deixar de soltá-los em seu habitat.

PL 2.950/2019	Dispõe sobre normas gerais de proteção aos animais em situação de desastre e altera as Leis nos 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais) e 12.334, de 20 de setembro de 2010 (Política Nacional de Segurança de Barragens – PNSB), para tipificar crimes de maus-tratos a animais relacionados a ocorrência de desastres e para incluir os cuidados com animais vitimados por desastres na PNSB.
PLS 358/2018	Proíbe a venda de animais de estimação nas vias de circulação ou em ambiente público fora de estabelecimento comercial.
PLS 470/2018	Altera a Lei nº 9.605/1998, para elevar a pena de maus-tratos e estabelecer punição financeira para estabelecimentos comerciais que concorrerem para esta prática.
PLS 340/2015	Altera o art. 32 da Lei nº 9.605/1998, para aumentar a pena do crime de maus-tratos contra animais.
PLS 396/2015	Altera o art. 32 da Lei nº 9.605/1998, para aumentar a pena do crime de maus-tratos contra animais.
PLS 650/2015	Dispõe sobre a proteção e defesa do bem-estar dos animais e cria o Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Bem-Estar dos Animais (SINAPRA); o Conselho Nacional de Proteção e Defesa do Bem-Estar dos Animais (CONAPRA); altera a redação do art. 2º da Lei no 7.173/1983; altera a redação do art. 32 da Lei no 9.605/1998; acrescenta o § 4º ao art. 1º da Lei nº 11.794/2008, e revoga a Lei nº 10.519/2002.
PLS 631/2015	Institui o Estatuto dos Animais e altera a redação do art. 32 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Quadro 1 - Proposições legislativas no Congresso Nacional

Fonte: Elaboração do autor.

As propostas legislativas possuem fundamentos múltiplos em suas justificativas, podendo-se destacar o reconhecimento de que a pena de maus-tratos é muito branda e, portanto, serviria como um estímulo à impunidade; a crescente reprovação da sociedade para a prática de atos vis contra os animais (em especial os animais de estimação), possuindo como objetivos a proibição da adoção de animais por quem cometeu maus-tratos; a cassação da inscrição estadual de empresas que provoquem maus-tratos a animais; o estabelecimento de notificação compulsória por parte das clínicas e estabelecimentos que manuseiam animais que identificarem maus-tratos; a criação de serviço de denúncia a maus-tratos e abandono de animais etc.

Desse modo, há elementos que permitem inferir uma evolução no contexto da declaração, em 2013, de Deputado Federal, na qual apresentava que a ausência de Políticas Públicas nacionais pode ser explicada em virtude de “políticas públicas de direitos para animais sempre foram tratadas como uma piada na Câmara dos Deputados” (R7, 2013) para a situação da existência de diversos projetos de lei com tramitação ativa e que tratam da questão dos maus-tratos aos animais, demonstrando uma evolução do posicionamento do Congresso Nacional no enfrentamento da questão animal e demonstrando uma evolução da discussão no território brasileiro (REGIS & CORNELLI, 2017).

Nesse contexto, em 2019, houve a apresentação do Projeto de Lei nº 1.095 que resultou na Lei Federal nº 14.064/2020 (BRASIL, 2020), a qual aumenta a pena para quem cometer maus-tratos, ao acrescentar o § 1º-A ao artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais:

Art. 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.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal (BRASIL, 1998).

A Lei Federal nº 14.064/2020 (BRASIL, 2020) é um importante avanço civilizatório, uma vez que cães e gatos são os principais animais que compõem o novo núcleo familiar: a família multiespécie (SEGUIN, ARAÚJO e CORDEIRO NETO, 2016). Some-se que a referida norma também se configura como um avanço na proteção da dignidade animal (cães e gatos) ao estabelecer pena de reclusão de no mínimo dois anos, deixando os maus-tratos de ser considerados infração penal de menor potencial ofensivo (ATAIDE JUNIOR & ATAIDE, 2020).

Entretanto, deve-se destacar que a Lei Federal nº 14.064/2020 (BRASIL, 2020) possui nítido caráter especista ao privilegiar o aumento da pena apenas quando o cometimento de maus-tratos envolver cães ou gatos (diferentemente do que propunha o texto original do Projeto de Lei nº 1.095/2019). Espera-se que, em breve, ocorra a evolução da matéria no Congresso Nacional, resultando em norma que aumente a pena para quem cometer maus-tratos contra qualquer animal.

Acrescente-se que não devem prevalecer, como ocorre com o Projeto de Lei nº 5.952/2009, proposições que objetivam reduzir a pena para quem comete maus-tratos, pelo contrário, deve-se aumentar ainda mais a pena e os instrumentos de fiscalização estatal, visando extirpar tal prática do seio da sociedade brasileira.

Ressalte-se que na presente análise partiu-se do entendimento que o Direito é uma produção humana que normatiza as relações e as interações sociais, estando em um constante processo de evolução, pois sofre pressão e influencia constante dos avanços científicos e dos anseios sociais (REALE, 2010; PEDROSA, 2008), estando o Direito Animal, em especial o Direito Animal brasileiro, em franca evolução (FRANCIONE, 2000; SINGER, 2004; REGAN, 2006; ATAIDE JUNIOR, 2019).

Conclui-se que os resultados obtidos demonstram uma preocupação do Poder Legislativo em normatizar as múltiplas formas da prática de maus-tratos, criar instrumentos

para sua melhor fiscalização e aumentar a pena imposta, em reconhecimento (implícito ou explícito) da senciência animal (SINGER, 2004), assim como em alinhamento à crescente conscientização da população em relação aos animais.

Esta conscientização pública resulta em anseios e pressões políticas perceptíveis pelo Congresso Nacional, que acabam se concretizando na apresentação, pelos parlamentares, de Projetos de Lei sobre a matéria e promovendo avanços no Direito Animal.

REFERÊNCIAS

ATAIDE JUNIOR, Vicente de P. Introdução ao direito animal brasileiro. **Rev Bras Direito Anim.** 2018 Set-Dez;13(3):48–76.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de P. (coord.). **Comentários ao Código de Direito e Bem-estar Animal do Estado da Paraíba**: a positivação dos direitos fundamentais dos animais. Curitiba: Juruá, 2019.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de P.; ATAIDE, Lucas Eduardo de Lara. Comentários sobre o crime qualificado de maus-tratos contra cães e gatos (art. 32, § 1º-A, Lei 9.605/1998). [Internet]. Teresina; 2020. **Jus.com.br**. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/86787/comentarios-sobre-o-crime-qualificado-de-maus-tratos-contra-caes-e-gatos-art-32-1-a-lei-9-605-1998>. Acesso: 30 nov 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina Veterinária - CFMV. **Resolução nº 1.236/2018**. Define e caracteriza crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados, dispõe sobre a conduta de médicos veterinários e zootecnistas e dá outras providências. [Internet]. Brasília; 2012. Disponível: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/47542721/do1-2018-10-29-resolucao-n-1-236-de-26-de-outubro-de-2018-47542637. Acesso: 15 out 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Internet]. Brasília; 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 15 out 2020.

BRASIL. **Decreto 16.590/1924**. Regulamenta as casas de diversões públicas. [Internet]. Rio de Janeiro; 1924. Disponível: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1924;16590>. Acesso: 15 out 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 24.645/1934**. Estabelece medidas de proteção aos animais. [Internet]. Rio de Janeiro; 1934. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm. Acesso: 15 out 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.688/1941**. Lei das Contravenções Penais. [Internet]. Rio de Janeiro; 1941. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso: 15 out 2020.

BRASIL. **Lei 9.605/1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. [Internet]. Brasília; 1998. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso: 15 out 2020.

BRASIL. **Lei 14.064/2020**. Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato. [Internet]. Brasília; 2020. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm#art2. Acesso: 15 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 153.531-8/SC** [Internet]. Brasília; 1997. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso: 15 out 2020]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.514-7/SC** [Internet]. Brasília; 2005. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>. Acesso: em 15 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.776-5/RN** [Internet]. Brasília; 2007. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712>. Acesso: 15 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ** [Internet]. Brasília; 2011. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso: em 15 out 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE** [Internet]. Brasília; 2016. Disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso: 15 out 2020.

CASTRO, João M. A. **Direito dos Animais na legislação brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Ed., 2006.

FRANCIONE, Gary L. **Introdução aos Direitos Animais**. São Paulo: Editora da Unicamp, 2000.

PEDROSA, Ronaldo L. **Direito em História**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

R7. **Políticas públicas para direitos dos animais sempre foram tratadas como piada na Câmara, diz deputado**. [Internet]. Brasília; 2013. Disponível: <https://noticias.r7.com/brasil/politicas-publicas-para-direitos-dos-animais-sempre-foram-tratadas-como-piada-na-camara-diz-deputado-29102013>. Acesso: 15 out 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REGAN, Tom. **Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais**. Porto Alegre: Lugano, 2006.

REGIS, Arthur H. P. **Vulnerabilidade como fundamento para os direitos dos animais: uma proposta para um novo enquadramento jurídico**. Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

REGIS, Arthur H. P.; CORNELLI, Gabriele. Situação jurídica dos animais e propostas de alterações no Congresso Nacional. **Rev. bioét. (Impr.)**. 2017; 25 (1): 191-7.

SEGUIN, Élica; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. **Revista de Direito Ambiental – RDA**. Vol. 82 (Abril - Junho 2016).

SINGER, Peter. **Libertação animal**. São Paulo: Lugano, 2004.

CAPÍTULO 9

A IMPORTÂNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NO TRATAMENTO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS FRENTE À PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Data de aceite: 01/03/2021

Ivone Oliveira Soares

Doutoranda na Escola Superior Dom Helder Câmara em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Pesquisadora integrante do Grupo de Pesquisa Direito dos Animais, Economia, Cultura, Sustentabilidade e Desafios da Proteção Internacional. Membro da Comissão de Direitos dos Animais da OAB/MG
ID Lattes: 2222606800400213

Flávio Henrique Rosa

Doutorando na ESDHC, Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Direito dos Animais, Economia, Cultura, Sustentabilidade e Desafios da Proteção Internacional
Pesquisador integrante do Centro de Estudos Afro-brasileiro Dom Helder Câmara - AFRODOM
Bolsista FAPEMIG
<https://orcid.org/0000-0002-6832-8649>
ID Lattes: 7726574103543332

RESUMO: Sob a expectativa de uma nova consciência relativa ao direito dos animais, esse artigo visa debater o Projeto de Lei nº 27/2018, aprovado pelo Plenário do Senado Federal brasileiro. A plausibilidade para a criação do regime jurídico especial para os animais se configura, de fato, declaratória e de grande relevância uma vez que os classificam *sui generis* e sujeitos de direitos despersonalizados, dentre as quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa. Portanto, por força não

subjetiva dos direitos fundamentais, mas, em seu sentido objetivo mais amplo, arremete-se a uma discussão sobre direitos fundamentais dos animais, alicerçados em pesquisas bibliográficas, como forma de estender a indivíduos de outras espécies a titularidade de direitos inerentes à sua condição existencial, baseados no princípio da dignidade humana basilar de todo o ordenamento jurídico-constitucional contemporâneo, para um conceito pós-humanista, acolhedor de todos os indivíduos como titulares dos referidos direitos.

PALAVRAS - CHAVE: Antropocentrismo. Senciência Animal. Direitos dos Animais. Constituição da República.

THE IMPORTANCE OF THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL COURT OF LEGAL ORGANIZATION IN THE TREATMENT OF ANIMAL RIGHTS AGAINST THE OBJECTIVE PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT: Under the expectation of a new awareness regarding animal rights, this article aims to debate Bill 27/2018, approved by the Brazilian Federal Senate Plenary. The plausibility for the creation of the special juridical regime for animals is, in fact, declaratory and of great relevance since they classify them *sui generis* and subjects of depersonalized rights, among which they must enjoy and obtain judicial protection in case of violation, sealed their treatment as a thing. Therefore, by non-subjective force of fundamental rights, but in its broadest objective sense, it argues for a discussion of animals fundamental rights as a way to extend to individuals of other species the ownership of rights inherent in their existential

condition, based on the principle of human dignity that underpins the entire contemporary legal and constitutional order, for a post humanist concept, welcoming to all individuals as holders of these rights.

KEYWORDS: Anthropocentrism. Animal sentience. Animal Rights. Constitution of the Republic.

1 | INTRODUÇÃO

Diante do processo civilizatório e seu desenvolvimento ante as reflexões sobre a condição de ser humano no contexto global, conceitos de acordo com as tradições arraigados na sociedade têm sido confrontados. No limiar de novas tecnologias usos vão sendo descartados como os de animais para a tração, mas utilização de animais não humanos como receptores não voluntários para experimentação científica, em nome do benefício da raça humana, é autorizado constantemente nos diplomas legais. Para tanto, fez-se importante apresentar o sistema de proteção constitucional em defesa dos animais não humanos.

Não obstante, na sociedade brasileira tem incidido constantes desafios e, como não poderia deixar de ser, os direitos dos animais vem se tornando um tema de grande relevância nas esferas do pátrio poder. Nos últimos dias, tem-se intensificado no meio político acirrado debates em torno da alteração do *status* jurídico dos animais, em face da pressão exercida pela nova consciência social em torno da defesa animal. O efeito dessa efervescência foi a aprovação do Projeto de Lei nº 271/2018, pelo Senado Federal, que prevê em seu texto normativo que os animais não humanos passarão a ter natureza jurídica *sui generis*, como sujeitos de direitos despersonalizados.

Essa proposta de lei se aprovada pela Câmara dos Deputados, considerando que ocorreram emendas ao longo do texto, será de fundamental importância para se atingir o fim ou pelo menos minimizar o tratamento desumano aos animais. Trata-se de um novo instrumento para conter os abusos, a exploração e os maus-tratos aos animais, partindo do princípio que os animais não-humanos são seres sencientes dotados de sentimentos e emoções.

Vincula-se um novo saber nessa proposta, cuja finalidade é o diálogo entre os direitos fundamentais dos animais não humanos com a doutrina humanista clássica, cujo objeto será uma nova visão teórica e prática na seara constitucional acerca do tema. Correspondem aos direitos garantidos a todos os seres considerados sujeitos em uma determinada organização social e política.

Ao romper o paradigma, o enfoque pós-humanista surge então como saída estratégica para por em debate, nos mais variados campos de estudos e pesquisas, os precedentes do sujeito ser humano desvendando a lacuna existente, para construir um novo molde jurídico inclusivo de sujeitos sencientes, que compõe o todo como um novo saber quanto ao dever ser implícito na soberania estatal.

Para a abordagem do tema, foi utilizada pesquisa bibliográfica e método qualitativo, tomando por base levantamentos doutrinários em relação aos direitos dos animais.

2 I DA DIGNIDADE DO HOMEM PARA OS DEMAIS SERES VIVENTES

Conforme destaca Medeiros (2013), os fundamentos filosóficos evidenciando razões antropocêntricas, feitas ante as doutrinas de Immanuel Kant, Georg W. F. Hegel e Ronald Dworkin, nos séculos XVII e XIX, no que diz respeito a dignidade da pessoa humana, influenciaram no campo das liberdades e dos direitos fundamentais, especificando unicamente que apenas o ser humano seria detentor dessa dignidade.

Diante disso, Sarlet (2014) descreve que a ideia de dignidade fundada exclusivamente na condição do homem como ser racional e em sua autonomia de vontade, traduzida como a capacidade humana de se autodeterminar e agir conforme determinadas leis, apenas é encontrada em seres racionais. Contudo, o agir humano, teria como parâmetro basilar a própria ideia de humanidade, sendo o homem um fim em si mesmo e não apenas um meio da expressão de suas vontades, outorgando apenas aos seres racionais o status de dignidade como pessoa, produzindo assim efeitos aos seres considerados irracionais o título de meras coisas ou instrumentos.

Em contraposição a essas ideias, Sarlet (2014), em sua obra também explicita que Hegel ultrapassa a então consagrada teoria racional de Kant, ao declarar que a dignidade é uma qualidade conquistada pelo homem através da ética e da moral. Determina nesse caso que há um processo de mediação das vontades livres para o alcance da liberdade e da condição de dignidade.

Nessa linha de raciocínio, Sarlet (2014) afirma que, enquanto os animais se expressam pelos sentimentos, os seres humanos são dotados da capacidade de fazer uso de uma comunidade de consciências e através da comunicação, reconhecer a dignidade e adquiri-la, assumir a consciência do ser, valorar na vida existencial. Portanto, para o autor, Hegel desconstrói a visão kantiana dos animais como meras coisas, atribuindo-lhes a capacidade de sentir e de se comunicar ao afirmar que os animais não-humanos se expressam através dos sentimentos.

Sarlet (2014) insere uma perspectiva além das descritas nos parágrafos anteriores ao citar o conceito de Ronald Dworkin. Ante as ideias do filósofo norte-americano, o autor destaca que o ser humano, independentes dos variados conceitos culturais atribuídos ao tema, não poderia ser submetido à indignidade, uma vez que essa possuiria uma voz ativa e uma voz passiva, sendo a ativa o dever e o direito das pessoas em zelarem pela sua própria dignidade e a voz passiva estaria relacionada com a ação do outro.

Sendo assim, quando alguém que zela por sua dignidade poderia ter seu direito fundamental lesado por outrem. O ponto central do estudo caminha na direção de que as pessoas devem ter reconhecidos seus direitos inerentes à condição da vida humana,

preservando-se assim a sua moral e dignidade. (SARLET, 2014).

A inquestionável consagração da proteção ambiental, no âmbito jusfundamental, e o reconhecimento da qualidade de vida como elemento integrante da dignidade da pessoa humana, acarretam a necessidade até mesmo de uma reformulação conceitual da dignidade da própria pessoa humana, de tal sorte que esta venha a guardar sintonia com os novos valores ecológicos. Com base em tais considerações, os desenvolvimentos em torno da natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana contribuem para a superação de uma concepção eminentemente especista (biológica) e, portanto, necessariamente reducionista e vulnerável - de peculiar e específica dignidade dos seres humanos, que por si só, não afasta uma possível consideração da dignidade da vida de um modo geral. (SARLET, 2014).

3 I GESTÃO DE PROJETOS LEGISLATIVOS EM UMA REALIDADE CONTEMPORÂNEA

Intensos debates vêm sendo travados ao longo dos últimos anos envolvendo a questão dos direitos dos animais não humanos. A partir do princípio da senciência animal, surge à necessidade proeminente de se alterar o *status* jurídico de propriedade dos animais, adotado pelo Código Civil Brasileiro. Dentro desse contexto, um avanço no processo evolutivo das leis de proteção animal foi a recente aprovação do Projeto de Lei nº 27/2018, pelo Senado Federal, que cria o regime jurídico especial para os animais, alterando o *status* jurídico dos animais em nossa legislação.

O Projeto de Lei nº 27/2018 de autoria da Câmara dos Deputados, acrescenta dispositivo à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Constitui, ainda, como objetivos fundamentais desse projeto de lei a afirmação dos direitos dos animais não humanos e sua proteção, a construção de uma sociedade mais consciente e solidária, e o reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento.

A pressão da sociedade civil somada às organizações não governamentais foi primordial nessa conquista, demonstrando uma nova consciência e valores em relação ao tratamento que é destinado aos animais. Dessa forma, o nosso ordenamento jurídico caminha em direção aos princípios constantes na Declaração Universal dos Direitos dos animais que prevê o direito fundamental à vida, ao respeito, não podendo os animais ser submetidos a maus-tratos e a atos cruéis, cujos direitos devem ser defendidos pela lei como os direitos do homem (art. 14).

A proteção dos animais não humanos tornou-se um desafio no campo do direito moderno, forçando a abertura para uma nova concepção no plano jurídico admitindo que esses animais são dotados de direitos. Inicia-se uma nova fase no reconhecimento

dos direitos dos animais, alterando o enfoque da relação entre o homem e os animais, superando a visão antropocêntrica que imperou por séculos.

O especismo,¹ abordado por Peter Singer (filósofo defensor da causa animal), deve ser suprimido de nossa sociedade dando lugar a senciência animal. Na sua obra *Libertação Animal* (1975) o autor expõe o pensamento do filósofo Bentham que fez uma interessante previsão direcionada aos direitos dos animais:

Poderá existir um dia em que o resto da criação animal adquirirá aqueles direitos que nunca lhe poderiam ter sido retirados senão pela mão da tirania. [...] Que outra coisa poderá determinar a fronteira do insuperável? Será a faculdade da razão, ou talvez a faculdade do discurso? Mas um cavalo ou cão adultos são incomparavelmente mais racionais e comunicativos do que uma criança com um dia ou uma semana ou mesmo um mês de idade. Suponhamos que eram de outra forma – que diferença faria? A questão não é: Podem eles raciocinar? Nem: Podem eles falar? Mas: Podem eles sofrer? (SINGER, 1989, p.23).

Nesse sentido, nos termos do projeto de lei os animais passarão a ser reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro como seres sencientes, capazes de sentir e expressar as suas emoções (dor e prazer), incorporando assim o pensamento construído por Singer, sendo a senciência o critério adotado para a consideração dos interesses morais dos seres vivos. (Naves; Reis, 2019, p.20). A proteção dos animais não humanos tornou-se um desafio no campo do direito moderno, surgindo uma nova concepção no plano jurídico ao admitir que esses animais são dotados de direitos.

Até chegar a esse resultado satisfatório, tem sido uma trajetória longa, árdua e sofrida, marcada por projetos de lei anteriores que se perderam no tempo, como o Projeto de Lei nº 351/2015, que tratava do mesmo tema, restando estagnados, aguardando a boa vontade dos representantes do povo em manifestar interesse na votação da causa. A PLC 27/2018 gera uma nova categoria de direitos, consolidando um novo paradigma jurídico, reconhecendo que os animais não humanos não poderão mais ser considerados e tratados, no campo jurídico, como coisas ou objetos.

No Brasil, ainda, diferentemente de países como a França, Portugal, Espanha e Nova Zelândia, os animais não são reconhecidos como sujeitos de direitos e sim objeto de direito. A legislação pátria classifica os animais silvestres como bem de uso comum do povo e os domésticos como seres semoventes passíveis de direitos reais (VELOSO, 2013, p.99).

Na concepção da autora supracitada, os animais não são “coisas” a partir do entendimento que eles têm interesses que se traduzem numa universalidade de valores biológica e comportamentalmente incontestável. Em relação à abordagem desse problema, assim discorre:

[...] estendendo direitos subjetivos, aos animais, haveria três caminhos a trilhar: (1) personificação dos animais (integrariam a categoria jurídica de

1 “O especismo consiste na crença da absoluta superioridade da espécie humana frente às demais”. (Mol, 2014, p.9).

pessoa, equiparados aos absolutamente incapazes); (2) inseriríamos os animais em uma categoria intermediária, entre “coisas” e pessoas, como um *tertium genus*; (3) a utilização da teoria dos entes despersonalizados (animais fariam parte da categoria jurídica de “sujeitos de direito”, tal como os entes “despersonalizados”). (VELOSO, 2013, p.101).

Sob a ótica da autora em pauta, seria vantagem a adoção da teoria dos entes despersonalizados, até porque “no que se refere à legitimação, ou à possibilidade do exercício das situações jurídicas em nome do próprio ente despersonalizado, parece ser suficiente o instrumental técnico de que já dispõe o direito privado brasileiro.” (VELOSO, 2013, p.110, 111). Nesse sentido, trazemos a baila um trecho do Artigo intitulado “Proteção Ambiental e Personificação dos Animais”, publicado na Revista Veredas:

Mais técnica e funcional seria a perspectiva de concebê-los como sujeitos de direitos sem personalidade, na medida em que existem normas que determinem a abstenção de condutas que tenham como únicos beneficiários os próprios animais. Sendo sujeitos, seriam representados, como qualquer outro sujeito sem personalidade, como o nascituro, por exemplo. No caso dos animais, a representação poderia ficar a cargo do Ministério Público e dos órgãos de proteção. (FIUZA, 2014, v.11, n.22).

Nessa mesma linha sustenta os autores Rocha; Monteiro (2015, p.106) que “uma verdadeira tutela dos direitos dos animais se daria se estes fossem considerados sujeitos de direito pelo Código Civil, incluídos em uma terceira categoria, quando teríamos as Pessoas Físicas, as Pessoas Jurídicas e os Animais.” Corroborando esses entendimentos, o citado projeto de lei nº 27/2018 de iniciativa do deputado federal Ricardo Izar (PP-SP), prevê que os animais passam a ter natureza jurídica *sui generis*, como sujeitos de direitos despersonalizados.

Assim dispõe em seu texto, o artigo 3º: “Os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.” Por sua vez, impõe-se a alteração na Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), que passará a vigorar acrescida do seguinte artigo 79-B: “Art.79-B. O disposto no art.82 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados.”

Ainda, no que diz respeito à questão da alteração do *status* jurídico dos animais, a autora Edna Cardozo Dias em suas obras já expressava esta necessidade: “O que mais se necessita agora é adotar uma teoria jurídica que reconheça o valor intrínseco do animal como ser vivo e indivíduo, bem como a necessidade da mudança de seu *status* jurídico.” (DIAS, 2017, p.74).

As próprias decisões dos Tribunais superiores têm refletido o entendimento que os animais não são meramente coisas. Extrai-se do Relatório de Pesquisa de Jurisprudência em Direitos dos Animais, elaborado por Favoretto; Rocha (2018, p.3 e 4) alguns trechos de

decisões judiciais demonstrando essa nova concepção jurídica, vejamos:

“Existe uma relevante quantidade de literatura contemporânea sobre bemestar e direitos dos animais. Trata-se de um domínio em franca evolução, com mudanças de percepção e entronização de novos valores morais. O próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro - ‘bens suscetíveis de movimento próprio’ (art. 82, caput, do CC) - revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão. Nesse ambiente de novos valores e de novas percepções, o STF tem feito cumprir a opção ética dos constituintes de proteger os animais contra práticas que os submetam a crueldade, em jurisprudência constante e que merece ser preservada.” (STF, ADI nº 4.983- CE, Min. Barroso, p. 56).

Nessa perspectiva:

“Embora os animais, a princípio, tenham sido classificados como ‘bem de uso comum do povo’ ou ‘recursos naturais’, pela Lei de Crimes Ambientais, e como ‘bens móveis’ pelo Código Civil, tal posicionamento vem se modificando.” (TJ-SP, Ap. 1000109-48.2017.8.26.0439, Des. José Luiz Gavião de Almeida, pp. 03-4).

Diante de tais argumentos fica evidente que:

Reconhecimento de animais como “sujeitos de direito nas ações referentes às desagregações familiares. (...) Diante da realidade científica, normativa e jurisprudencial, não se poderá resolver a ‘partilha’ de um animal (não humano) doméstico, por exemplo, por alienação judicial e posterior divisão do produto da venda, porque ele não é mera ‘coisa’”. (Processo em segredo de justiça, 2ª Vara de Família e Sucessões de Jacareí, Juiz Fernando Henrique Pinto).

Nesse aspecto, convém esclarecer que:

“Assim, por força das leis que os protegem, os animais se tornaram sujeitos de direitos subjetivos e, embora não sejam considerados capazes de fazer valer esses direitos, por si sós, deve o Poder Público e a coletividade fazê-lo, como ocorre com os direitos dos juridicamente incapazes.” (TJ-SP, Ap. 1000109- 48.2017.8.26.0439, Des. José Luiz Gavião de Almeida, p.04).

Depois de elucidar essas questões, é importante descrever que o novo projeto de lei em estudo reforça a proteção aos animais encontrando-se já prevista constitucionalmente, no art.225, §1º, VII, que assegura a proteção da fauna e proíbe à prática de condutas que submetam os animais a crueldade. Conforme destaque a seguir:

Ao inserir os direitos dos animais na CR/88, os constituintes tornaram os animais titulares de direitos fundamentais. Quando falamos em direitos fundamentais, nos referimos a direitos reconhecidos e positivados pelas Constituições dos Estados. Os direitos fundamentais guardam os valores e princípios fundamentais da ordem jurídica de um país. Independentemente da categoria, todos os animais estão protegidos na CR/88, indistintamente. (DIAS, 2017, p.57)

É importante ressaltar que a aprovação desse projeto de lei é um vislumbre de

futuro na tratativa dos direitos animais, que passam a ganhar mais uma defesa jurídica em caso de maus tratos, situando o Brasil entre os países que consideram os animais como sujeitos de direitos e não mais como coisas, semoventes, passíveis de direitos reais, como estabelecido no nosso atual Código Civil. Por outro lado, o projeto de lei foi alvo de emendas concernentes a sua não abrangência aos animais empregados na produção agropecuária, em pesquisa científica, e os participantes de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, como é o caso da vaquejada.

Nesse diapasão, a incorporação dessas emendas no texto do Projeto de Lei nº 27/2018 demonstra a existência de um movimento interno desfavorável à aprovação da PEC, pela Câmara dos Deputados, com o argumento de possíveis impactos na atividade econômica do setor agropecuário. Nesse sentido, o compartilhamento de esforços entre a sociedade civil, as organizações não governamentais e outros adeptos a essa causa deve ser mantido, para que possa ser sedimentada a inédita conquista no Direito Brasileiro, sem correr o risco de um retrocesso ou mesmo a paralisação do trâmite do projeto de lei, postergando a sua votação até cair no esquecimento.

4 | CONCLUSÃO

A história nos tem mostrado que caminhamos para a superação do antropocentrismo, defendido por filósofos clássicos que somente reconheciam os direitos inerentes ao ser humano, cujos animais não humanos eram desprovidos de sentimentos e existiam apenas para servir o homem.

A partir desta percepção observa-se que a sociedade brasileira passa por uma transformação ao abraçar a causa dos animais, pressionando as autoridades públicas a adotar medidas mais protetivas que visem minimizar a dor e o sofrimento dos animais não humanos. Seguindo a tendência mundial, acentua a preocupação em alterar a nossa realidade política, jurídica e social na busca de se garantir efetivamente os direitos dos animais.

Resultado de um debate político intenso em torno dessa questão foi à aprovação do Projeto de Lei nº 27/2018, pelo Senado Federal, que objetiva dar maior proteção aos animais, alterando o seu status jurídico de “coisa, objeto” para sujeitos de direitos despersonalizados. Trata-se de um grande avanço, surgindo como uma nova ferramenta a ser utilizada em defesa dos animais que passam a ser reconhecidos como seres sencientes e não somente como um meio para atender as finalidades humanas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 ago.2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Federal 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. 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/19605.htm. Acesso em: 22 ago. 2019

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Projeto de Lei do Senado nº 351, de 2015**. Acrescenta parágrafo único ao art.82, e inciso IV ao art. 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para determinar que os animais não serão considerados coisas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018**. Acrescenta dispositivo à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>. Acesso em: 22 ago. 2019.

DE MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. **Direito dos animais**. Livraria do Advogado Editora, 2013.

DIAS, Edna Cardozo; SALLES, Álvaro Ângelo(Org.). **Direito Animal: A Defesa dos Animais sob uma perspectiva ética, histórica e jurídica**. Belo Horizonte: 3i Editora, 2017.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual**. Tradução de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres.1º reimp.Barcelona:Ariel,1998 71 DWORKIN.op.cit.p.307 à 309.

FAVORETTO, Daniel Rocha; FAVORETTO, Samia. **Relatório de Pesquisa de Jurisprudência em Direito dos Animais**. São Paulo, 2018. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GECAP/Atualizacao_Legislativa/Relat%C3%B3rio%20de%20Pesquisa%20de%20Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Direito%20dos%20Animais%20\(Samia%20Favoretto__Daniel%20Favoretto%20Rocha\)%20\(1\).pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GECAP/Atualizacao_Legislativa/Relat%C3%B3rio%20de%20Pesquisa%20de%20Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Direito%20dos%20Animais%20(Samia%20Favoretto__Daniel%20Favoretto%20Rocha)%20(1).pdf). Acesso em: 22 ago. 2019.

FIUZA, César Augusto de Castro; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. **Proteção Ambiental e Personificação dos Animais. Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.11. n.22. p.2014.

HABERMAS, Jünger. **El futuro de la Naturaleza Humana. Hacia una Eugenia Liberal?**. Tradução de R.S.Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002. Disponível em: https://asgoped.files.wordpress.com/2013/03/elfuturo-de-la-naturaleza-humana_pdf.pdf. Acesso em: 21 ago. 2019.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do Espírito: Estética: a idéia e o Ideal; estética o belo artístico e o ideal; Introdução à história da filosofia**. Traduções de Henrique Cláudio de Lima Vaz, Orlando Vitorino, Antonio Pinto de Carvalho - São Paulo, Abril Cultural, 1980. (Coleção Os pensadores).

MÓL, Samylla. **A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; REIS, Émilien Vilas Boas. **Bioética ambiental: premissas para o diálogo entre a ética, a bioética, o biodireito e o direito ambiental**. 2.ed.rev. e aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ONU – Organizações das Nações Unidas. UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Bruxelas. 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

ROCHA, Marcelo Antônio; MONTEIRO, Márcia Sales. **O desafio da Nova Ética Ambiental no Estado Ambiental de Direito: Dos Direitos Humanos aos Direitos dos Animais**. O Direito dos Animais na Contemporaneidade: proteção e bem-estar animal. Sebastien Kiwonghi Bizawu(Org.). Centro de Estudos da Contemporaneidade. Curitiba. Instituto Memória, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2, n. 3, 2014.

SENADO FEDERAL. Senado Notícias. **Agência do Senado**. Senado aprova projeto que cria natureza jurídica para os animais. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/07/senado-aprova-projeto-que-inclui-direitos-dos-animais-na-legislacao-nacional>. Acesso em: 22 ago. 2019.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. Título Original: Animal Liberation. 1975. Nova edição revista, 1989. Disponível em: <https://olhequenao.files.wordpress.com/2011/12/peter-singer-libertac3a7c3a3o-animal.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

VELOSO, Maria Cristina Brugnara. **A condição animal: uma aporia moderna**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O DIREITO ANIMAL

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 05/02/2021

Andréa Carolina Leite Batista

Universidade Federal do Paraná
Curitiba – Paraná

<http://lattes.cnpq.br/1802742094753154>

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar noções introdutórias sobre o Direito Animal enquanto ramo autônomo do Direito, dissociado do Direito Ambiental. Como ponto de partida, analisar-se-á a concepção e preocupação com os animais no decorrer da evolução da sociedade, desde a Idade Antiga até a Contemporânea, passando por autores como Aristóteles, Kant e Descartes até se chegar aos filósofos mais recentes que estudam, especificamente, a ética animal. Em seguida, tratar-se-á do Direito Animal enquanto ciência jurídica e ramo próprio do Direito, esclarecendo seus conceitos e sua relevância para o respeito mútuo entre as espécies e a consideração jurídica dos interesses dos animais não humanos a partir de normas próprias que atendam aos seus anseios. Por fim, discutir-se-á a necessidade de modificação do conceito de animal como coisa para o de sujeito de direitos e, conseqüentemente, as possíveis categorias jurídicas para o enquadramento dos animais no ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Direito Animal; direitos dos animais; ética animal.

INTRODUCTORY NOTIONS ABOUT ANIMAL LAW

ABSTRACT: This article proposes to present some introductory notions about Animal Law as an autonomous Law's branch, dissociated from Ambiental Law. First of all, it will be analyzed the conception and the preoccupation about animals during the society evolution, since the Old Age until the Contemporary, going through authors like Aristóteles, Kant and Descartes until reaching the most recent philosophers who specifically study animal ethics. Then it will be treated the Animal Law as a legal science and proper branch of Law, clarifying them concepts and them relevance to the mutual respect between the species and the legal consideration about nonhuman animal interests as of own rules which meet them desires. Finally it will be discussed the necessity of turn the animal concept as thing to subject of rights and consequently the possible legal categories for framing animals in the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Law; Animal Law; animal rights; animal ethics.

1 | INTRODUÇÃO

O tema afeto ao Direito Animal é recente, até porque, os estudos que lhe dão suporte consolidaram-se com maior concretude a partir do final do século XX.

Como se verá no decorrer do presente trabalho, a base teórica do Direito Animal é essencialmente filosófica e decorre da crescente preocupação dos filósofos, ainda que filiados a

correntes distintas, em estudar a ética animal, isto é, a forma com que os animais não humanos devem ser tratados nas relações estabelecidas com o homem, também chamado de animal humano, pois pertencente ao Reino *Animalia* e à espécie *Homo sapiens*.

Historicamente, os animais sempre foram relegados à condição de coisa, tal como preconiza o Código Civil em seu artigo 82, mas essa visão já se encontra, há muito, ultrapassada.

Os autores da Idade Contemporânea, inspirados nos escritos de Humphrey Primatt (1776), defenderam a superação da filosofia tradicional e do antropocentrismo por ela instituído, com o conseqüente reconhecimento de que os animais, mesmo sem os atributos da razão e linguagem humanas, são capazes de experimentar sentimentos e sensações, merecendo, portanto, consideração, respeito e, sobretudo, proteção por parte dos seres humanos.

A partir disso, o tema ganha relevância no campo do Direito, uma vez que a ética animal, destituída de coercibilidade, não pode assegurar a efetivação dos direitos dos animais. Assim, faz-se imperioso elaborar e sistematizar normas específicas para isso, passíveis de sanção pelo Estado em caso de descumprimento.

E uma vez reconhecida a existência de um Direito Animal, isto é, de uma ciência jurídica que tem o seu objeto de estudo e tutela centrado no animal não humano, independentemente da função ambiental ou ecológica deste, importa então analisar as possíveis categorias jurídicas em que os animais possam ser enquadrados no ordenamento jurídico brasileiro.

O rompimento do paradigma do animal enquanto coisa exige a construção de um novo olhar na sociedade que o reconheça como sujeito de direitos, seja na condição de pessoa, ente despersonalizado ou outra categoria que se mostre adequada ao fim pretendido.

2 | CONTEXTO HISTÓRICO-FILOSÓFICO DA ÉTICA ANIMAL

A ética animal gravita no campo das relações entre animais humanos (espécie *Homo sapiens*) e não humanos (demais espécies), orientando pensamentos e condutas em prol de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, no qual todas as espécies animais sejam dignas de cuidado, respeito e consideração moral (BOFF; CAVALHEIRO, 2017, p. 124-126).

Para a compreensão da ética animal, faz-se necessário resgatar fragmentos históricos e filosóficos que, de alguma maneira, contribuíram para a evolução do tema.

Na filosofia greco-romana do Mundo Antigo, Aristóteles agrupou todas as formas de vida em uma grande cadeia hierárquica denominada “cadeia do ser”, cujo topo era ocupado pelos seres humanos. Os animais, distribuídos em camadas mais próximas à base da cadeia, eram considerados seres inferiores que viviam à margem da sociedade

(EPSTEIN, 2014. p. 25). Na visão aristotélica, a subjetividade era negada aos animais, relegados à condição de coisa, pois destituídos de racionalidade e linguagem, atributos esses exclusivamente humanos.

Na Idade Média, fortemente marcada pela religião cristã, os animais eram considerados parte integrante da criação divina, mas, assim como o restante da natureza, estavam predestinados a servir o homem, criado à imagem e semelhança de Deus. São Tomás de Aquino, resgatando o pensamento de Aristóteles e a posição do ser humano como centro do universo, fundou a filosofia tomista, que buscava conciliar o pensamento aristotélico com o cristianismo.

São Francisco de Assis, porém, foi uma exceção ao pensamento cristão antropocêntrico. Consagrado como “santo protetor dos animais”, ele pregava a “fraternidade divina com todas as criaturas de Deus” (MAROTTA, 2019, p. 32), incluindo-se aí os animais. Não se sabe se ele era vegetariano, mas há relatos de que ele fazia jejum de carne (quaresma) de quatro a cinco vezes por ano.

Assim, “apesar de ainda se identificar no catolicismo uma afinidade com o antropocentrismo, pode-se reconhecer que a religião judaico-cristã vem empreendendo esforços para se afastar de sua forma radical” (MAROTTA, 2019, p. 33).

Na Era Moderna, Immanuel Kant definia os animais como instrumentos a serviço do homem, pois destituídos de racionalidade e consciência própria (LEVAL, 2004, p. 48-49). Embora negasse a dignidade dos animais, Kant desenvolveu o princípio “do ser como um fim em si mesmo” que, dissociado de seu fundamento moral (MAROTTA, 2019, p. 101), foi bastante útil no âmbito do Direito Animal para justificar a existência de uma dignidade própria dos animais, no sentido de que eles importam por si sós e merecem uma “atitude de respeito, qual seja, a imposição de tratamento como fim e não como meio” (MAROTTA, 2019, p. 102).

René Descartes foi um dos grandes pensadores da corrente racionalista, que tem na razão humana a base para o conhecimento. Em suas obras “Discurso do Método” e “Meditações da Metafísica”, ele sustentou a separação entre mente e corpo, entre homem e natureza e, por conseguinte, entre humanidade e animalidade. Para ilustrar essa separação, ele utilizou a teoria do “animal-máquina”, que compara o animal a uma máquina, isto é, a um corpo não pensante, cujos órgãos formam uma engrenagem igual à de uma máquina. O corpo humano também era concebido por Descartes como uma máquina, entretanto, o que difere o homem do animal é que aquele primeiro, além do corpo, é dotado de razão. Nesse sentido:

A tese de Descartes de que os animais são meros autômatos se baseia, num primeiro momento, na tese de que é possível explicar o comportamento do animal por analogia ao comportamento do corpo humano que, por sua vez, pode ser explicado por analogia ao funcionamento de uma máquina complexa o bastante que torne possível a imitação de certo tipo de comportamento

humano. Sendo assim, o primeiro passo da argumentação cartesiana será mostrar que o funcionamento do corpo humano pode ser explicado por recurso a movimentos puramente fisiológicos sem recurso a razão, ou pensamento (ROCHA, 2004, p. 354).

Há autores que interpretam a teoria cartesiana do “animal-máquina” como uma forma de conceber os animais como “autômatos ou máquinas destituídas de sentimentos, incapazes, portanto, de experimentar sensações de dor e de prazer” (GORDILHO; SILVA, 2012, p. 342).

Contudo, Vicente de Paula Ataíde Júnior entende que Descartes nunca afirmou que os animais não sentem dor e que tal concepção, na verdade, foi desenvolvida por seus discípulos.

Judith Butler (2018, p. 120), em uma passagem de seu discurso sobre a vulnerabilidade corporal e a política de coligação, comenta sobre o pensamento cartesiano, afirmando o seguinte:

Os corpos humanos não se distinguem de nenhuma maneira dos corpos dos animais, embora possamos facilmente admitir algumas diferenças. Entretanto, não basta dizer que a dimensão corporal do humano deva ser considerada como a dimensão animal, como uma tradição filosófica lamentavelmente longa tem costumado fazer. No fim das contas, a criatura humana já está em uma relação com o animal, e não no sentido de que o animal seja o “Outro” para o humano, mas sim porque o humano já é um animal, embora não exatamente como todos os outros animais (na verdade, nenhum tipo de animal é exatamente como todos os outros tipos, e a categoria de animal, por definição, permite essa variação interna). (...) um dos argumentos de Haraway é que as formas de dependência entre o humano e o animal sugerem que, em parte, eles são constituídos do outro e por meio um do outro. Se tomamos essa dependência como algo central, então a diferença entre animal e humano se torna secundária (ambos são dependentes, e dependem um do outro, precisando um do outro para serem os tipos de seres que são). Nesse sentido, as distinções ontológicas entre ambos surgem das relações que existem entre eles. Portanto, as distinções analíticas que tendemos a fazer entre máquina, humano e animal se apoiam todas em um certo encobrimento de relações misturadas ou de dependência.

Benedito de Espinosa, contemporâneo de Descartes, afirmou que os animais são dotados da capacidade de sentir. Porém, por ser também um racionalista, Espinosa não avançou seus estudos em prol da ética animal.

Portanto, seguindo as teorias tradicionalistas, arraigadas na visão antropocêntrica, que coloca o homem como o centro do universo, os animais, historicamente, sempre foram tratados como objetos de apropriação humana (EPSTEIN, 2014, p. 16).

Essa é, inclusive, a concepção trazida pelo Código Civil em vigor, que disciplina os animais como coisas ou, mais precisamente, como semoventes, isto é, bens móveis “suscetíveis de movimento próprio” (BRASIL, 2019).

Todavia, ainda na Idade Moderna e em contraposição à filosofia tradicional, o

escritor inglês Humphrey Primatt redigiu, em 1776, a obra “The Duty of Mercy”, lançando uma forte crítica ao antropocentrismo e defendendo o reconhecimento da dor e sofrimento animais. Primatt foi o primeiro a tratar do assunto e inspirou escritores que lhe sucederem na filosofia sobre ética animal. No entanto, o autor não avançou seus estudos sobre os direitos dos animais (FELIPE, 2006, p. 207-208). Seus manuscritos concentraram-se no “dever humano de compaixão para com todos os seres em condições vulneráveis à dor e ao sofrimento” (FELIPE, 2006, p. 209).

Já na Idade Contemporânea – período histórico que se estende até os dias atuais – mais especificamente a partir do século XX, construíram-se correntes filosóficas que trouxeram, de algum modo, verdadeira preocupação com a ética animal.

A primeira delas é a corrente do bem-estar animal (*welfare*; benestarismo), que tem em Peter Singer o seu precursor (SILVA, 2011, p. 146-147). Partindo do ideal utilitarista de Jeremy Bentham e John Stuart Mill do século XVIII, o qual se contrapõe ao egoísmo e preza pelo agir em prol dos interesses da coletividade, Peter Singer lançou em 1975 sua obra “Libertação Animal” e propôs o boicote às práticas cruéis contra animais. Com base na aplicação do princípio ético da igual consideração de interesses, o filósofo defende que os animais não humanos são dignos de “consideração moral” FERREIRA, 2011, p. 328) e que seu interesse de não sofrer, comum ao homem, deve ser respeitado (RODRIGUES, 2008, p. 48). A crítica que se faz ao benestarismo é que ele não afasta a denominada “coisificação do animal”, tanto é que o abate humanitário, por essa corrente, é aceito.

A segunda corrente é a do abolicionismo animal. Idealizada por Tom Regan, que em 1983 lançou “O Caso dos Direitos dos Animais” e em 2006 “Jaulas Vazias”, essa corrente adota a abolição de toda e qualquer forma de utilização de animais não humanos, reconhecendo-lhes direitos morais (SILVA, 2011, p. 146-147). Regan atribui aos animais o conceito de sujeitos-de-uma-vida e defende a máxima “jaulas vazias, e não jaulas mais espaçosas” (RODRIGUES, 2008, p. 207).

Por fim, a terceira corrente é a dos neobenestaristas (*new welfarism*), que adota fundamentos similares à do bem-estar animal, mas se distancia desta ao zelar pelo direito dos animais de não serem tratados como coisa. Gary Francione, seguido por Steven Wise, é seu precursor e publicou em 1995 a obra “Animais, Propriedade e a Lei”.

De fato, ainda que inspiradas em ideais diversos, todas essas correntes filosóficas contribuíram para um novo olhar sobre os animais não humanos, estimulando a preocupação não apenas com a ética animal, mas também com o reconhecimento e sistematização dos direitos dos animais.

Ao discorrer sobre a política de gênero e o direito de aparecer, Judith Butler (2018, p. 36-37) inclui os animais na questão do reconhecimento, afirmando ser importante para os movimentos em defesa dos direitos dos animais questionar se os seres não humanos seriam ou não reconhecíveis, bem como quais normas seriam capazes de distinguir os que podem e os que não podem ser reconhecidos como humanos.

3 | DIREITO ANIMAL

O Direito, enquanto ciência jurídica, visa regular as relações sociais a partir da aplicação de normas com força coercitiva passíveis de sanção pelo Estado em caso de descumprimento.

Assim, tendo em vista a natureza das relações a serem reguladas, o Direito divide-se em dois grandes grupos – Direito Público (relação entre os particulares e o Estado) e Direito Privado (relação entre os particulares) – e, a partir deles, ramifica-se em diversas áreas de acordo com a matéria envolvida, tais como Direito Civil (bens, obrigações e propriedade), Direito Penal (crimes e contravenções), Direito do Trabalho (direitos e deveres trabalhistas), Direito Tributário (tributos), dentre tantas outras.

Ocorre que as relações sociais reguladas pelo Direito não se limitam àquelas estabelecidas entre os homens.

A evolução da sociedade trouxe consigo a preocupação em se estudar o Direito para além dos humanos, considerando as relações construídas ao longo da história entre o homem e formas de vida não humanas.

Os animais, desde os primórdios, são utilizados como instrumentos de satisfação da vontade humana, seja para a alimentação, o entretenimento, a prática esportiva, a manifestação cultural, a pesquisa científica e demais modalidades de objetificação animal.

Nas lúcidas palavras de Danielle Tetü Rodrigues (2008, p. 115), “envolvidos na luta pelo direito à existência como seres vivos e criaturas sensíveis, pois, vistos como a Natureza, são bens de ninguém, e portanto, sobre eles não há propriedade”, os animais demandam proteção jurídica mediante a aplicação de normas próprias que atendam às suas necessidades.

Embora seja comum a associação dos animais ao Direito Ambiental, acreditando-se estarem aqueles devidamente protegidos e regulados por este, essa visão mostra-se equivocada. Isso porque não são os animais o objeto de tutela do Direito Ambiental, mas sim, o meio ambiente, “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil), do qual os animais são meros coadjuvantes, pois considerados integrantes da fauna e não seres individualizados.

Portanto, não sendo o Direito Ambiental o ramo adequado para regular as relações entre animais humanos e não humanos, deve-se então buscar o ramo próprio para isso.

O Direito Animal, definido como “o conjunto de regras e princípios que estabelece os direitos fundamentais dos animais não-humanos, considerados em si mesmos, independentemente da sua função ambiental ou ecológica” (ATAÍDE JUNIOR, 2018, p. 50), atende a tal necessidade.

A partir dessas constatações, conclui-se que

quando o animal não-humano é considerado *fauna*, relevante pela sua função ecológica, como *espécie*, é objeto das considerações do Direito Ambiental.

Por outro lado, quando o animal não-humano é relevante enquanto *indivíduo senciente*, portador de valor intrínseco e dignidade própria, é objeto das considerações do Direito Animal (ATAÍDE JUNIOR, 2018, p. 50).

O ingresso da disciplina de Direito Animal nos currículos das faculdades de Direito, independente e dissociada do Direito Ambiental, constitui um importante avanço no ensino jurídico (SILVA, 2013, p. 259).

Em termos práticos, pode-se dizer que o estudo do Direito Animal tem por objetivo promover o respeito mútuo entre as espécies, a consideração jurídica dos interesses dos animais não humanos e a diversidade como meio de evolução dos conceitos jurídicos (SILVA, 2013, p. 259).

Com efeito, tomando como fundamento o paradigma pós-humanista, que transcende a visão antropocêntrica, o Direito Animal alia-se a “estudos relacionados a liberdade, igualdade e solidariedade, além de questões de gênero e de raça” (SILVA, 2013, p. 167), promovendo, assim, uma ampla abordagem das diversas questões relacionadas aos animais não humanos.

No cenário brasileiro, o Direito Animal encontra amparo nos planos doutrinário, jurisprudencial, legal e constitucional, haja vista a existência de obras doutrinárias sobre o assunto, inclusive um periódico especializado (Revista Brasileira de Direito Animal), bem como o julgamento de casos destinados à tutela jurídica dos animais, a exemplo da ADI da vaquejada, considerada um marco histórico na jurisprudência animalista. Ademais, há normas de proteção aos direitos dos animais, merecendo especial destaque o Decreto 24.645/1934 e o art. 32 da Lei nº 9.605/1998 (crime de maus-tratos), além da regra constitucional da proibição da crueldade contra animais prevista no art. 225, §1º, VII, parte final, da Constituição de 1988 (ATAÍDE JUNIOR, 2018, p. 49).

4 | CATEGORIAS JURÍDICAS DOS ANIMAIS

Os estudos sobre a ética e os direitos dos animais instigam a criação de um novo paradigma no ordenamento jurídico brasileiro voltado à “transmutação do conceito civilista de animal como coisa ou bem semovente, para o conceito animalista de animal como sujeito de direitos” (ATAÍDE JUNIOR, 2018, p. 50).

Para tanto, é importante averiguar a que se referem os termos “coisa”, “pessoa” e “sujeito de direitos” e quais as suas implicações práticas quando associados aos animais.

Entende-se por “coisa” um objeto de propriedade alheia que se sujeita às regras de aquisição, transferência e responsabilidade. Assim, em tempos mais remotos, o animal era considerado *res nullius* – coisa de ninguém – mas se capturado, era reduzido à condição de propriedade privada e adquiria valor econômico, podendo ser objeto de venda ou troca e sujeitando seu proprietário a responder por danos causados a terceiros e a ser indenizado por lesões sofridas pelos seus animais (EPSTEIN, 2014, p. 17-21). O animal, nesse cenário,

era uma “coisa a serviço direto da pessoa (considerada individualmente), sem outro atributo que não fosse o de se prestar a satisfazer as vontades humanas” (FREITAS, 2013, p. 107).

O termo “pessoa”, por sua vez, possui pelo menos três significados. Segundo a etimologia da palavra, “pessoa” vem do latim *persona*, que significa máscara teatral (FREITAS, 2013, p. 108). A interpretação desse conceito é a de “um ser capaz de agir, de interagir e de representar a ação de outrem perante um grupo” (FERREIRA, 2011, p. 135). Já de acordo com o aspecto biológico, “pessoa” é todo e qualquer ser humano (espécie *Homo sapiens*). Sob o viés do Direito, “pessoa” é o ser dotado de personalidade jurídica e com aptidão para ser titular de direitos e deveres (FREITAS, 2013, p. 108).

Para Peter Singer, o conceito de pessoa transcende o de ser humano para designar seres racionais e autoconscientes, podendo se estender a indivíduos de outras espécies (FELIPE, 2003, p. 135-136).

Uma parte da doutrina afirma que “pessoa” e “sujeito de direitos” são sinônimos, mas outra defende que a expressão “sujeito de direitos” é mais ampla e abrange todo ente, seja ele pessoa ou não, titular de relações jurídicas (FREITAS, 2013, p. 109). Para esta segunda corrente, toda “pessoa” seria, obrigatoriamente, “sujeito de direitos”, mas nem todo “sujeito de direitos” seria, necessariamente, “pessoa”. “Sujeito de direitos” seria gênero, do qual “pessoa” é espécie.

Fábio Ulhoa Coelho utiliza a teoria dos entes despersonalizados para classificar os sujeitos de direitos entre humanos e não humanos, personalizados e despersonalizados (FREITAS, 2013, p. 113-114).

A partir dessa teoria, alguns autores, como Daniel Lourenço, filiam-se ao entendimento de que animais seriam sujeitos de direitos não humanos e despersonalizados (FREITAS, 2013, p. 114). Em contrapartida, outros autores, a exemplo de Danielle Tetü Rodrigues, sugerem que os animais podem ser considerados pessoas, porque “como titulares de relações jurídicas”, eles são “sujeitos de direitos e seriam normalmente incluídos na categoria de pessoas, ainda que não sejam pessoas físicas ou jurídicas de acordo com o predicado terminológico” (RODRIGUES, 2008, p. 126).

Há quem adote, ainda, a teoria do *status* intermediário dos animais entre “coisa” e “pessoa”. Ao invés de enquadrá-los no rol de sujeitos de direitos e de atribuir-lhes direitos subjetivos, ser-lhes-ia assegurada uma proteção jurídica própria em virtude da sua *senciência*¹. Porém, na visão crítica de alguns estudiosos, essa teoria não resolveria a problemática, pois estaria respaldada na mera atribuição de deveres aos homens e não no reconhecimento de um valor intrínseco aos animais (GORDILHO; SILVA, 2012, p. 357-358).

Como se pode ver, não há uma uniformidade doutrinária quanto à categoria jurídica dos animais, de modo que esse ainda é um desafio a ser enfrentado pela doutrina

especializada no assunto, sobretudo em função da iminência da aprovação do PL nº 1
¹ É a capacidade de experimentar sentimentos e sensações. O documento político que sistematizou a *senciência* em esfera internacional, reconhecendo, após estudos científicos, “a consciência em animais humanos e não humanos”, foi a Declaração de Cambridge, proclamada em 07 de julho de 2012.

6054/2019 (PLC nº 27/2018), de autoria da Câmara dos Deputados, que pretende atribuir aos animais uma classificação jurídica *sui generis* que os afasta da ideia de “coisificação animal” e os inclui no rol de sujeitos de direito despersonalizados (REGIS, 2018, p. 57).

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente artigo, realizou-se uma sucinta explanação acerca do contexto histórico, filosófico e jurídico do Direito Animal, citando-se, para tanto, o pensamento de alguns dos principais autores da filosofia tradicional, fortemente marcada pelo antropocentrismo e pela concepção do animal como objeto de apropriação humana.

Ao se estudar um pouco da filosofia contemporânea, verificou-se a existência de pensadores comprometidos com a ética animal.

Peter Singer, precursor da corrente do bem-estar animal (*welfare*; *benestarismo*), propôs o boicote às práticas cruéis contra animais, por serem estes dignos de consideração moral e detentores do interesse de não sofrer, haja vista o princípio ético da igual consideração de interesses.

Tom Regan, idealizador da corrente do abolicionismo animal, defendeu a abolição de toda e qualquer forma de utilização de animais não humanos, considerados sujeitos-de-uma-vida e detentores de direitos morais.

Gary Francione, seguido por Steven Wise, fundou a corrente dos neobenestaristas (*new welfarism*), que adota fundamentos similares à do bem-estar animal, mas se distancia desta ao zelar pelo direito dos animais de não serem tratados como coisa.

No decorrer dos estudos, observou-se que questões atinentes aos animais já foram comentadas por Judith Butler, ainda que em contexto diverso do ora discutido, o que permite concluir a amplitude do tema e o interesse de autores de outras áreas da Filosofia em abordá-lo de algum modo.

Todas essas contribuições históricas e filosóficas foram importantes para a construção de conceitos e categorias jurídicas próprias aos animais, bem como para a sistematização de um Direito autônomo, que resguarde e dê efetividade aos seus direitos mais elementares.

REFERÊNCIAS

ATÁIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao direito animal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.13, n.3, p. 48-76, set/dez 2018.

BOFF, Salete Oro; CAVALHEIRO, Luana Rocha Porto. Aproximações entre ética animal e ética da vida. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.12, n.1, p. 108-132, jan/abr 2017.

BRASIL. **Código Civil**. *Vade Mecum* compacto. São Paulo: Saraiva, 2019

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Lex**: Legislação administrativa. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2008

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembleia. Tradução de Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

EPSTEIN, Richard A. Animais como objetos, ou sujeitos, de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.9, n.16, p. 15-45, maio/abr 2014.

FELIPE, Sônia Teresinha. **Por uma questão de princípios**: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais. Florianópolis: Boiteux, 2003

_____. Fundamentação ética dos direitos animais: legado de Humphry Primatt. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.1, n. 1, p. 207-229, 2006.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda. Animais não humanos como sujeitos de direito: considerações processuais. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.9, ano 6, p. 307-353, jul/dez 2011.

FREITAS, Renata Duarte de Oliveira. Animais não humanos: os novos sujeitos de direito. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.8, n.14, p. 101-129, set/dez 2013.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.17, n.65, p. 333 - 363, jan/mar.2012.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos animais**. 2. ed. rev. ampl. e atual Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

MAROTTA, Clarice Gomes. **Princípio da dignidade dos animais**: reconhecimento jurídico e aplicação. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

REGIS, Arthur H. P. **Vulnerabilidade como fundamento para os direitos dos animais**: uma proposta para um novo enquadramento jurídico. Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

ROCHA, Ethel Menezes. Animais, homens e sensações segundo Descartes. **Kriterion**, Belo Horizonte, n.110, p. 350-364, dez 2004.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito e os animais**: uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2. ed. rev. e atual Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Introdução aos direitos dos animais. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.16, n. 62, p. 141-166, abr/jun.2011.

_____. Direito animal e pós-humanismo: formação e autonomia de um saber pós-humanista. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.8, n.14, p. 161-259, set/dez 2013.

_____. O ensino do direito animal: um panorama global. teaching animal law: a global overview. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo; Rev. dos Tribunais, v.3, n.6, p. 232 - 272, set/dez 2013.

CAPÍTULO 11

A POSSIBILIDADE DA EXTENSÃO DA TITULARIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA ANIMAIS NÃO HUMANOS

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 30/12/2020

Dari Nass

Sociedade Educacional Três de Maio
(SETREM)
Três de Maio – RS
<http://lattes.cnpq.br/2306681811464035>

Henrique Balduvino Saft Dutra

Sociedade Educacional Três de Maio
(SETREM)
Três de Maio – RS
<http://lattes.cnpq.br/2494888371986876>

Maíra Fronza

Sociedade Educacional Três de Maio
(SETREM)
Três de Maio – RS
<http://lattes.cnpq.br/3495800952649730>

RESUMO: Os diferentes pareceres filosóficos vêm desafiando ao longo dos anos o entendimento dos animais como negação do fenômeno humano, pelo que não podem se afiliar à subjetividade moral e jurídica, uma vez que o homem é um agente moral, enquanto que animais constituem coisas. Este trabalho apresenta como finalidade discorrer acerca da abordagem da legislação vigente e das convicções doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos animais e de que maneira pode se dar a amplificação de direitos fundamentais também para estes. Para atingir tal propósito, foram utilizados inúmeros textos, artigos de leis e dispositivos jurisprudenciais.

Constatou-se a existência de documentos como a chamada Declaração Universal dos Direitos Animais, a qual somente concede referência aos países, assim como a Constituição Federal, cuja finalidade é a proteção de todas as formas de vida, sem, contudo, atribuir na prática direitos fundamentais aos animais, os quais apresentam valores intrínsecos. A legislação nacional, outrossim, em seus diferentes âmbitos, é longínqua e insuficiente para um mais sensato zelo aos animais, uma vez que procura preservar a própria dignidade humana e consolidar a noção de supremacia humana na natureza. Dessa maneira, percebe-se que deve se instituir uma elevação no *status* dos animais, ao menos por meio da concessão do denominado mínimo existencial, sendo que, para tanto, faz-se de máxima importância a atuação do poder público, como também da sociedade em geral, no deslocamento dos referidos direitos do âmbito teórico para a alçada prática.

PALAVRAS-CHAVE: Animais. Direitos Humanos. Homem.

THE POSSIBILITY OF EXTENSION OF OWNERSHIP OF FUNDAMENTAL RIGHTS FOR TO NON-HUMAN ANIMALS

ABSTRACT: The different philosophical opinions have challenged over the years the understanding of animals as a denial of the human phenomenon, so they cannot affiliate themselves with moral and legal subjectivity, since man is a moral agent, while animals constitute things. This work presents as a purpose to discuss the approach of the current legislation and the doctrinal and jurisprudential convictions about animals and how

the amplification of fundamental rights can also be given to them. To achieve this purpose, numerous texts, articles of laws and jurisprudential devices have been used. It was verified the existence of documents such as the so-called Universal Declaration of Animal Rights, which only grants reference to countries, as well as the Federal Constitution, whose purpose is the protection of all forms of life, without, however, attributing in practice fundamental rights to animals, which have intrinsic values. The national legislation, in its different ambits, is also distant and insufficient for a more sensible zeal to animals, since it tries to preserve the own human dignity and to consolidate the notion of human supremacy in nature. Thus, it is perceived that an elevation in the status of animals must be instituted, at least by means of the concession of the so-called minimum existential, being that, for this, the action of the public power, as well as of the society in general, in the displacement of the referred rights from the theoretical scope to the practical sphere, is of maximum importance.

KEYWORDS: Animals. Human rights. Man.

1 | INTRODUÇÃO

A concepção ocidental faz-se singular pelas inúmeras contraposições, entre as quais se pode mencionar: humano e animal. O préstimo dos diferentes posicionamentos filosóficos passou a comprometer um tanto as passadas percepções que sustentam que os animais constituem um estado de ausência quando comparados com humanos, em virtude do surgimento de uma perspectiva que atesta, na essência, a unicidade de homens e animais. No entanto, a chamada “condição animal” persiste afirmando que há uma fronteira que separa humanos dos demais seres, na qual animais representariam uma contradição do fenômeno humano e não poderiam integrar a subjetividade moral e jurídica.

Ora, o presente texto refere-se a uma pesquisa bibliográfica que sistematiza os estudos produzidos até o presente momento relacionados ao tema em questão. Por conseguinte, o problema em análise, que é de natureza teórica e especulativa, constitui uma fragilidade que se perpetua, até mesmo, nos âmbitos pedagógico e educacional. Discorrer acerca da proteção jurídico-constitucional dos animais justifica-se pela falta de estudos otimizados relativos ao assunto no Brasil e as divergências que entre eles persistem. Isso, pois, há épocas, falar sobre a temática afronta princípios manifestos no direito pátrio.

Dessarte, o objetivo deste debate não se resume apenas em analisar a possibilidade de conceder aos animais *não humanos*, dignidade e direitos fundamentais próprios, mas também sobre os níveis protetivos a serem-lhes concedidos. Os objetivos, à vista disso, fazem-se totalmente cabidos, estando eles alinhados com o problema da pesquisa.

2 | DESENVOLVIMENTO

Primeiramente, deve-se destacar que, como o próprio título do artigo sugere, esse pretende questionar a chamada “condição animal”, sendo que, para isso, se utilizam inúmeros mecanismos, tanto doutrinários, quanto legais. Entre os ditos mecanismos, pode-

se mencionar a Declaração Universal dos Direitos Animais, normas como a Constituição Federal, o Código Penal e o Código Civil, assim como artigos científicos e outras publicações do meio acadêmico, sendo que a maior parte deles enfatiza uma noção de inferioridade dos animais em relação aos seres humanos.

A inferioridade que perdura entre seres humanos e não humanos é resultado do pensamento antropocêntrico, que se fortaleceu com movimentos intelectuais como o humanismo, no século XIV, e o iluminismo, no século XVIII. Com os movimentos mencionados, desfez-se um pensamento anterior, que ficou denominado de teocentrismo, no qual o poder de Deus era tido como superior a todos os seres humanos. Entretanto, no antropocentrismo, o ser humano passa a representar o “centro das atenções”, devido ao predomínio de suas capacidades cognitivas. O antropocentrismo dá ao ser humano, desse modo, um “ar” de superioridade em relação a tudo e a todos, incluindo os animais. No mesmo sentido, a doutrina jurídica contemporânea pondera que:

A sociedade ocidental crava-se na ideia da superioridade humana, valendo-se dos argumentos antropocêntricos, ou seja, aloca-se o ser humano no centro de todas as coisas. [...] Desde já, ao conhecer o pensamento que permeia a sociedade brasileira pode-se fazer um pré-julgamento do tratamento jurídico dos animais, e com certeza, o centro de todas as coisas, a eles, não foram concedidos. A análise da natureza jurídica dos animais não humanos poderá se dar em três dimensões, em face ao Código Civil, à Constituição e ao Direito Ambiental. [...] Vê-se então a necessidade de discutir a viabilidade de os animais não humanos ganharem destaque no ordenamento jurídico, principalmente face à Constituição, irradiando, sua proteção aos animais não humanos. (ABILIO, 2015)

Fato é que, desde as primícias da humanidade, o ser humano sempre apresentou uma relação próxima com os animais “não humanos”, visto que estes sempre integraram os ambientes que aqueles ocupavam. Não é diferente do que se observa na contemporaneidade, onde animais “não humanos”, em alguns locais, já se tornaram praticamente membros das famílias, sendo considerados um “filho” ou um “irmão”, a despeito de uma relação vertical de dominação que ainda se mantém. Outrora, entretanto, os cães, por exemplo, possuíam utilidade somente como guardas da propriedade, enquanto que os gatos serviam exclusivamente para caçar roedores. Ou seja, a contemporaneidade estreitou ainda mais a relação existente entre humanos e “não humanos”, devido, especialmente, a um processo de domesticação dos animais “não humanos”, senão se vê:

Contudo ao longo dos milênios que marcaram a evolução do Homem esta relação também se modificou. Se inicialmente este caçava e recolhia os alimentos, com as mudanças climáticas ocorridas, aumento de população e com a sua própria evolução cultural, os animais passaram a coabitar com o ser humano dando-se início ao processo de domesticação dos mesmos. (PEREIRA, 2014)

No entanto, como já dito, a relação que sempre prevaleceu e ainda prevalece é uma

relação vertical de dominação, considerando-se a separação prática e política que sempre existiu entre humanidade e “animalidade”. Isso considerando que “seja em suas variantes antigas ou modernas, a máquina antropológica opera pela criação de uma diferença absoluta, [...] entre homem e animal que [...] eleva o humano em detrimento do animal e do ambiente”. (BASQUES, 2008, p. 2)

Não se pode esquecer que a evolução histórica dos direitos humanos também é aspecto que contribuiu no atual *status* conferido aos animais, já que fortalece o pensamento antropocêntrico. Observa-se que a mencionada evolução histórica surge para questionar a desigualdade que perdurava entre as sociedades humanas, mas manteve “lastros” de desigualdade entre os seres humanos e demais seres. Nesse aspecto, também não se pode partir de generalizações, uma vez que países como o Brasil apresentaram uma lógica inversa, na qual, à medida que seres humanos conquistaram direitos, animais também passaram a adquirir um maior grau de reconhecimento, mesmo que muito distante do ideal, o que se deve, em especial, à incompatibilidade existente entre os textos da Constituição Federal e de outras normas, como o Código Civil. Não obstante, os direitos dos animais “não humanos” revelam-se um “prolongamento lógico do reconhecimento dos direitos em geral”, sendo que “o reconhecimento crescente dos direitos depois dos anos 1948 lança um desafio de reverter a ideia da supremacia do homem na natureza”. (DIAS, 2020)

Afastando-se da abordagem filosófica concedida aos animais “não humanos” e inaugurando o debate propriamente jurídico, deve-se destacar uma máxima geralmente usada no direito, segundo a qual a lei é uma criação do ser humano para o ser humano. Mencionada premissa indica que a sociedade ocidental implanta em suas legislações uma ideia de superioridade humana. Por esse motivo, a doutrina jurídica majoritária entende que os animais “não humanos” não apresentam uma personalidade própria, uma vez que esta se limita aos seres humanos. Sílvio de Salvo Venosa, em sua obra “Direito Civil: Parte Geral”, reproduz esse entendimento ao afirmar que “a sociedade é composta de pessoas. São essas pessoas que a constituem. Os animais e as coisas podem ser objeto de Direito, mas nunca serão sujeitos de direito, atributo exclusivo de pessoa.” (VENOSA, 2011, p. 125)

Em oposição a este e outros axiomas, que se revelaram arcaicos no decorrer da história, Georges Heuse, cientista e secretário-geral do Centro Internacional de Experimentação de Biologia Humana, propôs, pela primeira vez, um documento de natureza jurídica para atribuir dignidade e qualidade de vida aos animais “não humanos”. Pois bem, a Declaração Universal dos Direitos Animais, proposta por Georges Heuse, foi criada pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), órgão executivo da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1978, visando instituir parâmetros jurídicos para os países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU), incluindo-se o Brasil, com relação aos direitos animais. O Brasil, enquanto signatário da Declaração Universal dos Direitos Animais, comprometeu-se perante os outros países a amparar os animais “não humanos” em seu território.

O ponto mais importante e admirável reforçado pelo documento é a de que humanos devem compreender que o direito à existência, qualidade de vida, liberdade, integridade física e de proveito dos recursos da natureza não se revelam exclusivamente seus. Isso pois, como é evidente, devem ser direitos estendidos também a animais não humanos. Quanto aos animais que trabalham, deve haver uma limitação coerente do tempo e intensidade do trabalho, assim como a concessão de repouso e alimentação apropriada. Ademais, menciona-se que os direitos animais devem ser estabelecidos legalmente, de maneira idêntica aos direitos humanos, sendo que se pode verificar que isso não ocorre no âmbito prático, pois perdura a escassez do ordenamento jurídico. (CORREIA; TINOCO, 2010, ps. 184-185)

No que diz respeito ao tratamento constitucional concedido aos animais “não humanos”, nota-se que a Constituição Federal de 1988 preocupou-se, ainda que de forma mesquinha, com a salvaguarda do patrimônio ecológico, ao instituir um direito e dever de todos os indivíduos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não existia anteriormente qualquer dispositivo legal que contemplava o dever de tratamento respeitoso com relação aos seres “não humanos”, sendo usuais situações em que estes eram encontrados vivendo em um “submundo” tragando a crueldade e o esquecimento. A atual constituição apresentou, desse modo, uma “novidade”, uma vez que as constituições anteriores pouco se preocuparam com relação ao protecionismo ecológico, sendo prevalentes os interesses meramente econômicos.

O artigo de número 225 da Constituição Federal declara que:

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. (BRASIL, 1988)

Nota-se que o artigo acima delega ao poder estatal e à coletividade a salvaguarda da flora e da fauna, assim como o respeito à vida, à liberdade e à integridade física dos seres “não humanos”, colocando, bem assim, barreiras aos maus tratos e aos tratamentos degradantes e que exponham os mesmos ao risco de extinção. Ao estabelecer deveres para sua subsistência junto ao meio ambiente, o aparato constitucional evidenciou latentemente que animais “não humanos” encontram-se providos de sensibilidade, sendo capazes de “experimental” seus próprios sentimentos e emoções, similares aos dos seres humanos, como a raiva, o sofrimento, a felicidade, o prazer, o contentamento e a amizade. Além disso, sofrem com o frio, degustam da própria fome, possuem uma linguagem característica, revelando ser donos de uma inteligência particular. Todavia, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na prática, consubstancia direitos fundamentais dos seres humanos, o que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo utilizados pela maioria dos doutrinadores e da jurisprudência no sentido de propiciar apenas uma proteção

indireta aos animais “não humanos”. Assim sendo, persiste a necessidade de solidificação dos mecanismos constitucionais e um melhor emprego dos instrumentos hermenêuticos, com a finalidade de que aqueles possam também refletir nas relações privadas.

Necessário se faz esclarecer que o termo “crueldade” ou “tratamento degradante”, apresentado pela Constituição Federal, é, em seu atual entendimento, ligado ao exercício de um ato impiedoso ou insensível. Assim, somente as práticas anormais, ou sem justificativa, exigiriam a sua repulsa pelo ordenamento jurídico. Em casos de crueldade, o indivíduo parte de uma inclinação mental somente para causar dores, lesões ou o sofrimento alheio. Ao contrário disso, condutas que promovam sofrimento, mas que impliquem no provimento de necessidades humanas, via de regra, são permitidas ou se sustentam moralmente, existindo brechas na lei para tanto. Dessa forma, a legislação penal, ao definir os tratamentos cruéis, buscou complementar as normas constitucionais, ainda que de modo incoerente. (STRAZZI, 2015)

A lei federal nº 9.605/98 instituiu uma repulsa aos crimes ambientais, sendo que no texto de seu artigo 32, traz a tipificação penal de abuso e maus tratos.

Art. 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. (BRASIL, 1998)

Na verdade, o artigo supramencionado está a amparar a própria humanidade e não os animais, além de possuir uma pena irrisória. Isso decorre do fato de que o animal não ser vislumbrado como vítima das práticas de abuso e maus tratos, mas sim mero objeto do tipo penal. Quer dizer que, sendo o animal um objeto material, as práticas abusivas contra ele salientam simplesmente uma violação da dignidade humana.

A natureza protecionista da Constituição Federal, assim como das leis ambientais vigentes, não coincide com a abordagem que tem os seres não humanos no Código Civil, o que será aqui comentado. O Código Civil Brasileiro apresenta o cerne do tratamento jurídico concedido aos seres “não humanos” no Direito Brasileiro ao diferenciar sujeito de direito e objeto de direito. Tem-se como conceito de sujeito de direito aquele apresentado no artigo primeiro do Código Civil Brasileiro, nestes termos: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002)

Vê-se com o artigo supramencionado que a finalidade do legislador pátrio, desde a formação do texto do Código Civil Brasileiro, foi a de conferir a categoria de sujeito de direito somente ao animal humano. E como é próprio do ordenamento jurídico, como um todo, este tem em vista pautar tão somente as relações fundadas entre seres humanos, ou

até mesmo, entre grupos de seres humanos, podendo estes representar pessoas físicas ou jurídicas. Quer dizer, o Direito cuida tão somente de relações de conflito porventura existentes entre seres humanos. Isso pois o Direito concede aos animais “não humanos” um estado de “inferiorização”, ao lhes conferir a característica de objeto de direito. O Código Civil Brasileiro, em seus artigos 1.196 a 1.510, apresenta o chamado Direito das Coisas, sendo que essa parte do Código abrange os animais. Tal segmento do Direito Civil corresponde a um conjunto de normas que regulam as relações jurídicas relativas aos bens corpóreos, móveis ou imóveis, ou incorpóreos, passíveis de apropriação. Vê-se, em vista disso, que:

A sociedade ainda reserva um estatuto ambíguo aos animais, uma vez que permite, por exemplo, que se tenha na Constituição de 1988 um artigo que tutele o animal-indivíduo contra práticas humanas que venham a submetê-los a crueldade [...] e outros dispositivos que o preconcebam como coisa móvel. (SOUZA; SOUZA, 2018)

Na mesma rota, o projeto de lei número 351, de 2015, que tramita perante o Senado Federal procura afastar a perspectiva clássica de animais “não humanos” como coisas, sendo influenciado pelas legislações de países como Suíça, Alemanha, Áustria e França, as quais já se libertaram das passadas concepções antropocêntricas na de suas leis. O mencionado projeto de lei pretende acrescentar parágrafo único ao artigo 82, do Código Civil, e inciso IV ao artigo 83 do Código Civil, com a finalidade de definir que os animais “não humanos” não mais serão considerados “coisas”. Da mesma maneira, o projeto de lei número 27, de 2018, já aprovado pelo plenário e que possui como destino a Câmara dos Deputados, pretende acrescentar dispositivo à Lei Número 9.605/1998 – Lei dos Crimes Ambientais –, com a finalidade de conferir uma natureza jurídica aos animais “não humanos”. Dito projeto, que possui a iniciativa do deputado federal Ricardo Izar, parte do entendimento de que os animais “não humanos” possuem natureza jurídica *sui generis* e consistem em sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional na hipótese de violação, sendo, desse modo, vedado o seu tratamento como “coisa”. Com isso, seres “não humanos” passar a ser aceitos como seres sencientes, isto é, dotados de natureza biológica e emocional e passíveis de sofrimento. Enfatiza-se que o projeto de lei, se aprovado, não modificará hábitos alimentares ou práticas culturais, de maneira que o vegetarianismo não se fará necessário. Auxiliará, contudo, no engrandecimento dos animais “não humanos” em face do ordenamento jurídico brasileiro e do tratamento concedido aos demais seres.

3 | CONCLUSÃO

Em face das asserções e resultados proporcionados pelo presente escrito, verifica-se que deve haver a elevação do *status* dos animais por intermédio da titularidade de direitos

fundamentais, ou ao menos, a concessão do denominado mínimo existencial para prover as suas necessidades. E, supostamente, projetos de lei como o anteriormente referenciado testemunham que, sim, é possível a concessão da titularidade de direitos fundamentais aos animais, o que vem a demonstrar que os únicos aspectos que diferem os humanos dos demais seres é a racionalidade e a comunicação verbal. Para reivindicar essa concessão, deve-se salientar que por longo período, negros também desempenharam uma espécie de força motriz na sociedade, conjuntura essa que tem sido abolida nas últimas décadas através do amplo reconhecimento de seus direitos fundamentais.

Dessarte, deve haver a atuação de órgãos competentes para reconhecer também os animais como munidos de sensibilidade, sofrimento e dor. Para tanto, persiste a necessidade de ultrapassagem do âmbito teórico-formalista do ordenamento jurídico para atingir a concretização dos direitos dos animais, o que também necessita da coletividade, que em companhia do Poder Público deve visar a instauração de um sistema que garanta a execução dos mandamentos legais. Ainda que não ocorra a atribuição de titularidade típica aos animais ou sua colocação no estado de sujeitos de direitos, é de grande importância que se tenha, ao menos, uma ampliação da sua proteção.

REFERÊNCIAS

ABILIO, Juan. Os direitos fundamentais dos animais não humanos: o ultrapassar fronteiras da constituição para além da coexistência à convivência moral e ética dos seres sencientes. **Revista Eletrônica de Direito**, Ourinhos. v. 1, n. 1, p. 442, 2015. DOI 978-85-87937-24-7. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1132>> Acesso em: 28/12/2020

BASQUES, Messias. Nos limites de um intermezzo: sobre homens e animais. **Scientiae Studia**, São Paulo, vol. 6, n. 2, p. 118, 2008. DOI 1678-3166. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662008000200009> Acesso em: 28/12/2020

BRASIL, 1967. **Código de Caça**. Disponível em: <<https://www.interlegis.leg.br/comunicacao/noticias/2010/07/codigo-de-caca-protacao-a-fauna>> Acesso em: 30/06/2020

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30/06/2020

BRASIL, 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 30/06/2020

DIAS, Edna Cardozo. **Direitos dos animais e isonomia jurídica**. Disponível em: <<file:///C:/Users/Asus/Downloads/10360-29199-1-PB.pdf>> Acesso em: 15/06/2020

GODINHO, Adriano Marteleto. **A controversa definição da natureza jurídica dos animais no estado socioambiental**. Disponível em: <<https://nionfern.wixsite.com/animalcidadao/single-post/2017/03/10/A-CONTROVERSA-DEFINI%C3%87%C3%83O-DA-NATUREZA-JUR%C3%8DDICA-DOS-ANIMAIS-NO-ESTADO-SOCIOAMBIENTAL>> Acesso em: 15/06/2020

PEREIRA, Susana. **A presença dos animais na história do homem.** Disponível em: < <http://www.mundodosanimais.pt/animais-pre-historicos/a-presenca-dos-animais-na-historia-do-homem>> Acesso em: 30/07/2020

SOUZA, Fernando; SOUZA, Rafael. **A tutela jurídica dos animais no Direito Civil Contemporâneo.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>> Acesso em: 29/05/2020.

STRAZZI, Alessandra. **Maus tratos a animais e as leis que os protegem.** Disponível em: <<https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/252646607/maus-tratos-a-animais-e-as-leis-que-os-protegem>> Acesso em: 28/05/2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011. 125 p.

A ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO TERCEIRO SETOR NO SEIO DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

Data de aceite: 01/03/2021

Bruno Valverde Chahaira

Doutorando em Direito Constitucional (Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo)
Professor (Assistente I) da Universidade Federal de Rondônia. Palestrante. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica Jus Societas. Membro do Centro de Estudos Jurídicos da Amazônia. Atualmente licenciado das atividades docentes na Universidade Federal de Rondônia para cursar o Programa de Doutorado em São Paulo

RESUMO: O presente trabalho questiona o papel e a eficiência da atuação do terceiro setor como contributo estatal e, mais além, pondera os reflexos do advento de sua atuação em atividades tipicamente empresárias. Com a evolução da sociedade, o Estado necessitou enxugar sua máquina com o fim de possibilitar uma melhoria na prestação de serviços públicos e na execução eficiente da atividade econômica. É nesse cenário que o Estado mínimo, o principal garantidor das prerrogativas fundamentais, adotando o modelo neoliberal, descentraliza sua esfera de atuação, firmando uma parceria pública-privada e agindo lado a lado com sociedade civil, fazendo surgir no ordenamento jurídico a figura das agências reguladoras. Cumpre, então, investigar se o terceiro setor atua conforme o esperado, prestando um serviço eficiente e menos oneroso, o que, em última análise, legitimaria sua existência no seio da Administração Pública. Para tanto, foram feitas

pesquisas qualitativas bibliográficas e utilização do método hipotético-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito empresarial; Estado mínimo; Princípio da eficiência; Terceiro Setor.

THE BUSINESS PERFORMANCE OF THE THIRD SECTOR WITHIN MANAGEMENT ADMINISTRATION

ABSTRACT: This paper questions the role and efficiency of the performance of the third sector as a state contribution and, further, ponders the reflexes of the advent of its performance in typically entrepreneurial activities. With the evolution of society, the State needed to dry its machine in order to enable an improvement in the provision of public services and in the efficient execution of economic activity. It is in this scenario that the minimum state, the main guarantor of fundamental prerogatives, adopting the neoliberal model, decentralizes its sphere of action, establishing a public-private partnership and acting side by side with civil society, making the figure of agencies appear in the legal system. regulatory authorities. Therefore, it is necessary to investigate whether the third sector acts as expected, providing an efficient and less costly service, which, in the final analysis, would legitimize its existence within the Public Administration. To this end, qualitative bibliographic research and the use of the hypothetical-deductive method were carried out.

KEYWORDS: Business law; Minimum state; Principle of efficiency; Third sector.

1 | INTRODUÇÃO

O Brasil passou nos últimos anos por diversas mudanças na legislação constitucional e infraconstitucional. Tais modificações vieram no sentido de reduzir as atribuições estatais, enxugando a máquina administrativa, optando, assim, por um Estado mais eficiente que burocrático, um estado mínimo, advindo do que ficou conhecido como Reforma Gerencial.

A Reforma Gerencial se caracterizou pela privatização de serviços de natureza essencialmente pública a particulares, criando assim o denominado terceiro setor. Fala-se em terceiro setor, uma vez que este funciona como ente de contribuição à atuação do Estado (primeiro setor), e do mercado (segundo setor), a eles se contrapondo e complementando.

Ao terceiro setor, que é formado pelas organizações sociais (OS), organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), organizações não governamentais (ONGS) e serviços sociais autônomos foi delegado atribuições de natureza predominantemente pública, passando este setor a ser responsabilizado pela prestação eficiente desses serviços.

Nesse diapasão se faz necessário questionar se atuação do referido terceiro setor cumpre com o baluarte fundamental da reforma gerencial, qual seja, solidificar a prestação de serviços públicos e a exploração de atividade econômica a toda a coletividade primando pela eficiência e economicidade.

Nessa toada, cumpre questionar se a atuação, principalmente no que se refere à seara empresarial, é cumprida satisfatoriamente pelo terceiro setor, de forma a contribuir com os desafios que o Direito de Empresa enfrenta e, sob um viés constitucional, ressignificar a máxima da crise eficaz dos direitos sociais.

A pesquisa se legitima uma vez que o debate acerca da Administração gerencial ganha cada dia mais destaque, fazendo-se necessário compreender a operatividade do terceiro setor junto ao Estado e seu real papel, seja como substituto ou contributo.

Para tanto, foi realizada pesquisa de ordem bibliográfica, tendo a problemática sido respondida por meio da utilização do método hipotético-dedutivo.

2 | O ANSEIO DO HOMEM EM ORGANIZAR-SE E A CRIAÇÃO DE UMA FICÇÃO: O SURGIMENTO DO ESTADO

O domínio do Estado escapa-lhe porque está “para além do Direito”: o Estado, que é o Estado da classe dominante, não é nem público nem privado, é pelo contrário a condição de toda a distinção entre público e privado. Podemos dizer a mesma coisa partindo agora dos nossos “Aparelhos Ideológicos do Estado”. Pouco importa que as instituições que os realizam sejam “públicas” ou “privadas”. O que importa é o seu funcionamento. Instituições privadas podem perfeitamente funcionar como Aparelhos Ideológicos do Estado.¹

O Estado surge, no seio da sociedade, como consequência de um anseio por se

1 ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1987, p. 45-46.

organizar e buscar, conjuntamente, o bem comum. Pode-se considerar, assim, que o Estado é uma sociedade natural, uma vez que é da natureza do homem viver em sociedade. Nas palavras de Dabin²:

Chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público, e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isso o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público. Assim, a causa primária da sociedade política reside na natureza humana, racional e perceptível. No entanto, a tendência deve tornar-se um ato; é a natureza que impele o homem a instituir a sociedade política, mas foi a vontade do homem que instituiu as diversas sociedades políticas de outrora e de hoje. O instituto natural não era suficiente, foi preciso a arte humana.

Para Kant,³ o Estado encontra legitimidade em um contrato coletivo por meio do qual o povo renuncia a sua liberdade como forma de possibilitar o convívio em sociedade:

De acordo com o ideal de Kant, a respeito do conceito e da origem do Estado, que em alguns pontos se aproxima de uma releitura do pensamento rousseauniano⁴, o poder político que possibilita a criação da figura estatal, se dá por meio de um acordo de vontades coletivo. É, então, um verdadeiro contrato social que legitima a existência dessa ficção que se instrumentaliza e organiza a sociedade, com fins de buscar o bem público.

Pode-se entender, assim, que o Estado, com todos seus aparatos, não passa de uma ficção estruturada, um artifício, que se originou da necessidade inerente do ser humano de viver em uma coletividade organizada. A distinção entre a figura soberana do Estado e todas as outras ficções da sociedade civil é a soberania, propriamente dita. O Estado se caracteriza justamente, por ser possuidor único de *imperium*⁵, tendo a prerrogativa de, alegando o bem comum e o interesse social, fazer sua vontade se sobrepor a de seus administrados.

2 DABIN, Jean. *Doctrine générale de l'État*. Paris: Sirey, 1939, p. 99-90.

3 O ato pelo qual um povo se constitui num Estado é o contrato original. A se expressar rigorosamente, o contrato original é somente a ideia desse ato, com referência ao qual exclusivamente podemos pensar na legitimidade de um Estado. De acordo com o contrato original, todos (*omnes et singuli*) no seio de um povo renunciam à sua liberdade externa para reassumi-la imediatamente como membros de uma coisa pública, ou seja, de um povo considerado como um Estado (*universi*). e não se pode dizer: o ser humano num Estado sacrificou uma parte de sua liberdade externa inata a favor de um fim, mas ao contrário, que ele renunciou inteiramente à sua liberdade selvagem e sem lei para se ver com sua liberdade toda não reduzida numa dependência às leis, ou seja, numa condição jurídica, uma vez que esta dependência surge de sua própria vontade legisladora. (KANT, Immanuel. *A Fundamentação da Metafísica de direito*. A doutrina Universal do Direito, p.158.)

4 A problemática de Rousseau se concentrava em preservar a liberdade natural do homem e ao mesmo tempo garantir a segurança e o bem-estar da vida em sociedade. Para tanto, elaborou a teoria do contrato social, por meio do qual prevaleceria a soberania da sociedade, a soberania política da vontade coletiva. Rousseau acreditava que seria preciso instituir a justiça e a paz para submeter igualmente o poderoso e o fraco, buscando a concórdia eterna entre as pessoas que viviam em sociedade.

5 Entende-se poder de *imperium* como o poder dominante e típico dos Estados soberanos, exercido de maneira imperativa, não existindo outra forma de poder que concorra com este. É o poder originário que legitima a elaboração e aplicação de leis, diante de um determinado povo, nos limites de um determinado território.

O Estado é, também, uma sociedade necessária, em razão de não poder o indivíduo se emancipar de sua tutela⁶.

Pode se compreender que o Estado é uma sociedade eminentemente política, pois não encontra, num primeiro momento, limites para sua atuação, ao passo que todas as outras sociedades são de natureza jurídica: têm sua organização regulada pelo Estado e dependem de sua aprovação para legitimamente existir.

Ao Estado cabe buscar o bem comum, o interesse público e é nessa busca que o homem vem, através do tempo, modificando a estrutura estatal. A noção de Estado é permanente, mas não imutável; não existe sociedade sem Estado, mas a forma com que o Estado atua e regula a realidade social, contudo, se modifica em favor da vontade humana.

Cabe dizer, o Estado antigo, o medieval, o que encontrou seus baluartes nos princípios da Revolução Francesa, o Estado Liberal, o Máximo Keynesianista e aquele de natureza Neoliberal, todos foram, em seu tempo, formas de representação da dinâmica social e passaram por mudanças para adaptar a sua estrutura e forma de atuação às necessidades da socialidade.

A forma de atuação do Estado, em qualquer tempo, traz consequências diretas no regime jurídico-social. Observa-se que, no momento de sua formação, o Estado tratou de organizar a sociedade e dividir as esferas de atuação do Direito. Segundo a atribuição clássica de Jean Domat⁷ (1829, p. 2), as leis, em relação ao seu conteúdo, se dividiam em públicas e civis. Tal era a separação e independência das referidas leis, que o Direito Civil era tido como “Constituição Privada”, ou seja, lei máxima na regulação da vida do indivíduo e administração de seu patrimônio ao passo que a Constituição pública, propriamente dita, tratava da relação entre Estado e particular.

Tal dicotomia se firmava como reflexo do Estado liberal, e com a eventual intensificação da atuação estatal na sociedade, tornou-se obsoleta. Não se podia mais falar em Constituições públicas e privadas, mas sim em matéria constitucional – ou seja, o Estado – influenciando diretamente a vida do particular, por meio de uma “publicização” do Direito Civil, uma das características que propiciaram o surgimento do *Welfare State*.

A influência da atuação do Estado no ordenamento jurídico pode ser observada, ainda, na promulgação de Constituições dirigentes, que se classificam por ter em seu bojo, normas programáticas o que é um resultado claro do recente surgimento do Estado Social.

6 A contextura das vidas humanas se insere solidamente no quadro das suas instituições; porque não existe esfera alguma de atividade, ao menos em teoria, que não dependa de sua autoridade. O estado moderno é uma sociedade de base territorial, dividida em governantes e governados, e que pretende, nos limites do território que lhe é reconhecido, a supremacia sobre todas as demais instituições. De fato, é o supremo e legal depositário da vontade social e fixa a situação de todas as organizações. Põe sob seu domínio todas as formas de atividade, cujo controle ele julgue conveniente. Na lógica dessa supremacia se subentende que tudo quanto restar fora de seu controle é feito com sua permissão. O Estado não permite ao homem desposar a irmã; é graças à permissão do Estado que ele pode desposar a prima. O Estado é a chave da abóbada social; modela a forma e a substância de miríades de vidas humanas, de cujo destino ele se encarrega. LASKI, Harold J. *Grammaire de la politique*. Paris: Delagrave, 1933, p. 9).

7 DOMAT, Jean. *Le droit public, suite des lois civiles dans leur ordre naturel*. vol. 3, Oeuvres complètes, nouvelle édition revue corrigée, ed. Joseph Remy (Paris: Firmin-Didot, 1829, p. 1-2

3 | A SOBERANIA NÃO RESIDE NO ESTADO, MAS SIM NA POPULAÇÃO: LOCKE, SMITH E OS CONTORNOS INICIAIS DO LIBERALISMO

O entendimento de Locke⁸ inspirou o pensamento Liberal, servindo como base para toda a transformação estatal que estava prestes a surgir.

Se por um lado, Locke foi o responsável por desenvolver o liberalismo político, tem-se na figura de Adam Smith, o grande nome por trás do liberalismo econômico, defendido em sua obra de 1777, *A Riqueza das Nações*. Para Smith, o Estado deveria ser omissivo em relação a toda atividade econômica, uma vez que o mercado se auto regularia, conforme a teoria que depois ficou conhecida como “mão invisível”.

Embebida pelas teorias liberais de Locke e Smith, a Revolução Francesa de 1789 veio como uma resposta da burguesia às restrições infringidas pelas classes dominantes, quais sejam, monarquia e clero, que impunham, durante toda o período da Idade Média uma política de estamentos sociais.

Para tanto, a camada social comandada pelos burgueses, desejosos de possuir poder político, e também de aumentar o lucro transações mercantis, encontrou num pensamento privatista os baluartes para atingir o que tanto almejavam, uma concepção político social que contrapusessem o ideal do Estado Absoluto.. E então a revolução eclodiu. Nas palavras de Souza⁹:

A revolução de 1789 instaura o liberalismo individualista no nível institucional do Estado, limitando a atuação absolutista que dominou a Idade Média. O fundamento político aparente da Revolução era o alcance da certeza jurídica. De poder garantir com firmeza os direitos do homem e, para tanto, era necessária a instauração da liberdade civil.

Mudava-se, assim, o núcleo de todo entendimento acerca da sociedade da época. Saía do centro do pensamento o Estado, agora moderno, e buscava-se analisar tudo na perspectiva individualista. Considera-se que a ordem social, a partir desse momento histórico, passou a ser regida pelos valores do indivíduo. Começa-se a falar em liberdade e igualdade civil, propriedade privada, no surgimento de uma sociedade fraterna, hegemônica, e organizada horizontalmente; entra-se na era do Liberalismo.

Acerca da figura do Estado Liberal, aduz Azambuja¹⁰:

O chamado Estado liberal, exatamente por ser um regime popular, em que a vontade do povo ditava a lei, absorveu o indivíduo e o povo. Porque o indivíduo e o povo, diante dos novos problemas e das novas necessidades

8 John Locke (1632-1704), filósofo inglês, considerado um dos grandes responsáveis por movimentos como o empirismo e o iluminismo. Locke somava voz ao grupo de autores da época que questionavam o chamado poder divino, concedido ao monarca soberano e fundamento do Estado Absolutista. Segundo Locke, a soberania não reside no Estado, mas sim na população, de onde deveria provir todo poder político. Sua tese também se consubstanciava na teoria da separação do poderes, que deveriam ser divididos em Executivo, Judiciário e Legislativo.

9 SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008, p.21.

10 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2011, p. 171

que iam surgindo, incapazes de resolver aqueles e de suprir a estas, mesmo de compreender uns e outras, imploravam e exigiam do Estado a solução e o remédio para todas as suas dificuldades e males. Assim, o Estado se hipertrofiou exatamente para atender os reclamos dos que mais tenazmente pretendiam defender os direitos do indivíduo contra o poder do Estado. A cada necessidade, um novo serviço público; para cada problema, uma lei ou código; cada invocação e cada progresso da técnica determinam uma regulamentação.

Em apertada síntese, a teoria do Liberalismo defendia os fins limitados do Estado. Dito de outra forma, caberia ao Estado reduzir ao máximo suas atividades, funcionando apenas como vigilante da ordem social. Deveria o Estado agir apenas sob a função de Estado-polícia, sendo vedada qualquer iniciativa em matéria econômica. O estado liberal sobreviveu até meados do século XX quando acabou por ser substituído pelo dito Estado Social.

4 I “A DIFICULDADE REAL NÃO RESIDE NAS NOVAS IDEIAS, MAS EM CONSEGUIR ESCAPAR DAS ANTIGAS.” J. KEYNES. O ESTADO SOCIAL COMO CONTRAPONTO DO ANTIGO LIBERALISMO

O Estado social teve como baluarte o entendimento de que cabe ao Estado atuar como agente de desenvolvimento, promovendo e regulamentando a vida, a saúde, a economia e a política. O grande responsável por difundir a teoria do Estado Social, ou como também é chamado, *Welfare State*, foi Keynes¹¹, por observar que a “mão invisível” não era apta a resolver os anseios da sociedade, como acreditavam os pensadores liberais. O Estado social se popularizou com as crises econômicas pelas quais passou o Estado moderno, como o *crack* da bolsa americana em 1929¹² e a situação da Europa pós-guerra.

A ideia do Estado social, no entanto, é mais antiga, surgindo num primeiro momento, como uma crítica ao Liberalismo político e nitidamente atrelada ao socialismo, como bem observa Bonavides¹³: “a revolução capitalista tivera em Smith o teórico que a legitimara no

11 John Maynard Keynes, foi um economista britânico cuja teoria teve grande influência na macroeconomia moderna. Keynes defendia uma política econômica de Estado intervencionista, ou Estado de bem estar social, como também ficou conhecida, segundo a qual cabia aos governos usarem medidas fiscais e monetárias para repelir os efeitos adversos dos ciclos econômicos.

12 Durante a Primeira Guerra Mundial, a economia norte-americana estava em pleno desenvolvimento. As indústrias dos EUA produziam e exportavam em grandes quantidades, principalmente, para os países europeus. Com o término da guerra o quadro não mudou, uma vez que os países europeus, voltados para a reconstrução das indústrias e cidades, necessitavam manter suas importações, principalmente dos EUA. Contudo, a partir da década de 1920, a situação começou a mudar. Drasticamente: os países, já reconstruídos não mais necessitavam importar dos Estados Unidos como antes, gerando assim um estoque de produtos norte americanos que não conseguiam ser vendidos. Fato é que, essas empresas, que não mais vendiam como antes, possuíam ações significativas na bolsa de valores norte americana, nas quais milhares de americanos tinham investidos. O que observou-se foi o processo gradual de desvalorização das ações dessas empresas e a correria da população para vender essas ações O efeito foi devastador, pois as ações se desvalorizaram fortemente em poucos dias. O número de falências de empresas foi enorme e o desemprego atingiu quase 30% dos trabalhadores. A crise, também conhecida como “A Grande Depressão”, foi a maior de toda a história dos Estados Unidos. Como nesta época, diversos países do mundo mantinham relações comerciais com os EUA, a crise acabou se espalhando por quase todos os continentes, como um verdadeiro efeito dominó.

13 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Democrático*. 7ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 166.

campo econômico. Mas em Marx, e somente em Marx, encontrou o seu primeiro e autêntico refutador.”¹⁴ Tal fato se justifica em razão de todo o pensamento Marxista iniciar com a crítica, com uma revolta para com os moldes da economia e da política da Época.

Muito do trabalho de Marx, todavia pode ser compreendido como uma releitura do pensamento rousseauiano: ambos são negativistas em relação à longevidade do sistema capitalista; este defendia um socialismo utópico, enquanto aquele o chamado socialismo científico. No liberalismo, a reação era da burguesia capitalista; no marxismo era a classe operária que protestava.

Faz-se mister o comentário de que o Estado Social veio com o sentido se subverter, de reestruturar as instituições sociais da Época. Rousseau encontrava na Democracia a conciliação das classes, um verdadeiro acordo de energias humanas que possibilitaria a busca por um bem comum a todos.

Acerca do Estado social, preceitua Bonavides (2004, p.184):

O estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. Daí compadecer-se que o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais.

Tal entendimento é deveras importante, pois, apesar de o Estado Social ter suas bases no pensamento Marxista, não é objeto de discussão de sua doutrina os sistemas capitalistas e socialistas. Assim, pode-se observar no curso da História a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, todos adotando a configuração de um Estado Social, o que não impediu a Inglaterra de Churchill, os Estados Unidos e a França também o fizessem.¹⁵

14 Rousseau deu à democracia moderna sua teoria pura. Marx emprestou ao socialismo a feição científica de que carecia, liberando-o das velhas utopias, comuns a todos os predecessores. [...] O Marxismo começa com a crítica. A democracia de Rousseau teve também, como ponto de partida, uma análise, na qual decompôs o filósofo a sociedade de seu tempo, sociedade sabidamente medieval, com a herança sobrevivente de feudos e corporações, já incompatível com as bases autoritárias e nacionais do Estado moderno; já em manifesta contradição com o sistema capitalista. (BONAVIDES, *Op. Cit.*, 2004, p. 166)

15 A respeito do Estado-Social Francês, obtempera Bustillos (BUSTILLOS, Catarina Setúbal. *Políticas Sociais Públicas: O Estado-Providência Francês*. Revista do BNDS, Rio De Janeiro, V. 8, N. 15, P. 195-212, JUN. 2001, p.1): O Estado-Providência francês caracteriza-se por ser um modelo de proteção social baseado na ideia de redistribuição de recursos pelo Estado (solidariedade nacional) e financiado, majoritariamente, por um sistema de seguridade social por repartição, consolidado a partir de 1945 e com vocação universalista, para fazer face aos riscos sociais de empobrecimento, velhice e doenças que atingiam os trabalhadores no pós-guerra e, assim, manter a coesão social. Após 1974, o sistema baseado no pleno emprego começa a enfrentar as dificuldades trazidas por um desemprego estrutural de longa duração e altas taxas, pelo baixo crescimento econômico, pela nova estruturação econômica mundial e por evoluções demográficas internas inevitáveis.

5 I A FUGA DAS MÃOS IMPERATIVAS DO ESTADO: O NEOLIBERALISMO

Com a existência de crises econômicas, começaram a surgir teorias a respeito de um Estado que atuasse diretamente na economia que, com seu amparo, se sairia melhor. Este era o espírito da doutrina do Estado Social que, de fato, garantiu aos Estados que a adotou uma recuperação na economia, mas ao passo em que se recuperou, esta não conquistou avanços, simplesmente estava estagnada. Por volta da década de 70, observou-se a necessidade de se “reviver” o liberalismo, mas com uma forma mais adequada para ao tempo que estava se passando. Com isso chegou-se ao neoliberalismo que teve como um de seus idealizadores Milton Friedman, que defendeu a teoria monetarista na Universidade de Chicago.

O movimento neoliberal, vem como afronta à crise causada pela participação intensa do Estado. Por meio deste, se busca pouca intervenção do Estado nas relações de comércio e mercado de trabalho, privatização de estatais, globalização do comércio, contrapor o protecionismo econômico, reduzir a burocracia e o tamanho do Estado - para que este se torne eficiente – contrariar excessivos tributos, aumentar a produção e desenvolvimento econômico. O movimento vê que somente a lei da oferta e demanda seria o suficiente para autorregular o preço do que se produz, assim sem que o ente superior não os controle. Também entende que o alicerce da pirâmide econômica deva ser composto por empresas de cunho privado.

Como tudo que se faz é passível de críticas, a doutrina neoliberal também foi objeto de entendimentos controversos que diziam que o sistema iria unicamente favorecer as grandes empresas, e estas prejudicariam os menos favorecidos. Os países pobres e em desenvolvimento sofreriam com baixos salários, altos índices de desemprego e desigualdade social.

O primeiro chefe de Estado a adotar o modelo neoliberal foi a primeira Ministra do Reino Unido Margaret Thatcher, que o implantou em seu mandato, que foi de 1979 à 1990. Nos Estados Unidos alguns de seus presidentes o utilizaram, tais como, Ronald Reagan, George Bush e seu filho George W. Bush, em seus respectivos mandatos. No Brasil foi adotado por Fernando Collor de Melo no período de 1990 a 1992, posteriormente quem o implantou foi Fernando Henrique Cardoso, em um processo que iniciou em 1995 e se estendeu até 2003.

6 I A REFORMA GERENCIAL E A IDEIA DE UM ESTADO MAIS EFICIENTE QUE BUROCRÁTICO

Há mais de uma década, o ordenamento jurídico vem sendo alvo de modificações a nível constitucional e infraconstitucional, muitas delas com o fim de implantar um modelo de administração gerencial que tivesse como primado o ideal da eficiência.

Nesse diapasão, foi promulgada em 1998 a Emenda Constitucional de nº. 19, que

veio como forma de legitimar a Reforma Gerencial do Estado brasileiro que tomara contorno no início da década de 1990. O novo modelo de gestão pública foi inspirado nas teorias neoliberais, vindo como resposta à manifesta incapacidade do Estado de atuar ativamente contribuindo de forma efetiva na vida social do particular, como previra a Constituição Federal vigente¹⁶.

A crise pela qual passou diversos Estados esta está intimamente relacionada ao fenômeno da globalização. Ora, antes da multinacionalização de mercados, os Estados podiam proteger suas economias de qualquer interferência alienígena, o que a globalização veio a dificultar consideravelmente.

A necessidade do Estado reformar e reconstruir sua economia para competir internacionalmente o fez adentrar na esfera privada, funcionando como um instrumento fomentador e regulador do setor econômico. De pronto, já não mais necessitava o sistema econômico de ser reestruturado, mas o Estado como um todo.

Ao Estado, cabia, então, o dever de ser mínimo, atuar no setor privado apenas onde seja indispensável, pois, uma vez que cumule menos atribuições, poderá realizar o serviço público, e por isso, essencial, com mais efetividade.

O “Estado mínimo”, de cunho neoliberal é o modelo de gerenciamento estatal que preferiu a burocracia em detrimento da eficiência e em razão disso, esta se tornou princípio positivado da Administração Pública com a alteração da referida emenda constitucional especificamente no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Tal é a leitura do *caput* referido dispositivo constitucional: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência...*” (grifo nosso).

Antes de tal modificação legal, não se falava em eficiência e, assim, atuação do Estado deveria ser apenas legal, impessoal, moral e pública. Com o advento da Reforma Gerencial, o legislador constituído optou por, como já foi dito, diminuir o tamanho e o alcance do Estado, por entender que suas ferramentas de gestão suscitavam morosidade, uma administração com baixa produtividade e, dito de outra forma. Ineficiente.

Acerca do princípio da eficiência, analisa-se a sempre válida conceituação de

16 No Brasil a percepção da natureza da crise e, em seguida, da necessidade imperiosa de reformar o Estado ocorreu de forma acidentada e contraditória, em meio ao desenrolar da própria crise. Entre 1979 e 1994 o Brasil viveu um período de estagnação da renda per capita e de alta inflação sem precedentes. Em 1994, finalmente, estabilizaram-se os preços através do Plano Real, criando-se as condições para a retomada do crescimento. A causa fundamental dessa crise econômica foi a crise do Estado - uma crise que ainda não está plenamente superada, apesar de todas as reformas já realizadas. Crise que se desencadeou em 1979, com o segundo choque do petróleo. Crise que se caracteriza pela perda de capacidade do Estado de coordenar o sistema econômico de forma complementar ao mercado. Crise que se define como uma crise fiscal, como uma crise do modo de intervenção do Estado, como uma crise da forma burocrática pela qual o Estado é administrado, e, em um primeiro momento, também como uma crise política. (PEREIRA, PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996, p. 2-3)

O Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Tem-se, então, que cabe à Administração Pública, agora gerencial, buscar sempre a aferição de resultados, ampliando a autonomia e reduzindo o controle entre os entes administrativos.

As privatizações também se deram em decorrência da Reforma Gerencial, como bem observa Bresser Pereira¹⁸ uma vez que “uma característica essencial da reforma do Estado brasileira [...] foi a decisão de privatizar as empresas estatais que produzem bens e serviços para o mercado.” A prática de privatizar, prevista no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹⁹, consiste em descentralizar serviços de natureza eminentemente pública para pessoas jurídicas de direito privado. Essa práxis, que legitimou de forma significativa a teoria do Estado mínimo, consistia, em outras palavras, em terceirizar, não apenas as atividades de apoio, como segurança e limpeza, por exemplo, mas também as atividades sociais à membros da sociedade civil.

Nesse bojo, surgiu no ordenamento brasileiro a figura das agências reguladoras,²⁰

17 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 92.

18 PEREIRA, *Op. Cit.* 2006, p. 2.

19 “Este ‘Plano Diretor’ procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. Mas o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica. A situação agravou-se a partir do início desta década, como resultado de reformas administrativas apressadas, as quais desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a ‘memória administrativa’, a par de desmantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório governamental.” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1995, p. 5-6) O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado fine objetivos e estabelece diretrizes para a reforma da administração pública brasileira, instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia foi elaborado por determinação do presidente Fernando Henrique Cardoso.

20 Compreende-se que as agências reguladoras, (a exemplo da ANEEL, ANATAL, ANP, ANA, ANTAQ, ANTT, ANCINE, ANAC entre outras) pessoas jurídicas de direito público e integrante da Administração Indireta foram criadas por meio do Decreto-Lei nº 200/1967, que destacou sua natureza jurídica de autarquia de regime especial. Contudo, apesar de já há muito tempo existir a previsão legal que deu suporte à criação dessa espécie de autarquia de regime especial, as agências reguladoras só surgiram propriamente no seio da Administração Pública com o advento das teorias neoliberais. Pode-se concluir, então, que foi consequência da tentativa iniciada por Fernando Collor de Mello (1990-1992) e continuada e melhorada por Fernando Henrique Cardoso de reestruturar o Estado. Foi no advento do Estado mínimo e, em decorrência, da reforma gerencial, que a máquina estatal percebeu a necessidade de enxugar seu contingente e atuação no setor privado, passando, assim, a privatizar. As privatizações trouxeram como consequência para o Estado, o dever de regular a relação entre o trinômio Administração-serviços concessionários-administrado. O referido controle é possível de ser feito por meio das agências reguladoras uma vez que estas se diferem das autarquias simples por possuírem mais autonomia, seja ela financeira ou administrativa e por teres legitimidade de atuar com poder de polícia. Por último, faz-se o entendimento de que, mesmo quando a agência reguladora estiver fiscalizando determinada execução de atividade econômica ou prestação de serviço público, sua atuação será guiada pelos princípios da Administração Pública, uma vez que, como dito o referido instituto integra o núcleo da Administração Indireta.

espécie do gênero autarquia que, se caracteriza por observar um regime especial e que, como observa Mello²¹ “desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias.

Por último, outra característica inerente ao conceito de Estado gerencial é a celebração de contratos de gestão²², o que possibilitou a formação de parcerias públicas-privadas com os chamados entes de cooperação. Como consequência do exposto é que se pode observar a significativa atuação do terceiro setor em âmbitos tipicamente públicos.

7 | ATUAÇÃO “LADO A LADO” COM O ESTADO: O TERCEIRO SETOR

Com o advento das teorias neoliberais, a Reforma Gerencial e a formação de um mercado cada vez mais competitivo e capitalista, veio ao Estado a necessidade de haver cooperadores em algumas das atividades que, sob o regime administrativo anterior, eram de sua competência, uma vez que este já não estava mais conseguindo atender às demandas de seu território. Acentuou-se, então, a ideia do terceiro setor, no qual seriam delegadas funções que seriam próprias da Administração Pública.

Para se compreender o conceito de terceiro setor, segundo preleciona Montaño, (2010, p. 182) faz-se mister o entendimento da existência conforme e harmônica de dois outros setores. Nas palavras do autor supracitado “... o ‘terceiro setor’ refere-se, em contraposição ao ‘primeiro setor’ (Estado), e o ‘segundo’(mercado) [...] à sociedade civil”.

Entende-se que o terceiro setor é formado pelas paraestatais, entidades estas possuidoras de personalidade jurídica de cunho privado, com o fim de satisfazer o bem comum, ou seja, públicos, em razão disso, as paraestatais são identificados como entidades de utilidade pública.

Com a delegação das atividades ao terceiro setor, característica típica desse método de gerenciamento administrativo, o Estado realiza uma descentralização na qual o poder normativo e político fica na esfera pública ao passo que com a sociedade civil incumbe o dever de atuar em determinada área pactuada. Assim, tem-se que o Estado se exime de atuar em áreas de interesse coletivo, ficando toda a sociedade a depender da efetividade de prestação do terceiro setor, uma vez que a Administração Pública, em tese, estará livre de responsabilização.

No que tange ao entendimento acerca do terceiro setor, este se ramifica em três: serviços sociais autônomos, organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs). Mesmo com essa divisão, suas estruturas são semelhantes, pois são de cunho privado, atuam em atividades não exclusivas do domínio da administração, e por receberem subsídios, estão, assim, sujeitas ao controle administrativo.

21 MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

22 O contrato de gestão se encontra regulamentado por diversas leis esparsas. Cumpre comentar, todavia, a previsão no tocante à Emenda Constitucional de n.º 19, que, entre outras modificações, deu novo texto ao artigo 37, que dispõe: “§8º - A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade [...]”

Outra característica dos entes citados, é que, apesar de atuarem ao lado do Estado, não integram a Administração Indireta.

No que diz respeito aos serviços sociais autônomos, sistema criado no Brasil, são aqueles que de direito privado, foram instituídas, pelo poder público, com o fim de levar assistência ao ensino para determinadas classes sociais e profissionais. Para se sustentar eles recebem, como diz Meirelles²³ “dotações orçamentárias ou contribuições para-fiscais”, na o administrador concede a liberdade para que cumulem incentivos para-fiscais na natureza de tributos, uma vez que não recebem subsídios de seus mantenedores.

Característica relevante é que aos Serviços não são serviços eminentemente do Estado que foram delegados, mas atividades que, são de suma importância aos administrados. Nesse grupo se enquadram: SESI, SENAC, SESC, SESI, etc;

O terceiro setor se apresenta também na forma de Organizações Sociais, que se encontram previstas na lei 9637/1998 e, segundo o entendimento de Di Pietro²⁴:

São pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão.

Esse modelo, que se expandiu na reforma gerencial, se caracteriza por: a) ser pessoa jurídica de direito privado; b) sem o intuito de arrecadar lucro; c) deverá ser habilitada diante a administração para que seja declarada como entidade de utilidade pública uma vez que será declarada por medida provisória; d) sua finalidade será estipulada mediante contrato, no qual este especificará todas suas atribuições e deveres perante a Administração; uma vez que contratada, implicará na fiscalização de um órgão competente, em busca de que seja cumprido o que foi explícito no contrato.

Ainda neste diapasão, tem-se as OSCIPs (organização da sociedade civil de interesse público), que tem sua existência garantida por meio da lei 9790/1999, que possibilita a existência de parceria entre ente privado e Estado.

Embora se assemelhe ao modelo anterior, elas não se confundem, uma vez que, as OSCIPs se diferem em que sua criação não emergiu de anseio de substituição dos órgãos de administração direta; também, ao passo que as OS se firmam por meio de contrato, aqui se firma com temo de parceria. Outra característica que diferencia as Organizações Sociais das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público é que esta é qualificada por meio de ato vinculado enquanto aquela necessita de ato de natureza discricionária

Também é de grande valia saber que, uma vez enquadrada em um desses modelos, não poderá ter dupla personalidade, assim não se enquadrando nas duas formas

23 MEIRELLES, *Op. Cit.* 2013, p. 285.

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006 p., 489.

8 | A TRIPARTIÇÃO “ESTADO-MERCADO-TERCEIRO SETOR” E O ESTIGMA DO CONTRIBUTO SOCIAL

Tendo compreendido os conceitos básicos acerca do terceiro setor, cumpre questionar se sua atuação “lado a lado” com o Estado contribui para que este possa alcançar novos níveis de eficiência, como acreditavam os defensores da teoria do Estado mínimo e do modelo de administração neoliberal.

Após o período conhecido como Reforma Gerencial, marcado pelas várias modificações legais e constitucionais, com destaque à emenda constitucional n. 19 que, entre outras disposições, incluiu no rol de princípios da Administração Pública a eficiência, e a popularização da prática de privatização que enxugou a máquina estatal e trouxe para o ordenamento pátrio a figura das agências reguladoras, o terceiro setor se tornou cada vez mais presente e atuante na sociedade civil, todavia, faz-se mister questionar se as promessas neoliberais não passavam de um verdadeiro “canto da sereia” (MONTAÑO, 2010, p. 152)

Uma questão a ser levantada é que, com a retirada do Estado de segmentos econômicos, sua responsabilidade para com o indivíduo se encontrava altamente restringida. Assim, formar-se-ia um verdadeiro “Estado de Mal Estar” social, no qual a população se encontraria desassistida e à mercê da atuação de entes privados ao passo que ao Estado incumbiria apenas o gerenciamento de programas assistenciais.

Nesse sentido, aduz Montaña²⁵

As limitações que existiam no padrão anterior de resposta à “questão social” não apenas não são resolvidas pela reestruturação neoliberal, mas em muitos casos são agravadas; assim: a má distribuição e baixo cobertura dos programas sociais; o caráter predominantemente contratualista (excluindo os não-contribuintes); a estratificação de benefícios, reproduzindo as desigualdades; a inexistência de um enfoque redistributivista da política social; a ausência de proteção econômica para o desempregado; um padrão financeiro perverso, insuficiente e regressivo. [...] Estas limitações no novo padrão neoliberal de política social estatal é caracterizado pela primazia de “programas assistenciais de caráter apenas suplementar e emergencial”, “dirigidos apenas para os pobres”

A esse tipo de programa social²⁶, que se expandiu com a Reforma Gerencial, é

25 MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 6ª ed. Cortez Editora, São Paulo: 2010, p. 489.

26 O primeiro programa de impacto no Brasil foi o Programa Comunidade Solidária, instituído durante o mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso com a finalidade de combater a fome e as suas causas estruturais, que geram a exclusão social e para garantir a segurança alimentar de todos os brasileiros e brasileiras em três frentes: um conjunto de políticas públicas; a construção participativa de uma Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional; e um grande mutirão contra a fome, envolvendo as três esferas de governo (federal, estadual e municipal) e todos os ministérios. Com a mesma finalidade surgiu o programa Fome Zero, maior programa assistencialista na história brasileira. De acordo com dados do site do programa, no Brasil existem 44 milhões de pessoas ameaçadas pela fome. O Programa Fome Zero consiste num conjunto de mais de 30 programas complementares dedicados a combater as causas imediatas e subjacentes da fome e da insegurança alimentar, implementados pelo ou com o apoio do Governo Federal. Considera-se que esses programas são consequência da Reforma Gerencial e da redução do tamanho do Estado.

tecida a crítica em torno de sua uma natureza temporária, agindo como um paliativo e, uma vez que não possui o condão de resolver as questões conflitantes sociais, acaba por confirmar as desigualdades uma vez que não dá a resposta necessária aos problemas pré-existentes. Pode-se entender, também, que esse tipo de política emergencial perpetua a pobreza e abre campo para a criação de um sistema clientelista.

Deve-se, ainda, questionar a atuação das agências reguladoras no sentido de fiscalizar a atuação do serviço público que foi cedido ao particular e observar se atingem o binômio eficiência-economicidade.

Para tanto, cumpre analisar os contornos sociais para que se possa perceber que em áreas de atuação privada e fiscalizadas pelas agências reguladoras, como a telefonia e a arrecadação de energia elétrica, por exemplo, ainda engatinham e apresentam várias deficiências na prestação dos referidos serviços públicos.

O debate a respeito do terceiro setor recebe várias críticas por, entre outras razões, firmar uma confusão entre o público e o privado²⁷. Quebra-se, assim, a bipolarização entre o Estado e a sociedade civil essencial, que sempre se configurou como peça fundamental ao desenvolvimento social. Não se fala em esfera exclusivamente pública e exclusivamente privada, de tal forma que pela não prestação eficaz de serviços públicos não se pode mais ser mais responsabilizado, nem o Estado, nem o particular.

Noutro giro, cumpre destacar que o terceiro setor, na medida em que está, em determinada esfera dissociado da burocracia que marca a Administração Pública, é capaz de atuar na esfera privada – empresarial, portanto – com mais propriedade.

Dai porque, percebe-se que o terceiro setor representa uma alternativa à questão dos direitos sociais, máxime do neoconstitucionalismo e dos desafios que caracterizam a pós-modernidade, não obstante enseje ainda em uma evolução à atuação empresarial, seja em âmbito público ou em privado.

Falar em terceiro setor, nesse jaez, insta pensar na atuação empresarial que não tem como mister a busca desenfreada pelo lucro, mas sim sua compatibilização com o interesse social, daí porque, além de configurar-se como alternativa no campo fenomenológico, o terceiro setor possibilita uma hermenêutica de releitura dos institutos clássicos do direito público e privado.

9 | À GUIA DE CONCLUSÕES

O terceiro setor, fruto das reformas legais pelas quais passou a Administração Pública na década de 1990, a destacar a Reforma Gerencial, é fruto de um caloroso debate.

²⁷ A partir de finais dos anos 80, a ideologia neoliberal em ascensão apropriou-se da dicotomia maniqueísta entre Estado e sociedade civil para tornar demoníaco de uma vez por todas tudo o que provém do Estado (mesmo que agora se trate de um Estado democrático e de direito, permeável por demais às pressões das classes subalternas) e para fazer a apologia acrítica de uma “sociedade civil” despolitizada, ou seja, convertida num mítico “terceiro setor” falsamente situado para além do Estado e do mercado. (COUTINHO, Carlos Nelson. *El concepto de sociedad civil em Gramsci y la lucha ideológica em el Brasil de hoy*. Rio de Janeiro, UFRJ, 2000. Mimeo, p. 19).

Questiona-se se o modelo adotado pelo Estado, agora mínimo, implica em prestação de serviços públicos e exploração da atividade econômica eficientes.

Com as privatizações, consequência clara do enxugamento da máquina estatal, alguns dos serviços que eram de natureza exclusivamente pública, em sua maioria serviços essenciais, foram descentralizados ao particular, cabendo a este se responsabilizar pela prestação insuficiente e ineficaz.

Nesse cenário é que surgem as agências reguladoras, autarquias de regime especial que se caracterizam por ter uma maior autonomia funcional e que tem como finalidade imediata a fiscalização destes serviços que foram repassados à sociedade civil, ou, em outras palavras, ao denominado terceiro setor.

Nesse diapasão, o ideal do terceiro setor é desconstruído com base no entendimento de que a sua consolidação e eventual engrandecimento compromete a legitimidade estatal. Dito de outra forma, o terceiro setor ao se tornar cada vez maior põe em risco a existência do Estado de direito e com isso todas as prerrogativas fundamentais por ele salvaguardadas.

Existe, ainda, o entendimento de que o Estado promoveu o engrandecimento do terceiro setor não com os fins de atingir uma maior eficiência, mas para reduzir suas despesas e construir uma cultura em que a não prestação de serviços públicos pode ser mascarada pela auto-culpa construída sob as mazelas.

Contudo, tal entendimento não deve ser aceito uma vez que o terceiro setor age como um contribuinte à atividade estatal. Compreende-se, então, a existência de uma atuação “lado a lado” ao Estado, que, adotando o modelo neoliberal, se permite apenas gerir a administração pública, primando à eficiência pela burocracia.

Constata-se, que o debate acerca da operatividade do terceiro setor é questão fundamental no seio de um Estado Democrático de Direito, e sua consolidação só se legitima uma vez que se percebe que a atuação da sociedade civil não vem para substituir a atividade estatal (e suas garantias), mas para contribuir com o desenvolvimento de uma administração mais eficiente.

O Estado, figura soberana e dotada de *imperium*, deve ser mantido intacto em relação à sua legitimidade, uma vez que é o único garantidor das prerrogativas fundamentais do indivíduo. Como consequência, não se pode outorgar que o terceiro setor o substitua, assim sendo vedada a delegação por completo ao particular das atribuições estatais. Todavia, admite-se a existência de uma parceria entre Estado e terceiro setor para que este otimize a prestação de serviços públicos e o exercício de atividade econômica, ao passo que àquele caiba fiscalizar e gerir de maneira eficiente a Administração Pública, tutelando e garantindo aos administrados seus direitos fundamentais previstas pela Carta Constitucional.

É nessa seara que o terceiro setor aponta como alternativa à crise eficientista dos direitos sociais, que vêm sua normatividade esvaziada pela morosidade estatal, e como giro hermenêutico, consubstanciando-se em instrumento de releitura do direito público e

do privado, fazendo, por conseguinte, com que toda a construção epistêmica do direito empresarial passe a ser interpretada consoante os aportes neoconstitucionais de tutela aos direitos fundamentais e ao interesse coletivo.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1987, p. 45-46.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2011, p. 171

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Democrático*. 7ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.171 e 184.

BUSTILLOS, Catarina Setúbal. *Políticas Sociais Públicas: O Estado-Providência Francês*. Revista do BNDS, Rio De Janeiro, V. 8, N. 15, P. 195-212, JUN. 2001

COUTINHO, Carlos Nelson. *El concepto de sociedade civil em Gramsci y la lucha ideológica em el Brasil de hoy*. Rio de Janeiro, UFRJ, 2000. Mimeo.

DABIN, Jean. *Doctrine générale de l'État*. Paris: Sirey, 1939, p. 99-90.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006 p., 489.

DOMAT, Jean. *Le droit public, suite des lois civiles dans leur ordre naturel*. vol. 3, Oeuvres completes, nouvelle edition revue corrigée, ed. Joseph Remy (Paris: Firmin-Didot, 1829, p 1-2

KANT, Immanuel. *A Fundamentação da Metafísica de direito*. A doutrina Universal do Direito, p.158.

LASKI, Harold J. *Grammaire de la politique*. Paris: Delagrave, 1933, p. 9

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996)

_____. Reflexões sobre a reforma gerencial de 1995. *In Revista do Serviço Público*. Ano 50, n. 5, outubro, 1999.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2008, p.21.

CAPÍTULO 13

PEQUENAS EMPRESAS: RETÓRICA OU DESENVOLVIMENTO?

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 08/12/2020

Rogério Aparecido Grof

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Faculdade de Direito

São Paulo - SP

<http://lattes.cnpq.br/0488648125973577>

RESUMO: O tratamento constitucional dado às pequenas empresas foi uma tentativa de gerar políticas públicas, ou mera retórica populista? Para a geração de políticas públicas é necessário, como condição, que se defina o objeto e a abrangência dessas políticas, porém no Brasil há ainda grande confusão sobre as pequenas empresas. Afinal, o que é uma pequena empresa? Com essa inquietação, pode ser de grande valia estudar na economia mais desenvolvida do planeta – os Estados Unidos da América- como são feitas essas definições e com quais objetivos. Pretende-se, portanto, neste trabalho, fazer um estudo da institucionalização das pequenas empresas nos Estados Unidos da América e como elas fazem parte da estrutura de economia daquele país. Também é pretensão criticar a estruturação atual do tratamento dado às pequenas empresas Brasileiras e apontar alternativas para a transformação do status quo nacional, com a real inclusão das pequenas empresas como protagonistas na modernização e evolução da economia Brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Pequenas Empresas.

Políticas Públicas. Concorrência.

SMALL BUSINESS: RHETORIC OR DEVELOPMENT?

ABSTRACT: Was the constitutional treatment given to small businesses a struggle to generate public policies or merely populist rhetoric? As a condition to the creation of public policies, it is necessary to define both the object and scope of these policies. In Brazil, though, there is still confusion about the small companies. What is a small business, after all? With that uneasiness, it can be of great value to study how these definitions are made, and what goals they pursue in the most developed economy of the planet – The United States of America. In this paper, we aim to study the institutionalization of small enterprises in the USA and the role these companies play in the country's economic structure. It also intends to criticize the current treatments given to small Brazilian companies and to point out alternatives for the transformation of the national status quo, with the real inclusion of small companies as protagonists in the modernization and evolution of the Brazilian economy.

KEYWORDS: Small Business. Public policies. Competition.

1 | INTRODUÇÃO

A simples observação do funcionamento dos mais variados fóruns de debates sobre as micro e pequenas empresas (MPE's) produzirá inúmeras e cumulativas frustrações e inquietações sobre a possibilidade de se

promover, de maneira efetiva, o desenvolvimento dessas empresas e consequentemente acelerar o desenvolvimento do país.

Em países como o Brasil, os instrumentos institucionais e as antagônicas ideologias econômicas influenciam enormemente diversos fatores básicos e que podem, ou não, produzir o desenvolvimento econômico.

O atraso no desenvolvimento Brasileiro em relação às MPE's pode estar ligado à qualidade das políticas de intervenção desenvolvidas ao longo do tempo, influenciadas por estruturas estatais arcaicas e aprisionadas pela falta de planejamento de nação; modificações situacionais dos atores envolvidos por conta dos cenários políticos brasileiros e a falta de capacidade estatal, perpetuando as regras de um jogo que produz a manutenção da estrutura econômica nacional sempre da mesma forma.

Um importante passo para sairmos da simples retórica à criação de um sistema institucional, que permita o desenvolvimento e a execução de políticas que promovam as micro e pequenas empresas a serem efetivamente competitivas e agentes de inovação e desenvolvimento, é entender o que é, e como pode-se enquadrar uma micro e pequena empresa no contexto do desenvolvimento nacional.

A existência de um grande número de micro e pequenas empresas em uma economia não é, por si só, um fenômeno especial de países em desenvolvimento, ou que somente ocorre em momentos de crise econômica.

A pujança das micro e pequenas empresas pode ser uma das características inerentes a uma nação soberana e capaz de promover políticas de desenvolvimento socioeconômico com justiça e democracia.

Com o referencial teórico de *Alexander Gerschenkron*, especificamente em seu trabalho “O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios”, o Brasil, como um país atrasado no desenvolvimento de suas micro e pequenas empresas, pode obter “vantagens” desse estado em relação às suas possibilidades para uma arrancada econômica. As oportunidades desse desenvolvimento variam na proporção do atraso do país, sendo que esse será mais promissor quanto maior for a reserva de inovações e conhecimento que o país atrasado puder tirar do país avançado¹.

Por conta da indefinição dos critérios do que seja verdadeiramente uma pequena empresa e da ineficiência das políticas no Brasil, este trabalho buscou nas experiências internacionais, especialmente nos Estados Unidos da América, como é o tratamento dado aos pequenos negócios nessas regiões.

Esse artigo visa demonstrar que na economia mais desenvolvida do planeta – os Estados Unidos da América - as micro e pequenas empresas exercem um papel fundamental na economia e gozam de políticas apropriadas ao seu desenvolvimento e adensamento, especialmente como efeito do comportamento institucional.

¹ GERSCHENKRON, Alexander. O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios. Contraponto Editora Ltda., 2015. Pp.70

A garantia da concorrência nos mais variados setores da economia estadunidense, com a inclusão das micro e pequenas empresas, é questão de desenvolvimento e de segurança nacional, principalmente a partir da segunda grande guerra mundial.

Com isso, recorrendo ao referencial teórico desse artigo, faz-se a pergunta: como o Brasil pode se utilizar desse exemplo e modificar a lógica de tratamento e o atual estágio de desenvolvimento das micro e pequenas empresas?

21 MODELAGENS JURÍDICO-INSTITUCIONAIS PARA AS MPE'S: BRASIL/E.U.A.

As MPE's começaram a ser discutidas no Brasil, com alguma diferenciação em relação às empresas de maior porte, no começo da “redemocratização” entre 1985 e 1989, contrapondo-se ao que vinha sendo desenvolvido no período anterior da ditadura militar, cujo modelo privilegiava os grandes conglomerados ligados às empresas multinacionais².

Antes disso, na verdade, em 1972, no âmbito do Ministério do Planejamento foi criado o CEBRAE (Centro Brasileiro de Apoio Gerencial às Pequenas e Médias Empresas), que até 1990, período de sua existência, atuou basicamente como operador de programas de crédito orientado de recursos do BNDE (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico) e dos Bancos de Desenvolvimento Regionais. Este centro é de crucial importância para entender-se o conjunto jurídico institucional das pequenas empresas no Brasil.

Apesar das comuns e aparentes boas intenções, para o governo à época o único problema dos pequenos negócios era estritamente ligado à sua gestão e por isso era necessário um órgão para conferir-lhes essa capacidade.

Apesar da existência anterior de legislações sobre Micro e Pequenas Empresas nacionais³, foi a partir da Constituição de 1988, com o capítulo da Ordem Econômica - por conta dos artigos 170 e 179, as micro e pequenas empresas passaram a ter tratamento diferenciado e favorecido -, que se desenvolveu um corpo de legislações, regulamentando e permitindo a implementação de várias políticas públicas voltadas para as micro e pequenas empresas Brasileiras.

A Lei nº 8.864, de 28 de março de 1994, previa tratamento jurídico diferenciado e simplificado às micro e pequenas empresas⁴. Porém, referida lei teve pouca eficácia, pois, diversas instituições estatais não a seguiram, além disso, nesse momento, havia duas leis federais de incentivo às pequenas empresas válidas concomitantemente; apenas a título de exemplo, a Secretaria da Receita Federal ignorou a lei⁵.

2 IANNI, Octavio. Estado e Planejamento Econômico no Brasil, 5ª ed, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991, pp. 229-242 e 297 e FURTADO, Celso. O Brasil Pós-“Milagre”, 7ª ed, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982, p. 39.

3 Lei 7256/84; Decreto 90.880/85 e Lei Complementar 48/1984 de 12 de outubro de 1984.

4 O Art. 2º da Lei, enquadrava como sendo o faturamento anual das microempresas igual a 250 mil UFIR, enquanto o das pequenas empresas poderia variar entre 250 mil a 700 mil UFIRs.

5 OSÓRIO, Carlos Willians. A efetividade das políticas públicas voltadas às pequenas empresas no contexto do tratamento diferenciado. 2013. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013. Pp 46-47.

As Leis 7.256/84 e 8.864/94 regiam o funcionamento das micro e pequenas empresas, ao passo que o Simples (lei 9317 de 05 de dezembro de 1996) concedia benefício na área tributária e fiscal, estabelecendo um novo regime tributário para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Porém, não era suficiente que as pequenas empresas obtivessem os níveis de faturamento para sua inclusão; outros fatores eram exigidos, o art. 9º não permitia a opção pelo “Simples” das pessoas jurídicas que exercessem atividades autônomas ou de profissões regulamentadas.⁶

As MPE's eram regidas simultaneamente por leis separadas. O novo Estatuto tratava da constituição e do funcionamento da microempresa e da empresa de pequeno porte e o Simples do tratamento diferenciado no campo tributário e fiscal.

Como se não bastasse, existia a possibilidade de uma mesma empresa enquadrar-se como microempresa ou pequena empresa segundo as regras do “novo Estatuto”, mas ser impedida de ser enquadrada como tal no Simples.

A partir de 2006, foram criadas “Leis Gerais” para a normatização do funcionamento e classificação das MPE's, especificamente, as leis complementares 123 de 14 de dezembro e a 147 de 07 de agosto de 2014 que, atualizou a L.C.123/06 e universalizou a possibilidade de opção ao Simples para todas as categorias econômicas.

Esses desvios de padrão demonstram a essência do padrão de funcionamento do Estado Brasileiro e as debilidades das políticas públicas implementadas.

Tudo isso sob o manto das “boas intenções”, especialmente para “ajudar” as MPE's. Porém, muitas questões ainda permanecem obscuras, o que dificulta a elaboração de políticas efetivas para promover a melhora do ambiente de negócios para as micro e pequenas empresas nacionais.

Como se enquadra verdadeiramente uma empresa como micro ou pequena? As estruturas e as políticas de apoio, promoção de acesso ao crédito, aos mercados consumidores - especialmente às compras governamentais-, os acessos aos programas de inovação e pesquisa, subsídios e outras formas de garantia de melhores condições concorrenciais são adequadas e operam da melhor maneira e com a devida transparência?

Cuidar dessas questões não é simplesmente entender que as micro e pequenas empresas são hipossuficientes no jogo da concorrência e merecem apoio institucional humanitário. Nem porque possam ser elas as maiores empregadoras dentre todos os outros grupos de empresas e, portanto, atuarem como um amortecedor social.

É necessária a criação de políticas compensatórias que permitam às MPE's - principalmente em seus estágios iniciais de inserção no mercado - crescerem e que assim

6 Eram excluídas as seguintes atividades: corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fiscalizador e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida.

possam atuar em condições isonômicas de concorrência. Tais políticas estão inseridas na lógica do “cuidar para crescer” fazendo com que as empresas possam chegar às suas fases maduras se emancipando, e liberando recursos estatais para outras empresas iniciantes. Durante o período em que uma empresa se encontra em seus estágios iniciais, uma série de barreiras e dificuldades podem fazer com que ela não obtenha sucesso. Mesmo que esta empresa tenha uma série de qualidades – produtos inovadores, estrutura organizacional moderna -, o mecanismo de funcionamento do mercado pode expulsar esses novos “players”.

Desde a Constituição Federal de 1988, verificou-se um aumento da importância das micro e pequenas empresas na retórica nacional, porém, isto ainda não se traduziu em políticas eficazes, pois o que se verifica é que sua participação na economia nacional ainda é pequena. A modelagem jurídico-institucional em relação às micro e pequenas empresas pós 1988 permaneceu perversa e populista, pois trava o desenvolvimento dos pequenos negócios, regulando-os de forma conservadora, desenvolvida para perpetuar o cenário das relações entre as empresas no Brasil.

Dessa forma, são ínfimas as condições para o surgimento de novas empresas que possam efetivamente mudar de estágio de desenvolvimento e concorrer no mercado nacional.

O conjunto de medidas, incluindo-se aqui as legislações, políticas públicas, órgãos de apoio etc. não repercutiram no desenvolvimento dos pequenos negócios no Brasil, o que demonstra inequivocamente o erro de rota estabelecido.

Há várias formas de se entender o que possa vir a ser uma pequena empresa, mas elas podem ser classificadas a partir de dois critérios principais: a) qualitativos e b) quantitativos.

Os critérios qualitativos normalmente embutem uma série de juízos de valor que, mais do que incorrer em enganos nas definições do que seja uma pequena empresa, trazem a noção de vitimização, subjugação e diminuição da importância ou do potencial de sofisticação dessas em relação às empresas maiores.

Quanto aos critérios quantitativos, normalmente o que vemos é uma classificação do que é uma MPE com base no faturamento anual ou no número de empregados.

No Brasil, os critérios geralmente variam: para a receita federal, uma microempresa é aquela que fatura, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e pequena empresa em um jargão mais utilizado, aquela que fatura, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). De acordo com SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas)⁷ o critério adotado é o número de trabalhadores empregados em uma empresa.

⁷ SEBRAE/DIEESE (orgs.), Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2017 <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anu%C3%A1rio%20do%20Trabalho%20nos%20Pequenos%20Neg%C3%B3cios%202016%20VF.pdf> Acesso 01 de dezembro de 2020.

As indefinições sobre o que seja uma MPE trazem uma série de instabilidades institucionais, geram incertezas e prejudicam o planejamento empresarial e a necessária coordenação das imprescindíveis políticas públicas de apoio às micro e pequenas empresas.⁸

A lógica de definição do que seja uma MPE no Brasil, portanto é iminente tributária e/ ou fincada em parâmetros arbitrários e históricos.⁹

Por si só, essa lógica unitária se demonstra perversa, pois faz com que o status quo empresarial se mantenha, não promovendo condições para a evolução e desincentivando o crescimento das MPE's.

A pujança das micro e pequenas empresas pode ser uma das características inerente a uma nação soberana e que possa promover políticas de desenvolvimento socioeconômico com justiça e democracia.

Alexander Gerschenkron, especificamente em seu trabalho “O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios”, desenvolveu as bases de como um país atrasado no seu desenvolvimento – neste caso sob a ótica das micro e pequenas empresas - pode obter “vantagens” desse estado em relação às suas possibilidades para uma arrancada econômica¹⁰.

Na economia mais desenvolvida do planeta – os Estados Unidos da América - as micro e pequenas empresas exercem um papel estruturante para a economia e usufruem de uma série de políticas apropriadas ao seu desenvolvimento e adensamento, especialmente como efeito do comportamento institucional.

Abordar essas questões e estudá-las é de crucial importância para a compreensão do que pode ser feito para a garantia de condições concorrenciais isonômicas, que promovam o desenvolvimento nacional sustentável e distribuidor de riquezas.

Os Estados Unidos da América são o país em que se observa uma maior sofisticação na definição do que seja uma pequena empresa, sabendo claro, que esse país será utilizado como referência mesmo que as precondições de desenvolvimento econômico não sejam as mesmas em relação ao Brasil¹¹.

Tido por muitos como uma nação com grande desregulamentação do setor privado, adepta da livre iniciativa, em que o ímpeto dos empresários é a mola propulsora do desenvolvimento norte americano, o que se verifica é que os Estados Unidos da América

8 CROCCO, Marco & SANTOS, Fabiana. “El Sistema de Fomento a las Micro y Pequeñas Empresas en el Brasil” in Carlo FERRARO & Giovanni STUMPO (orgs.), Políticas de Apoyo a las PYMES en América Latina: Entre Avances Innovadores y Desafíos Institucionales, Santiago, CEPAL, 2010, pp. 99-100.

9 TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: Método, 2003.

10 GERSCHENKRON, Alexander. O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios. Contraponto Editora Ltda., 2015. Pp.70

11 Na Teoria do Etapismo Walt Whitman Rostow colocava que o crescimento industrial e o desenvolvimento necessitava de pré-requisitos para que ocorresse, como por exemplo: um sistema de valores que promovesse o progresso econômico, necessidade de grande acumulação de capital, grupos empresariais eficazes detentores de aprovação social. GERSCHENKRON, Alexander. O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios. Contraponto Editora Ltda., 2015. Pp.204.

intervêm muito fortemente em sua economia.

Com a entrada do país na Segunda Guerra Mundial, os E.U.A. perceberam que necessitariam aumentar e diversificar os fornecedores de suplementos necessários ao esforço de guerra, como uma forma de garantir a segurança nacional e não depender de um número escasso de empresas. Intervir na economia tornou-se estratégico para os Estados Unidos da América serem os grandes vencedores no conflito mundial.

As pequenas empresas continuaram a ser fundamentais para a recuperação econômica no período do pós-guerra possibilitando, por meio da garantia de condições de concorrência entre as empresas, que os Estados Unidos da América pudessem competir no mercado global.

O objetivo econômico do Small Business Act de 1953¹² é promover a concorrência na economia, permitindo que as empresas que já passaram de suas fases iniciais de implantação, mas são ainda pequenas em relação aos principais produtores de seu setor econômico, possam se utilizar dos vários programas estatais – coordenados e regulamentados pela Small Business Administration - de incentivo e de desenvolvimento das pequenas empresas.

A escolha de uma medida de tamanho para um setor econômico depende de qual métrica melhor representa a magnitude das operações das empresas. A medida deve indicar o nível de atividade empresarial real gerada pelas empresas em uma determinada atividade econômica.

O atraso no desenvolvimento Brasileiro em relação às MPE's está ligado à qualidade das políticas de intervenção desenvolvidas ao longo do tempo. É preciso expor essas debilidades em relação às micro e pequenas empresas, discutindo com maior detalhamento as políticas de promoção de acesso ao crédito e financiamento e para incentivar e promover a inovação no Brasil, que não são decorrentes de arranjos claros, inseridos em uma proposta de desenvolvimento nacional, mas ficam aprisionadas em estruturas privadas.

Essa crítica não pode e não deve ficar órfã e, portanto, torna necessária a comparação com os Estados Unidos da América, em que pese a diferença de números na comparação, insistimos que a criação de um ambiente institucional e de desenvolvimento é decisivo para o sucesso de programas voltados às MPE's.

Claro que o Brasil não é os Estados Unidos da América, e aqui não se pretende que apenas possamos copiar e reproduzir o que os norte-americanos vêm implementando com maior ênfase desde 1953. Mas a estrutura jurídica e institucional que está vigente no Brasil em relação às micro e pequenas empresas precisa ser transformada e, para isso, tem de ser discutida em bases distintas das que foram construídas até hoje.

A comparação entre Brasil e Estados Unidos da América é apenas um dos passos para que esse aprendizado possa contribuir na discussão para transformar a estrutura jurídico institucional nacional para a promoção do real desenvolvimento das micro e

¹² https://www.sba.gov/sites/default/files/Small_Business_Act.pdf Acesso: 02/12/2020.

pequenas empresas. A partir desse exame muitas questões terão de ser enfrentadas: a efetivação de uma legislação adequada; criação de um sistema de financiamento e crédito, seja ele atrelado ao sistema financeiro mais tradicional ou não; pró atividade do Estado na moldagem de um mercado de inovação; a implementação verdadeira das estratégicas compras governamentais para as MPE's; dentre outros.

É um enorme desafio para o Brasil, mas frequentemente quanto maior o desafio para um país, tanto maior a resposta em relação ao seu desenvolvimento.¹³

3 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há política pública efetiva sem a definição clara do seu objeto, nem tampouco dos objetivos a serem alcançados.

Essa indefinição causa todo o tipo de instabilidades e inseguranças e acaba fazendo parte de um ciclo vicioso de apreensão das pequenas empresas, apenas e tão somente, como massa de manobra num jogo de manutenção do status quo das instituições e da economia brasileira.

Decorre dessa construção histórica em torno das pequenas empresas no Brasil os fatos que, atualmente por exemplo, elas ainda tenham uma participação pequena no PIB (27%), não consigam atuar com força no mercado de inovação (por conta das características de investimento), e no ano de 2019 tenham sido responsáveis por pouco mais de 1% no total das exportações brasileiras.

Verdadeiramente, as MPE's não têm relevância nos processos de crescimento da economia brasileira, sem reais condições isonômicas de competição nos mercados, tanto o interno quanto o mercado de exportação; o de compras governamentais (apesar de ser uma determinação feita por lei complementar); o mercado de tecnologia por exemplo.

Essa situação é produto de todo o conjunto jurídico institucional brasileiro desenvolvido ao longo dos anos para as MPE's, utilizado como ferramenta de dominação e engessamento dos pequenos negócios, especialmente, mas não só, pelas estruturas estatais e as dependentes de recursos públicos.

Portanto, esse artigo procura demonstrar o Brasil como um país atrasado, preso na retórica populista e sem plano de estado para o desenvolvimento econômico com a participação efetiva dos pequenos negócios como estratégicos para uma saudável concorrência e garantia da segurança nacional.

Dessa forma, a escolha de *Alexander Gerschenkron* como referencial teórico aconteceu de forma quase que natural, visto que esse autor estabeleceu; quando estudou os processos de industrialização da Rússia e da Alemanha na Europa do século XIX; que os atrasos destes países se demonstraram como vantagens na obtenção de uma arrancada rumo ao desenvolvimento econômico.

13 GERSCHENKRON, Alexander. O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios. Contraponto Editora Ltda., 2015. Pp.73

Qualificando o Brasil como país atrasado e escolhendo os Estados Unidos como a referência em desenvolvimento econômico tendo as pequenas empresas como estratégicas para isso, o estudo desse país e sua estrutura jurídico institucional voltado a esse grupo de empresas foi feito, ainda que não em sua totalidade, pela não possibilidade de isto ser alcançado por este texto.

O tratamento dado nos E.U.A. às suas pequenas empresas, segue uma lógica original planejada pelo Estado para promover condições de concorrência e capilarização do desenvolvimento da economia, aumentar o número de fornecedores ao governo a partir de uma filosofia de garantir a segurança nacional, visto que esse grupo de empresas permite a diminuição da dependência de poucas empresas fornecedoras, especialmente, mas não exclusivamente, no que diz respeito ao fornecimento de suplementos para as forças armadas norte americanas.

Portanto, os critérios de definição do que seja uma pequena empresa podem variar. Dependendo da atividade econômica em ela esteja inserida, por exemplo, são definidas como pequenas indústrias para fins de contratação governamental aquelas que tenham até 500 empregados diretos

Assim, a definição do que é uma pequena indústria nos E.U.A. utiliza-se do conceito de “tamanho mínimo eficiente”, desenvolvido a partir da análise do conjunto de empresas industriais que vendiam ao governo, que desejava aumentar essa base de fornecedores.

Dessa forma, toda empresa abaixo do “tamanho mínimo eficiente” será definida como uma pequena empresa e elegível a receber os incentivos do governo norte americano.

A metodologia de definição do que seja uma pequena empresa nos E.U.A. é o cerne da lógica estratégica na intervenção estatal para induzir e garantir a participação dessas empresas.

Por determinação legal advinda da Small Business Act de 30 de julho de 1953, a detentora de autoridade por desenvolver os critérios metodológicos de definições do que são pequenas empresas, é a Small Business Administration (S.B.A.) e ela assim o faz sob os critérios definidos legalmente.

A S.B.A. não é somente a autoridade para desenvolver a metodologia e a definição do que seja uma pequena empresa, ela também é a coordenadora de todos os outros diversos programas estatais desenvolvidos desde 1953 que sejam voltados a esse grupo de empresas nos E.U.A.

Dois desses programas foram escolhidos para exemplificar a atuação da agência e do estado norte-americano, o SBIR de 1982 sob o governo de Ronald Reagan e o SBIC sob o governo de Dwight D. Eisenhower em 1958, dois presidentes do Partido Republicano, tido como menos intervencionista e mais liberal do ponto de vista econômico. Os dois programas foram criados a partir de dois Acts propostos pelo governo central e negociados com o congresso para sua aprovação.

São dois programas de execução descentralizada e consorciada, porém com

coordenação e fiscalização de seus resultados sendo feitos pela S.B.A.

No caso do Small Business Investment Companies, são executadas operação de financiamento, tendo como base a alavancagem estatal, cerca de Us\$4.000.000,00 (quatro bilhões) de dólares por ano, com atualmente US\$28.000.000,00 (vinte e oito bilhões) de dólares por ano de ativos sob sua gestão, operada por 313 SBICs ativos, que são as pequenas empresas de financiamento que operam o programa.

O Small Business Investment Act foi a lei que definiu como a S.B.A. deveria definir essas empresas para operar o programa e ter acesso aos fundos financeiros de alavancagem.

No caso do Small Business Innovation Research, são disponibilizados, em consórcio com diversas agências norte americanas (aquelas com mais de US\$ 100 milhões de dólares de orçamento para pesquisa e desenvolvimento), um total atualmente em torno de US\$ 2.500.000,00 (dois bilhões e quinhentos milhões de dólares).

Para ilustrar, empresas como Symantec, Qualcomm e Apple já foram definidas como pequenas empresas pela metodologia da S.B.A. e, portanto, elegíveis para participarem do programa SBIR.

É preciso romper com a lógica hoje implementada no Brasil, olhando com maior profundidade o que vem sendo desenvolvido em outros lugares, aprendendo com os erros e acertos históricos, sem correr o risco de simplesmente copiar em uma lógica colonialista.

Não está esgotado o estudo dos E.U.A. como exemplo de país avançado e como um país atrasado poderá tirar vantagens de suas ações.

No limite, o Brasil terá de promover a transformação do conjunto jurídico institucional voltado às pequenas empresas, transformando-os a partir de uma filosofia centralizada e estatal de desenvolvimento nacional, pensando no papel estratégico desse grupo de empresas. Isso sem recorrer à retórica fácil e populista de as MPE's são as maiores empregadoras e verdadeiro amortecedor social, especialmente em momentos de crise econômica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988.

_____. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.

_____. **Lei Complementar 147, de 07 de agosto de 2014**. Altera a Lei complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências.

_____. **Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

_____. **Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984.** Estabelecia normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial.

_____. **Lei nº 8.864, de 28 de março de 1994.** Estabelecia normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial.

_____. **Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.** Dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituía o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições da Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

_____. **Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999.** Instituía o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos artigos 170 e 179 da Constituição Federal.

CROCCO, Marco & SANTOS, Fabiana. “**El Sistema de Fomento a las Micro y Pequeñas Empresas en el Brasil**” in Carlo FERRARO & Giovanni STUMPO (orgs.), Políticas de Apoyo a las PYMES en América Latina: Entre Avances Innovadores y Desafíos Institucionales, Santiago, CEPAL, 2010.

FURTADO, Celso. – **Formação econômica do Brasil.** São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1975.

GERSCHENKRON, Alexander. **O atraso econômico em perspectiva histórica e outros ensaios.** Contraponto Editora Ltda., 2015.

IANNI, Octavio. **Estado e Planejamento Econômico no Brasil**, 5ª ed, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado;** tradução Elvira Serapicos. 1a edição. São Paulo, Penguin, 2014.

OSÓRIO, Carlos Willians. **A efetividade das políticas públicas voltadas às pequenas empresas no contexto do tratamento diferenciado.** Dissertação de mestrado em Direito Político e Econômico – Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2013.

SEBRAE/DIEESE (orgs.), **Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2017**<https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Anu%C3%A1rio%20do%20Trabalho%20nos%20Pequenos%20Neg%C3%B3cios%202016%20VF.pdf> Acesso 01 de dezembro de 2020

TAVARES, ANDRÉ RAMOS. **Direito Constitucional Econômico**, São Paulo, Método, 2003.

ASPECTOS ESSENCIAIS ACERCA DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 08/12/2020

Mayara Marinho

Universidade do Oeste de Santa Catarina
UNOESC

Videira – Santa Catarina

<https://orcid.org/0000-0002-9656-6214>

RESUMO: O procedimento licitatório é ferramenta essencial dos órgãos públicos, na esfera municipal, estadual e federal. Sua relevância é tamanha que para seu procedimento existe regulamentação legal, dispondo como esse processo será realizado. Em detrimento da sua importância, a gestão pública e os servidores públicos devem estar comprometidos ética e moralmente para o desenvolvimento de um processo íntegro e em observância dos princípios aos quais a Administração Pública está vinculada, visando o atingimento do interesse público em detrimento do individual, para que a licitação não se torne meio de desvio de verbas públicas. Desta forma, o presente artigo tem por escopo inserir o leitor no contexto administrativo, elucidando aspectos gerais, porém essenciais a respeito do procedimento licitatório (conceitos, legislação especial, modalidades licitatórias, princípios licitatórios, fases interna/externa e cabimento), de forma que possa acompanhar as ações realizadas pelo poder público ou então entender seu procedimento e necessidade. A metodologia utilizada para elaboração do presente

trabalho foi a revisão bibliográfica, amparada por doutrinadores, exímios conhecedores da matéria, além do apoio de artigos publicados e da legislação vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações Públicas. Modalidades Licitatórias. Princípios Licitatórios. Procedimento Licitatório.

ESSENTIAL ASPECTS ABOUT PUBLIC BIDDING

ABSTRACT: The bidding procedure is an essential tool of public agencies, at the municipal, state and federal levels. Its relevance is so great that there are legal regulations for its procedure, providing how this process will be carried out. To the detriment of their importance, public management and public servants must be ethically and morally committed to the development of an integral process and in compliance with the principles to which the Public Administration is linked, aiming at reaching the public interest at the expense of the individual, so that bidding does not become a means of diverting public funds. Thus, the purpose of this article is to insert the reader in the administrative context, elucidating general but essential aspects regarding the bidding procedure (concepts, special legislation, bidding modalities, bidding principles, internal / external phases), so that it can accompany the actions taken by the government or understand their procedure and need. The methodology used for the elaboration of the present work was the bibliographic review, supported by indoctrinators, experts in the field, in addition to the support of published articles and current legislation.

KEYWORDS: Public tenders. Bidding modalities. Bidding elements. Bidding procedure.

1 | INTRODUÇÃO

A Administração Pública é dotada de poderes, sendo a ela, inclusive, permitido atuar de maneira unilateral, independentemente da anuência de particulares, dispõe, assim, de privilégios que a colocam em posição de superioridade em relação a terceiros.

Contudo, por determinadas vezes e em atendimento às normas legais instituídas, não cabe à Administração atuar de forma deliberada, principalmente no que diz respeito às contratações e compras por ela realizadas, sendo necessário, para tanto, a obediência de um procedimento isonômico que visa a obtenção do melhor preço, bem como, do melhor serviço/produto que se pretende adquirir, a esse processo damos o nome de licitação pública.

Em alguns momentos, e para os que desconhecem do assunto, tal instituto não é de grande importância, mas ao contrário do que se pensa, ele é essencial dentro e fora das repartições dos órgãos públicos e pode até influenciar em questões políticas e de aceitação de um governo.

A escolha dos projetos que serão realizados (construções, reformas, feitura de asfalto) tem grande impacto na vida da sociedade, bem como a aquisições de equipamentos médico-hospitalares, aquisições de gêneros alimentícios, dentre tantos outros. Pode-se dizer que a maioria dos objetos/serviços adquiridos por órgãos públicos se dão por meio de licitações públicas, salvo casos excepcionais previstos em lei, quais sejam: dispensa e inexigibilidade de licitação.

Há quem diga, que o processo licitatório não atinge a finalidade para o qual é lançado, tendo em conta que o menor preço/vantagem econômica é utilizada como parâmetro. Obviamente o mais barato nem sempre é o melhor, entretanto, quando da elaboração do instrumento convocatório, ou até antes dele (fase interna), o descritivo do objeto que se pretende adquirir será minuciosamente realizado, a fim de que se obtenha produtos/serviços de qualidade. Nesse sentido entende-se a importância da interação entre os servidores públicos que trabalham nos departamentos de compras e do procedimento que regulamenta tal instituto.

Desta forma, através de pesquisa de revisão bibliográfica, serão apresentadas explicações objetivas e sintéticas, em que será possível conhecer o procedimento licitatório em seus aspectos essenciais, visando entender sua finalidade, fases, modalidades e cabimento.

2 | DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Bem se sabe que a licitação é um dos procedimentos pelo qual a Administração Pública pode firmar contratos com particulares, há hipóteses em que o contexto/demanda,

permite outros meios a serem utilizados, como é o exemplo das inexistências e dispensas.

Apesar da existência de outros institutos que possam ser utilizados como meio de proceder às contratações, a regra é licitar, ficando os outros métodos na esfera das exceções, devendo ser analisado caso a caso o seu cabimento, sob pena de violação dos ditames legais.

Ora, se o procedimento licitatório é regra, se faz necessário entender o motivo de sua obrigatoriedade (ressalvados os casos previstos em lei). A respeito da finalidade dos procedimentos licitatórios dispõe Joel de Menezes Niebuhr (2013, p.35):

A causa da licitação pública, a razão pela qual ela é obrigatória, remete ao princípio da isonomia e à necessidade de proteger o interesse público, fazendo com que a escolha do futuro contratado dê-se de maneira legítima, em consonância aos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade. Por força do princípio da isonomia, a Administração tem a obrigação de tratar a todos com igualdade (todos que estão em posição de igualdade). Portanto, se ela pretende firmar contrato administrativo, que importará benefício econômico ao contratado, todos os interessados em tal benefício econômico devem ser tratados com igualdade. Para tratá-los com igualdade, é necessário que a seleção do futuro contratado siga procedimento que assegure aos interessados a possibilidade de disputar o contrato em igualdade. Este procedimento é o que se convencionou denominar de *licitação pública*. Nesse sentido, a igualdade, valor subjacente ao princípio da isonomia, não é finalidade da licitação pública, é a causa (fundamento que dá origem e a faz obrigatória).

Além disso, a Lei n. 8.666/93 que instituiu as normas para as licitações e contratos da Administração Pública, traz em seu artigo 3º a função das licitações, respeitando o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1988).

Ademais, “a finalidade da licitação (o que se pretende), por sua vez, é a seleção da proposta mais vantajosa, a fim de melhor satisfazer o interesse público, que, no final das contas, é o propósito de tudo o que faz a Administração Pública.” (NIEBUHR, 2013, p. 35).

Neste contexto, denota-se então, que a licitação pública é ferramenta pela qual o órgão público, em sua função administrativa, divulga amplamente para todos os interessados, que estes se sujeitem às disposições contidas no instrumento convocatório e formulem propostas, onde, mais tardar, no momento da sessão, será selecionada a mais vantajosa para celebração de contrato/ata de registro de preços.

Vale dizer ainda, que o procedimento visa atender as necessidades da Administração

Pública, logo, o lhe é mais oportuno. No entanto, deve haver igualdade nas condições dispostas no processo, visando oportunizar a todos os interessados, sua participação, resguardando os princípios previstos pela Constituição Federal.

2.1 Dos Princípios Jurídicos da Licitação Pública

Primordialmente vale destacar que o art. 37, caput, da Constituição Federal, fazendo ponderações a respeito da Administração Pública, insere quais os princípios devem ser observados por ela, além de estabelecer o limite dos poderes e deveres dos gestores públicos. Tais condicionantes foram ampliadas e a partir destas surgiram tantos outros princípios que regem o procedimento licitatório.

No âmbito administrativo, Renato Geraldo Mendes (2012, p. 63), entende que “princípios são ideias estruturais que traduzem os valores fundamentais do regime jurídico da contratação pública”. Para ele, “se afirmarmos que o regime jurídico é constituído de uma parte fundamental e de outra importante, a parte fundamental seria a dos princípios”.

A licitação pública é tema que se insere no Direito Administrativo. Logo, todos os princípios de Direito Administrativo incidem, com maior ou menor intensidade, sobre a licitação pública. Demais disso, a licitação pública é informada por alguns princípios específicos, que são próprios à sua natureza e às suas peculiaridades. (NIEBUHR, 2013, p.54).

Apesar da grande monta de princípios existentes, os mais importantes /observados, aos quais as licitações estão vinculadas são o princípio da legalidade, princípio da isonomia (igualdade), princípio da impessoalidade, princípio da moralidade e da probidade administrativa, princípios da publicidade, princípio da vinculação ao instrumento convocatório, princípio do julgamento objetivo e princípio da celeridade.

Além do mais, quando servidores públicos, sejam eles provenientes de cargos em comissão ou efetivos, vinculados direta ou indiretamente às licitações públicas, utilizam tal procedimento como forma de beneficiar a si ou a outrem, serão burlados todos esses princípios, fato este, em que incidirá a responsabilização dos envolvidos e a caracterização dos crimes previstos em legislação.

2.2 Da Lei nº 8.666/93

De acordo com o preâmbulo da Lei de Licitações Públicas, qual seja, Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993, tal dispositivo “Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

As regras originais da Lei nº 8.666 foram resultado de evolução histórica que não pode ser olvidada. O diploma consagrou regras e princípios derivados das leis anteriores, amoldados ao sistema da Constituição de 1988 e tendo em vista as necessidades derivadas dos fatos históricos ocorridos no início da década de 1990.(FILHO, 2010, p. 13).

Ademais, o artigo 1º, deste diploma legal demonstra sua finalidade de forma clara, bem como, o parágrafo único informa quem está subordinado ao regime desta Lei, veja-se:

Art. 1º – Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1993).

Em termos básicos, a Lei Federal nº 8.666/93, rege o tema das licitações públicas demonstrando como se dará o seu procedimento (interno/externo), modalidades a serem adotadas, fixação de valores, casos de dispensas e inexigibilidades, além de tantos outros quesitos. Pode-se dizer então, que a lei atua como um “manual de instruções” delimitando como tal instituto deve ser realizado.

2.3 Da Lei nº 10.520/02

A Lei 10.520/02 regulamenta a modalidade licitatória do pregão. Vale dizer, que para a prática do dia a dia, tal modalidade é uma, senão a mais, utilizada pelos órgãos públicos. Contudo, para seu cabimento, deverá ser observado a natureza do que se pretende adquirir.

O art. 1º da Lei nº 10.520/02 prescreve que, “para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade pregão, que será regida por esta Lei”. Tangenciando a discussão a respeito da faculdade ou obrigatoriedade da modalidade pregão [...], o fato é que, de todo modo, ela somente é aplicável se o objeto da licitação puder ser qualificado como bem ou serviço comum. Se ele não o for, já não cabe a modalidade pregão, que é afastada de pronto. (NIEBUHR, 2013, p. 198, 199).

Tal modalidade poderá ser realizada em sessão pública presencial, ou de forma eletrônica, por meio de pregão eletrônico, onde os interessados farão disputa, ofertando lances, vencendo aquele que obtiver o melhor (menor) preço.

Conforme exarado pelo doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello “o pregão é uma forma de leilão, não para alienar, mas para adquirir bens e serviços comuns” (MELLO, 2005, p. 561). Estando toda a forma de se proceder, na Lei nº 10.520/02.

2.4 Da Lei Complementar nº 123/06

Por sua vez, a Lei Complementar nº 123/06 que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, acompanhado de decretos municipais/estaduais, regulamenta e confere tratamento diferenciado/especial para empresas enquadradas como ME/EPP em licitações públicas.

Nas compras até o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a participação nas licitações serão destinadas apenas à ME/EPP. Já nas contratações acima do valor mencionado e desde que não represente prejuízo para o conjunto do objeto licitado, este poderá ser fracionado, ou seja, a licitação será por cotas, onde 25% da contratação total será destinada à ME/EPP.

Importa mencionar, que apesar da obrigatoriedade para a aplicação da legislação, existem hipóteses em que ela poderá ser dispensada. Devendo ser observado a viabilidade de adoção das medidas, já que tal instituto visa propiciar condições de desenvolvimento econômico para empresas pequenas, mas sem lesar o Erário, onerando-o, tampouco, tornando a disputa para o certame, impossível de ocorrer.

Ademais, na prática diária, percebe-se dificuldade por parte dos particulares na interpretação do texto legal e as hipóteses em que a exclusividade é cabível, para isso existem as consultorias realizadas a órgãos específicos, bem como, julgados dos Tribunais de Contas versando sobre a matéria.

3 I DAS MODALIDADES LICITATÓRIAS

As chamadas modalidades licitatórias determinam como se dará as compras de bens e serviços nos órgãos públicos. Sendo assim, em termos gerais elas indicam qual procedimento regerá aquele processo.

O planejamento da licitação compreende a definição de todas as condições necessárias para viabilizar a melhor contratação possível, bem como o estabelecimento, de forma completa, de todas as exigências que integram o encargo e que serão depois reunidas no edital. Uma das providências necessárias é a definição do procedimento a ser seguido na fase externa, ou seja, é preciso saber se, diante da situação concreta, é cabível a licitação, ou se, por força da ordem jurídica, o procedimento será o da sua dispensa ou inexigência (MENDES, 2012, p. 249).

Para Renato Geraldo Mendes (2012, p. 253) **modalidades são variações legais do procedimento da licitação** ou, ainda, variações na condução da forma de processar a fase externa da contratação pública, quando a licitação é o procedimento adotado.

As diversas “modalidades” representam, na verdade, diversas formas de regular o procedimento de seleção. As diversas espécies de procedimentos distinguem-se entre si pela variação quanto à complexidade de cada fase do procedimento e pela variação quanto à destinação de cada uma dessas fases. No entanto, qualquer que seja a espécie (“modalidade”) de licitação, sempre nela se verificam determinadas etapas (FILHO, 2010, p. 262).

O artigo 22 da Lei 8.666/93 elenca 5 modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Além disso, a Lei nº 8.666/93 demonstra quando cada modalidade licitatória deve

ser utilizada. É o que será verificado a seguir:

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2ª Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3ª Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4ª Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5ª Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (BRASIL, 1993).

Contudo, Marçal Justen Filho (2010, p. 262) ressalta que há uma sexta modalidade, consistente no pregão, que não está disciplinada na Lei nº 8.666/93, mas sim, na Lei nº 10.520/02 que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

Destarte, as modalidades licitatórias devem ser utilizadas de maneira adequada, requerendo preparação e a aplicação das estratégias corretas, tanto pelos particulares, quanto pelos servidores públicos, a fim de que o processo atinja sua finalidade, bem como, esteja livre de máculas e fraudes.

3.1 Do Procedimento: Fase Interna e Externa

No que concernem os procedimentos licitatórios, pode-se afirmar a existência basilar de duas fases, uma interna e outra externa (ou executória).

Para Renato Geraldo Mendes (2012, p. 87) “É na fase interna que a licitação é pensada, planejada e estruturada sob o ponto de vista das condições e exigências que

serão estabelecidas. É também nessa fase que as condições definidas são reunidas em um único documento: o edital. Seria possível, em vez de falar em fase interna, utilizar simplesmente a expressão “fase de planejamento”, pois é fundamentalmente para isso que ela se destina.”

Em outras palavras, pode-se dizer que na fase interna são averiguados todos os requisitos essenciais que compõem a licitação propriamente dita, se essa fase não for executada com maestria, possivelmente a fase externa estará eivada de vícios, havendo necessidade, por vezes da revogação do edital ou então reabertura de novo prazo. Por isso, é essencial a avaliação meticulosa dos documentos que integram o processo, bem como, as justificativas para a necessidade do feito.

Em que pese falar de necessidade, deve-se ressaltar que tudo aquilo que pretende ser adquirido pela Administração Pública e seus órgãos derivados (autarquias), precisa realmente ser necessário, não havendo que se admitir aquisições de objetos/serviços calcados em mera vontade alheia/pessoal.

Por outro lado, com relação à fase externa, o doutrinador Marçal Justen Filho assevera:

Na fase externa, realizam-se os atos destinados diretamente a selecionar aquele que pode oferecer a proposta mais vantajosa. Essa fase externa da licitação desdobra-se em diversas etapas. Na concepção tradicional da Lei 8.666, a ordenação era a seguinte:

a) Fase de divulgação: destinada a dar ciência aos terceiros da existência da licitação (seja para que participem da licitação, seja para que fiscalizem sua regularidade).

b) Fase de Proposição: destinada à formulação de propostas pelos interessados em participar da licitação.

c) Fase de Habilitação: destinada à Administração verificar se os interessados possuem condições de satisfazer as obrigações que pretendem assumir.

d) Fase de Julgamento: destinada à seleção da proposta mais vantajosa.

e) Fase de Deliberação: destinada à revisão dos atos praticados e avaliação da conveniência e legalidade do resultado. (FILHO, 2010, p. 517)

Ainda pode-se dizer, que quando do lançamento do instrumento convocatório, as empresas interessadas, e até mesmo, terceiros não interessados, podem impugnar o edital em caso de máculas, faltas e excessos. Tal fiscalização é essencial para que a Administração avalie os atos por ela praticados, na busca de corrigi-los ou então, ratificá-los.

Enquanto na fase interna o procedimento é realizado apenas por aqueles que compõem os órgãos do poder público (servidores), na fase externa os interessados

no certame passam a fazer parte do procedimento. Ainda, cada tipo de modalidade implica em sua forma de ser, mas em âmbito geral, ressalta-se que o procedimento é muito semelhante entre elas. Todavia, as peculiaridades exigidas serão delimitadas no instrumento convocatório, para que os interessados preparem-se conforme a demanda.

Por fim, importa dizer que existem as fases após a realização do certame, quais sejam: a homologação e adjudicação do processo licitatório. A homologação consiste em ato de controle da autoridade superior, onde serão verificados se todo o procedimento está de acordo com as exigências legais. Já a adjudicação consiste no ato final do procedimento administrativo da licitação, ato declaratório, ou seja, a autoridade competente atribui de maneira formal ao vencedor do certame o objeto da licitação.

Vale dizer que antes da homologação/adjudicação do certame não existe direito adquirido por parte do vencedor da sessão, apenas mera expectativa de direito. Assim, quando for necessária a revogação do processo por interesse público, nesta fase, não será necessário oportunizar o contraditório e a ampla defesa, muito menos que se falar em violação de direito.

Ademais, ao final de todo procedimento interno e externo, homologação/adjudicação, cabe aos fiscais de contratos, população e Administração Pública em geral, fiscalizar o andamento do contrato/ata de registro, certificando-se de que o particular contratado está executando o instrumento de acordo com o que se dispôs, sob pena de incorrer em inexecução contratual e estar sujeito a aplicação das penalidades previstas em lei, contrato/ata e instrumento convocatório.

4 | CONCLUSÃO

Por meio de toda a exposição acima, foi possível conhecer o procedimento licitatório em seus aspectos essenciais, entendendo sua finalidade, fases, modalidades e cabimento. Visualizando que tal procedimento não é meramente simplificado, havendo requisitos essenciais, que devem ser seguidos sob pena deste tornar-se nulo, gerando, inclusive, responsabilidade para os envolvidos em sua feitura.

Outrossim, fora entendido que tal instituto pode gerar impacto tanto para a vida da comunidade, quanto para as políticas de governo com a melhor destinação de investimentos (projetos executados), em conjunto com a correta aplicação da legislação.

Analizamos, que o instituto e sua forma de procedimento não fica a distrito da Administração Pública, apesar desta ser dotada de benefícios e condições que a colocam em posição superior aos particulares, ou seja, existem regulamentações legais, leis que fixam e demonstram as condicionantes e como os órgãos públicos devem proceder em face de cada caso específico.

Outrossim, as modalidades de licitação foram explicadas de forma objetiva, para que fosse entendido quando deve ocorrer o cabimento de cada uma delas. Como é o

exemplo do pregão, que apesar de ser uma das modalidades mais utilizadas, não servirá sempre, somente quando se tratar da aquisição de bens e serviços de natureza comuns. Assim, cada modalidade possui suas particularidades.

E por fim, cabe fazer ressalva quanto aos princípios vinculados à Administração Pública, e logo, ao processo das licitações, estes que são os pilares do procedimento e devem ser observados desde a fase interna, oportunizando a ampla disputa e concorrência, bem como, o atingimento dos interesses da própria Administração e também, da sociedade.

Nestes termos conclui-se que licitação pública deve ser pauta diária e conhecida por todos, já que envolve interesses coletivos, e a destinação dos recursos públicos. Não podendo ser utilizada como ferramenta de vontade pessoal, mas sim, instituto/processo transparente, isonômico e lícito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. **Lei de Licitações Públicas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 11 set. 2019.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 set. 2019.

FILHO, Marçal Justen. **COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 13, 262, 517.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. São Paulo, Ed. Malheiros, 2005. p. 561.

MENDES, Renato Geraldo. **O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA: FASES, ETAPAS E ATOS**. Curitiba: Zenite, 2012. p. 63, 87, 249, 253.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 35, 54, 198, 199.

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 05/01/2021

Daniel Brasiliense e Prado

Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Brasília-DF
<http://lattes.cnpq.br/8683129164780979>

RESUMO: A alienação de participação estatal minoritária no capital social de empresas privadas ou estatais denomina-se desinvestimento, e está sujeita à desafios que serão brevemente analisados nesta pesquisa. O objetivo do presente artigo é retratar o contexto histórico, analisar a conjuntura normativa e as discussões jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, estudando o desinvestimento da União no capital social do IRB Brasil RE, utilizando-se metodologia descritiva na busca de orientar hipóteses capazes de solucionar os problemas surgidos.

PALAVRAS-CHAVE: Desinvestimento. IRB Brasil RE. Golden Share. Acordo de Acionistas.

CHALLENGES TO STATE DIVESTMENT

ABSTRACT: The sale of minority state participation in the share capital of private or state-owned companies is called divestment, and is subject to challenges that will be briefly analyzed in this research. The purpose of this

article is to portray the historical context, analyze the normative conjuncture and the jurisprudential discussions within the scope of the Federal Supreme Court and the Federal Audit Court, studying the Union's divestment in the share capital of IRB Brasil RE, using methodology descriptive in search of guiding hypotheses capable of solving the problems that arose.

KEYWORDS: Divestment. IRB Brasil RE. Golden Share. Shareholders agreement.

1 | INTRODUÇÃO

O desinvestimento estatal pode ser entendido como a operação de alienação de ativos nos casos de participação minoritária do Estado na economia, quando ausente o controle acionário, diferindo da desestatização, que se refere à retirada do Estado da economia, quando participa majoritariamente de atividade econômica.

A desestatização também é muitas vezes chamada de privatização pelos meios jornalísticos, no sentido de transferir o domínio das empresas estatais para as privadas. Desestatização é termo técnico, referindo-se à política pública enquadrada no Programa Nacional de Desestatização. Não existe estabilidade no uso desses termos, principalmente no meio midiático, em que pese as esferas estatais buscarem utilizar o termo técnico.¹

1 PACHI FILHO, Fernando Felício. "Privatização", "desestatização" e "venda": sinonímia e efeitos de sentido no discurso da imprensa. Veredas On Line. Análise do discurso. Juiz de Fora. Vol. 2/2010, p. 51-63..

Atualmente, além da carteira direta da União, composta por 134 empresas estatais federais, sendo 46 de controle direto e 88 de indireto,² existe vasta carteira de investimentos por meio do BNDES, banco de fomento com amplas atribuições na indução da economia³.

A participação minoritária do Tesouro Nacional pode ocorrer em empresas estatais ou privadas. Até o final de 2017 (em valores de participação acima de R\$ 100.000,00), havia 58 empresas nessa categoria, 15 delas estatais e 12 privadas. Por sua vez, a participação do Tesouro Nacional (em valores abaixo de R\$ 100.000,00) em empresas privadas contabilizava 31.

Este estudo visa levantar alguns desafios legais na alienação das participações minoritárias, especificamente detidas pelo Tesouro Nacional, não sendo o foco do estudo as participações por banco de fomento (BNDES). O enfoque se deterá nas discussões travadas no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Contas da União, para depois realizar breve análise do caso IRB Brasil Resseguros S.A. e da alienação da participação acionária da União em seu capital social.

2 I BREVE APONTAMENTO HISTÓRICO

O assunto remete à discussão filosófica sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, sobre qual o papel efetivo dos governos e até onde podem ir na consecução de seus ideais. Esse debate filosófico ganha cada vez mais importância, quando se está diante de déficit e contingências orçamentárias e, conseqüentemente, de promoção de políticas públicas para a diminuição do tamanho do Estado, delegando à iniciativa privada a tarefa de conduzir a economia.

Para Thomas Hobbes, o dever do Estado consiste em garantir a segurança para seus indivíduos, por meio da lei e da ordem, colocando limites ao estado da natureza, posição essa em que vigora a luta de todos contra todos. Ao renunciar à parcela da liberdade individual em prol do “Leviatã”, ser mítico que se põe acima de todos em nome do bem comum, surge a ideia de Estado nacional⁴.

Por conseguinte, o Leviatã está presente nas nações modernas, atuando direta ou indiretamente no domínio econômico, nos mais variados formatos, inclusive em nações avessas ao intervencionismo estatal.

A Inglaterra, berço do liberalismo clássico, serve como exemplo. A Companhia das Índias Orientais inglesa (1600-1874), com organização societária bastante evoluída para a época, contava, como membros de seu comitê, com governadores e deputados, de modo que considerável parte das decisões estratégicas era tomada em conjunto com

2 Informações podem ser acessadas no “panorama das estatais. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas-estatais/panorama>>.

3 Mais informações sobre a carteira acionária podem ser obtidas por divisão em empresas abertas, fechadas, fundos de investimentos e debentures, além das formas previstas para concessão de investimentos. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/consulta-operacoes-bndes/carteira-acionaria>>.

4 MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *A quarta revolução*. São Paulo: Penguin, 2018.

estratégias militares.⁵

De igual modo, apesar da hostilidade norte-americana à participação do Estado na economia, esse fato foi relativamente comum nos períodos mais remotos da história norte-americana, especialmente no final do século dezoito e no começo do dezenove, quando houve participação em bancos (especificamente no primeiro e no segundo Banco dos Estados Unidos, em 1791 e 1816 respectivamente), estradas de ferro (Union Pacific Railroad em 1862) e canais.⁶

Após a crise financeira de 2008, houve forte aquisição acionária, pelo governo federal americano, de empresas como General Motors, Citigroup e seguradora AIG, no intuito de afastar os efeitos perversos de eventual falência. Com a recuperação pós-crise, o governo vendeu suas participações, voltando para o completo controle privado.⁷

Na época, o socorro estatal levantou controvérsia acerca da socialização dos riscos do empreendimento e da privatização dos benefícios, já que o Estado estaria extrapolando as correções de falhas de mercado. Enquanto havia esforço coletivo, para minorar os riscos das atividades privadas, as recompensas não foram distribuídas à sociedade (com a exceção da receita auferida por meio do sistema tributário)⁸.

Depois da Segunda Grande Guerra, intervenções estatais na economia tornaram-se amplas, deixando legado no mundo desenvolvido, como a propriedade pelo Estado francês de 85% da EDF (companhia energética); pelo japonês de 50% da Japan Tobacco e pelo alemão da fatia de 32% da Deutsche Telekom⁹.

Atualmente o Leviatã se mostra em vários tons distintos: pode assumir diretamente o papel de empreendedor ou proprietário; atuar como acionista majoritário de empresas, nas situações de sociedades parcialmente privatizadas, ou agir como acionista minoritário em sociedades empresariais (por meio de fundos soberanos, bancos de desenvolvimento ou empresas de participação).

Após a Segunda Grande Guerra, com a necessidade de reconstruir os Estados envolvidos, foi implementada política de forte expansão e interferência no domínio econômico, aparecendo a mão visível como motor dessa transformação.

Políticas de bem-estar social (Welfare State) ganharam força por meio de teorias intervencionistas keynesianas, surgindo uma onda de nacionalização de serviços estatais por empresas públicas. Esse movimento durou aproximadamente até o final dos anos

5 ANDERSON, Gary M.; MCCORMICK, Robert E.; TOLLISON, Robert D. The Economic Organization of The English East India Company. *Journal of Economic Behavior and Organization* 4 (1983), p. 221-238, North-Holland.

6 MILHAUPT, Curtis J.; PARGENDLER, Mariana. *Governance Challenges of Listed State-Owned Enterprises around the World: National Experiences and a Framework for Reform*, 50 Cornell Int' L.J.473 (2017).

7 MILHAUPT, Curtis J.; PARGENDLER, Mariana. *Governance Challenges of Listed State-Owned Enterprises around the World: National Experiences and a Framework for Reform*, 50 Cornell Int' L.J.473 (2017).

8 MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, p. 250. Nesse particular, a autora entende que o sistema tributário recompensaria a injeção de capital por parte do Estado, entretanto argumenta que essa recompensa era concebida de forma desproporcional aos aportes realizados.

9 THE ECONOMIST. *Special Report: The visible hand*. Edição de 21 de janeiro de 2012.

oitenta, quando começou a ser questionada a eficiência estatal no oferecimento desses serviços, iniciando-se o movimento inverso, de cunho liberal, que buscava fortalecer o mercado e o setor financeiro¹⁰.

Essa virada ganhou força com a grave crise econômica do final dos anos 70 e do começo dos anos 80, levada a efeito por conta do petróleo, iniciando um processo de desestatização que propunha como alternativa o modelo de Estado mínimo. Na Inglaterra, a partir do final dos anos 1970, o governo da primeira-ministra Margareth Thatcher, guiado pelos ideais do pensamento econômico de Friedrich A. Von Hayek, iniciou a desestatização de companhias como British Telecom, British Gas e companhias de água e eletricidade.¹¹

Após esse primeiro movimento, iniciaram-se, na América Latina, as primeiras desestatizações, na década de 80, sendo os pioneiros nesse processo Chile, México e Brasil. Deve-se considerar que não existe um modelo único de privatização, sendo possível contabilizar mais de 50 tipos diferentes, realizados globalmente no interesse das mais variadas políticas públicas.¹²

Na atualidade, governos se sofisticaram, diluindo as participações acionárias no poder de fundos de pensão ou bancos de fomento sem perder parcela do controle, técnica utilizada em larga escala por países ao redor do globo.¹³

Ao considerarem o elevado custo político das privatizações, já que existiam demasiadas controvérsias ideológicas no processo, muitas estatais foram parcialmente privatizadas, de modo que o Estado continuou operando por meio de participação acionária minoritária.

Entre 1979 e 1983, forte crise arrebatou o Brasil, período em que enfrentou desequilíbrios orçamentários e financeiros, devido à disparada do preço do petróleo, deixando a balança comercial nacional desfavorável, pois nessa época o país importava a matriz energética de países produtores¹⁴.

Nesse cenário de recessão, durante os anos oitenta, apelidado de “década perdida”, o caminho para enfrentar a necessidade de cobrir o déficit orçamentário foram as privatizações.

As reformas do aparelho estatal por meio de desestatizações ganharam força no governo Collor (1990-1992), continuando no governo Itamar Franco (1992-1994) e se

10 BEZERRA, Helga Maria Saboia. *La golden share como instrumento de control estatal en empresas privatizadas*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. Publicação do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC. Ano XXXI. Julho de 2010.

11 BEZERRA, Helga Maria Saboia. *La golden share como instrumento de control estatal en empresas privatizadas*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. Publicação do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC. Ano XXXI. Julho de 2010.

12 MOREIRA, Terezinha. O processo de privatização mundial: tendências recentes e perspectivas para o Brasil. *Revista do BNDES*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 97-112, jun, 1994.

13 THE ECONOMIST. *Special Report: The visible hand. State capitalism's global reach: New masters of the universe*. Edição de 21 de janeiro de 2012. Salienta-se que esse modelo não é utilizado somente pelos países tradicionalmente mais interventores, englobando grande parte da Europa e da Ásia.

14 LAZZARINI, Sérgio. *Capitalismo de Laços: Os donos do Brasil e suas conexões*. São Paulo: Bei Comunicação, i, 2015, p. 115.

fortalecendo durante o governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002).

O processo de desestatização neste último período foi bastante controverso, existindo forte argumentação de que FHC buscava entregar o patrimônio nacional aos interesses estrangeiros. Entretanto, evidências indicam mais “poder de influência de atores locais, privados ou públicos”¹⁵ nesse processo, ficando as multinacionais estrangeiras com fatias menores das privatizações.

O Programa Nacional de Desestatização buscava, na época, conter a expansão administrativa referenciada no Decreto-Lei 200/67, para, pelo Conselho de Desestatização, concentrar esforços estatais em áreas de mais necessidade, deixando a cargo da iniciativa privada a exploração da atividade empresarial propriamente dita.

Nesse primeiro momento, houve intenso processo de privatizações, de modo que, entre 1990 e 2015, foram realizadas 99 transferências de estatais para o âmbito privado, em diversos setores como siderúrgico, químico, petroquímico, fertilizantes, elétrico, ferroviário, mineração, entre outros.¹⁶

Posteriormente, com a eleição do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), ocorreu o redirecionamento das políticas de privatização, voltando as forças para a participação do Estado no domínio econômico, para a formação das chamadas “campeãs nacionais”, utilizando o BNDES como meio para atingir esse objetivo.

Por meio de sua subsidiária, o BNDESPAR (BNDES Participações), o Banco de Desenvolvimento Social atua no mercado de capitais desenvolvendo e incentivando a captação de recursos, com a finalidade de apoiar planos de negócio em convergência com sua política estratégica, sendo que a participação do BNDESPAR no capital social de empresas deverá ocorrer de forma transitória e minoritária.¹⁷

Sem entrar na discussão acerca de quais critérios são utilizados para a escolha das empresas que se ajustam ao planejamento do Banco de Desenvolvimento, o fato é que a intervenção no domínio econômico por meio destes não é particularidade brasileira, pois desempenham papel importante na configuração do capitalismo de Estado no mundo. Existiam, em 2011, “[...] 288 bancos de desenvolvimento em todo o mundo, concentrados principalmente no sul e no leste da Ásia (29,5%), na África (24,3%) e na América Latina e Caribe (17,7%)”.¹⁸

Em relação ao panorama normativo das participações minoritárias do Estado no domínio privado, chamadas por Aragão de empresas público-privadas, há participação minoritária qualificada, em que, apesar de minoritário, existem “[...] instrumentos especiais de direitos societário, como um acordo de acionistas ou uma Golden share, que lhe dá poderes além dos assegurados a qualquer sócio pela legislação societária, mas sem que

15 LAZZARINI, Sérgio. *Capitalismo de Laços: Os donos do Brasil e suas conexões*. São Paulo: Bei Comunicação, 2018, p. 17.

16 Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br>>. Acesso em: jun. 2019.

17 BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. *Resolução DIR nº 3254/2017-BNDES*

- “Política de Atuação em Mercado de Capitais do Sistema BNDES”.

18 MUSACCHIO, 2015, p. 273.

deixe de ser um acionista minoritário ou assuma parte do controle da sociedade”¹⁹.

Quando das desestatizações, “[...] havia uma preocupação com interesses estratégicos da União, que poderiam ser afetados após a alienação de suas ações [...]”, motivo pelo qual foram previstos mecanismos permissivos da regulação estatal, como o acordo de acionistas e a ação preferencial de classe especial²⁰ (*golden share*).

Assim, após esse processo inicial de desestatização, surgiram matizes de capitalismo de Estado, sendo que as intervenções atuais dizem respeito não só ao “[...] modelo em que o Leviatã é empreendedor – controlando e gerenciando as empresas estatais – mas também aos modelos em que o Leviatã é investidor majoritário ou investidor minoritário”.²¹

No que tange à segregação de atividades administrativas dentro de uma sociedade empresarial em que exista a participação acionária minoritária Estatal, esse limite pode não ser muito claro. Em tese, a delegação da atividade possibilita a existência de participação acionária sem governança sobre a companhia. Os diretores, eleitos pelo conselho de administração, direcionam os caminhos da companhia na administração e na gestão dos objetivos finalísticos.²²

Quando os papéis não estão bem definidos, cria-se conflito de interesses na administração da sociedade. Cita-se como exemplo a Centrais Elétricas Brasileiras - S.A. (Eletrobrás), que aderiu em 2012 à política estratégica do Governo Federal, impondo prejuízos aos acionistas minoritários.

Nesse caso, os representantes da União votaram favoravelmente à adoção de política setorial energética sobre a redução tarifária, gerando prejuízos para a sociedade empresária. Houve inclusive condenação por parte da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por considerar que a posição da União na votação em Assembleia-Geral foi abusiva, pois conflitante com os interesses da empresa.²³

3 | ASPECTOS NORMATIVOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, no art. 173, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando necessária aos “[...] imperativos interesses da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

Para deixar a salvo de dúvidas, no atual panorama político brasileiro, a Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade

19 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 459.

20 SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 385.

21 MUSACCHIO, Aldo. *Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015, p.18.

22 MUSACCHIO, Aldo. *Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015, p.18.

23 SHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Conflito de Interesses nas Empresas Estatais: uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp. *Rev. Direito Prax*, Rio de Janeiro, vol. 9, n.3, 2018, p. 1446 ss.

Econômica, estabelecendo normas de “[...] proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador”.

A exposição de motivos da declaração expõe que, para haver crescimento econômico, é necessário aprimorar os ambientes de investimento e inovação, implementar alterações normativas para conferir mais celeridade e eficiência nas relações de troca, além de reservar a atuação estatal no domínio econômico para situações excepcionais, visando à redução de gastos públicos.

A declaração surge em momento de redirecionamento das políticas públicas estatais de intervenção no domínio econômico, seguindo o fluxo de reestruturação da Presidência e dos Ministérios (Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, e Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019), no intuito de reordenar o papel do Estado na economia, construindo políticas de desmobilização e desinvestimento.

Para reordenar o papel do Estado no domínio econômico, deve-se seguir o procedimento legal, com a inclusão no Programa Nacional de Desestatização (PND), normatizado pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998, observando também a previsão contida no Decreto nº 9.589, de 29 de novembro de 2018.

O Programa objetiva reordenar a posição estratégica do Estado na economia, contribuir para a reestruturação dos Setores Público e Privado, com a retomada de investimentos, de modo a permitir que a Administração concentre esforços em atividades estatais prioritárias.

Para a desestatização da empresa estatal, o primeiro passo é a inclusão no PND, desvinculando-a do ministério setorial, passando a ser subordinada em suas atividades pelo Ministério da Fazenda (atualmente da Economia), de acordo com o art. 59 do Decreto nº 2.594/1988. Para efetivar a inclusão, no caso das empresas estatais federais controladas diretamente pela União, o Decreto nº 9.589/2018 estabelece as fases para liquidação e dissolução da empresa, competindo ao então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e ao Ministério da Fazenda, além do setorial, a proposição da inclusão no programa.

Nos casos de desinvestimento, as participações acionárias da União serão depositadas no Fundo Nacional de Desestatização, que será administrado pelo BNDES, gestor do fundo com competência para proceder à alienação das cotas, depois de autorizado por decreto presidencial.

O Conselho Nacional de Desestatização (CND), órgão superior de decisão do PND, possui a função de recomendar inclusão ou exclusão de empresas e participações, para reestruturação societária. A partir da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, suas funções são desempenhadas pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI), constituído por membros do alto escalão federal.

Na situação de desinvestimento, existe previsão no estatuto das estatais (Lei nº 13.303/16), conforme pode ser verificado no art. 29, inciso XVIII, a dispensa de realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista, para compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem. No âmbito das sociedades de economia mista federais, o Decreto nº 9.188, de 1º de novembro de 2017, estabeleceu regras de governança, transparência e boas práticas de mercado para adoção de regime especial de desinvestimento de ativos.

4 | JURISPRUDÊNCIA SOBRE DESINVESTIMENTO

Atualmente está ainda em curso discussão no Supremo Tribunal Federal, relacionada à ADI 5624/DF, sem acórdão publicado até o momento, ajuizada contra o texto integral da Lei nº 13.303/2016, conhecido como “[...] estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias [...]”, aplicável a União, estados, Distrito Federal e municípios.

Alegaram os autores que a Lei inseriu, no ordenamento jurídico, norma de muito impacto sobre o regime societário, a organização e a atuação das empresas estatais, as quais limitaram obrigações e restringiram a capacidade de gestão dos respectivos Poderes Executivos, o que contrariava a Constituição Federal.

Por dependência foram distribuídas ao ministro-relator as ADI’s 5.846/DF, 5.924/DF e 6029/DF, levantando outras possíveis inconstitucionalidades, em especial no art. 29, inciso XVIII (“É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: [...] na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens [...]”), já que, nos casos de alienação de ativos das sociedades de economia mista e suas subsidiárias ou controladas, seria necessário autorização legislativa, quando tal alienação implicasse a perda do controle estatal da sociedade objeto da venda.

A possibilidade de vender diretamente posições acionárias sem a necessidade de autorização legislativa impacta diretamente a governança das estatais, que concorrem com agentes privados, os quais tomam decisões de forma mais rápida.

É a situação da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), grupo atuante em petróleo, gás e derivados, controlada diretamente pela União (atualmente detentora de 50,3% das ações ordinárias), que possui participação societária em diversas outras sociedades subsidiárias e controladas.

Ao se considerar o largo objeto social da empresa, a criação de subsidiárias ou controladas ocorre na busca de melhor administrar os diversos setores de atuação, já que são criadas para exercer no país ou no exterior qualquer das atividades integrantes de seu objeto social (Estatuto Social da Petrobrás, art. 3º).

Na atividade de exploração de petróleo, o gás é monopólio da União, que poderá contratar empresas estatais ou privadas para realização de atividades (art. 177 da CF),

podendo participar minoritariamente de sociedade privada com esse foco, com fundamento no Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016.

Exemplo de operação de desinvestimento ocorreu na alienação da Transportadora Associada de Gás - TAG, empresa na qual a Petrobras participa com 100% do capital votante.

A operação de reestruturação societária foi realizada com a Engie Brasil Energia e o fundo canadense *Caisse de Dépôt et Placement du Québec* (CDPQ), com a venda de 90% de sua participação na TAG, operação finalizada em junho de 2019.²⁴ Dada a magnitude dos valores envolvidos,²⁵ é possível imaginar que o negócio possui momento certo a se realizar, motivo pelo qual o questionamento acerca da possibilidade de realização mediante dispensa de licitação é de fundamental importância.

Nas razões contidas na ADI 5.846/DF, consta que a alienação de ações, quando superam o mínimo necessário para manutenção do poder acionário, podem ser realizadas pelas regras de mercado, por meio de negociação em bolsa.

Assim, a dispensa de licitação seria aplicável somente nos casos de venda de ações comercializadas na Bolsa de Valores, quando inseridos no contexto de investimentos institucionais, não estando inserida nesse contexto a alienação do poder de controle acionário de sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias e controladas.

Por sua vez, a prática de ato que importe em alienação do poder controlador por parte do Estado exigiria lei em sentido formal, sendo inconstitucional a dispensa de licitação para alienação de ativos que importem a perda do controle (ADI 234/RJ, ADI 1.703/SC, ADI 1.348/RJ).

Em sede liminar, nos autos da ADI 5624/DF (à qual as demais ações diretas se encontram conexas), conferindo interpretação conforme a Constituição ao art. 29, **caput**, VIII, Lei 13.303/2016, o Ministro-Relator firmou entendimento no sentido de que “[...] a venda de ações das empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas exige prévia autorização legislativa, sempre que se cuide de alienar o controle acionário”.

Prosseguiu, afirmando ser

[...] também necessária a concessão da medida cautelar, ad referendum do Plenário, para fixar a interpretação conforme à Constituição ao dispositivo acima mencionado, segundo a qual a dispensa de licitação só pode ser aplicada apenas à venda de ações que não importem a perda de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista ou de suas subsidiárias ou controladas.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2019, referendou a concessão

24 Informações contidas no “serviço aos investidores” da Petrobrás. Disponível em: <<https://www.investidorpetrobras.com.br/pt/servicos-aos-investidores/central-de-downloads>>. Acesso em: jul. 2019.

25 O serviço ao investidor da Petrobras informa que houve o “[...] pagamento total de R\$ 33,5 bilhões para a Petrobras, sendo aproximadamente R\$ 2 bilhões destinados à liquidação da dívida da TAG com o BNDES”.

parcial da medida cautelar, conforme reproduzido:

No mérito, em razão de voto médio, o Tribunal referendou, em parte, a medida cautelar anteriormente parcialmente concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), para conferir ao art. 29, caput, inc. XVIII, da Lei nº 13.303/2016 interpretação conforme à Constituição Federal, nos seguintes termos: i) a alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação; e ii) a exigência de autorização legislativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas. Nesse caso, a operação pode ser realizada sem a necessidade de licitação, desde que siga procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da Constituição, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade. Redigirá o acórdão o Ministro-Relator. Plenário, 06.06.2019.

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União, analisando a sistemática de desinvestimento de ativos e empresas da Petrobrás (TC-013.056/2016-6 – Acórdão nº 442/2017 – Ministro-Relator José Múcio Monteiro) e a utilização da Lei nº 9.491/1997 (PND), consignou que a alienação de ativos de empresas pertinentes com o objetivo da Lei deve seguir o procedimento do PND, enquanto, nas situações de decisão empresarial de gestão de portfólio da companhia, pode seguir os mecanismos de mercado.

O PND deve ser utilizado naquelas situações em que há a efetiva retirada do Estado do domínio econômico, dentro de amplo projeto de reorganização do papel estatal.

Já o desinvestimento será realizado por empresa estatal no sentido de se desfazer da excepcional intervenção do Estado na economia, sem autorização legislativa, para o retorno à sua não interferência, sendo o caso da alienação de empresas-filhas.

Outra questão que levanta reflexões é a presença da ação preferencial de classe especial e a possibilidade de sua alienação, mais conhecida como *golden share*.

A *golden share* possui fundamento no art. 17, §7º, Lei de Sociedades Anônimas (LSA), assim como no art. 8º da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, que permitem a criação, no processo de desestatização, de ações preferenciais de classe especial, as quais conferem, dentre outros, poderes de veto às deliberações que especificar.

Possui seu nascedouro no Reino Unido, no contexto das privatizações britânicas do final da década de 70 do século passado. No intuito de fazer frente às necessidades orçamentárias, as desestatizações possibilitaram a transferência de empresas públicas para o setor privado, mantendo-se a influência do Poder Público sobre determinadas questões de interesse, por meio de ações preferenciais.

É uma maneira de manter a intervenção estatal na economia em condições desproporcionais à participação acionária, porquanto, com parcela ínfima ou simbólica, permite-se elevado poder de governança e administração²⁶.

Assim, a *golden share* possui nítido vetor regulatório ou planejador, uma vez que

26 GUEDES, Filipe Machado. *A atuação do Estado na economia como acionista minoritário: possibilidades e limites*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 162 ss.

permite ao Estado influenciar os caminhos e a governança societária, viabilizando a transferência da propriedade a grupos privados para o exercício da atividade econômica, sem, no entanto, se afastar dos atos de gestão, mantendo o interesse público que ficará sob o resguardo do Poder Público²⁷.

Ao conceituá-la também como vetor regulatório, Carvalhosa leciona que é “[...] instrumento direto de política pública que pode substituir, em certa medida, as funções de uma agência estatal reguladora”, lembrando, ainda, que este instrumento “[...] acarreta diminuição no preço de venda das empresas privatizadas, justificando-se unicamente pela prevalência do interesse público”²⁸.

Sobre este particular, existe consulta formulada ao Tribunal de Contas da União, tombada sob o nº 025.285/2017-3, que trata de questionamento referente à competência e à possibilidade de supressão, sem contrapartida financeira, de direitos conferidos à União por meio de ações de classe especial (*golden shares*) criadas quando da desestatização de companhias federais, cuja relatoria é do Ministro José Múcio Monteiro que, em função da assunção da presidência daquela Corte, foi transferida para o Ministro Raimundo Carreiro²⁹.

Até o momento, não existe conclusão do julgamento, já que foi suspenso em razão de pedido de vista formulado na sessão ordinária do plenário em 18/7/2018, pelo Ministro Vital do Rêgo. É uma questão intrincada, pois visa discutir a eventual existência de valor precificado na *golden share*, caso de fato exista, e como seria feito o pagamento pela eventual renúncia aos poderes pela União.

5 | INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL

O Instituto de Resseguros do Brasil - IRB, criado em 1939 pelo presidente Getúlio Vargas (Decreto-lei nº 1.186, de 3 de abril de 1939), objetivava fortalecer e apoiar o desenvolvimento do mercado segurador nacional, assim como a retenção no país dos riscos de empresas nacionais, seara dominada antes por resseguradoras estrangeiras. Com a criação, conferiu-lhe o monopólio e a regulação do mercado securitário.

Esse mercado tem a função de pulverizar os riscos de maior volume, podendo atuar no resseguro de empresas seguradoras, ou na retrocessão, atuando juntamente com outras resseguradoras. Pela grandeza dos objetos segurados, é um mercado de extensão internacional, bastante competitivo.

Como as companhias do mercado segurador não possuem capital suficiente e recursos adequados para aceitar todos os sinistros contratados, devem se proteger também

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. *Revista dos Tribunais* – RT, ano 98, n. 890, p. 33-68, dez. 2009.

28 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 1º volume: arts. 1º a 74. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 236-237.

29 O conteúdo da consulta formulada é o seguinte: É possível suprimir direitos conferidos pelas ações de classe especial (*golden share*), quando da desestatização de empresas estatais sem contrapartida financeira, e seria o CPPI a autoridade competente para tanto? E, no caso de direitos específicos definidos além das disposições de Resolução do CND, a competência seria do Ministro de Estado da Fazenda?

de eventuais riscos do negócio. Por essa razão, a resseguradora atua como “seguro do seguro”, ou “seguro do resseguro”, pulverizando os riscos existentes e propiciando o funcionamento do mercado.³⁰

O panorama econômico da época da fundação do IRB era de recuperação dos efeitos da crise de 1929, com a indústria do café perdendo espaço nas exportações e o mercado nacional voltando suas forças para substituir a importação.

Em verdade, a partir de 1933, o mercado interno já se recuperava da crise de 1929, graças à política anticíclica em curso (governo comprando os estoques dos cafeicultores) e ao panorama internacional de elevados preços de mercadorias importadas (acarretada pela depreciação cambial), que aumentavam o interesse pelas atividades econômicas internas.

Some-se a isso o conflito bélico de 1939, o qual sem dúvida ampliava os anseios políticos nacionalistas, na defesa de uma indústria nacional capaz de atender às necessidades do mercado interno.³¹

Com o aumento do índice de preços de mercadorias importadas, conjugado com a estagnação do mercado de café (em razão da queda de exportações e da existência de capacidade ociosa), o país iniciou o processo de fomento do mercado interno e produção de capital, utilizando, em boa parte, a estrutura industrial proveniente de fábricas internacionais que haviam fechado devido à crise.

Bens industriais provenientes do exterior a baixo custo, somados à inversão industrial interna em razão da redução de produção de café, impactaram positivamente o fomento industrial interno, que necessitaria de segurança para a sua atuação, no dinâmico processo de geração de renda.³²

Esse panorama econômico ensejou a criação da resseguradora nacional, objetivando desenvolver o mercado local que se recuperava da crise internacional.

Nesse cenário promissor ao desenvolvimento nacional, surgiram a Companhia Siderúrgica Nacional (1941) e a Companhia Vale do Rio Doce (1942), amparadas normativamente na Constituição de 1937, que incumbia ao Estado o dever de atuar nas situações de deficiência da iniciativa individual.

A Carta de 1937 se inclinava à atuação estatal no domínio econômico somente para suprir as “deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção” (art. 135), com feição liberal na forma, mas forte atuação política na atividade industrial, com a cartelização da economia e o ambiente altamente regulamentado, desde o café até a produção de mandioca.³³

Em 1946 houve a consolidação da legislação relativa ao IRB (Decreto-Lei nº 9.735, de 4 de setembro de 1946), fomentando as operações de resseguro e retrocessão,

30 MARTINS, João Marcos Brito. *Resseguros: Fundamentos Técnicos e Jurídicos*. 2ª ed. Rev. Atual. E-book, 2019.

31 FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 34 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 263-273.

32 FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 34 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 273-285.

33 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, p. 811.

operações garantidas pela União, visando também o mercado estrangeiro.

Com a edição do Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, o IRB foi transformado em sociedade de economia mista, permanecendo como órgão regulador de resseguro, a partir da criação do Sistema Nacional de Seguros Privados, monopolizando o exercício da atividade de resseguro, chamando-se agora IRB Brasil Resseguros S.A.

Em 1997 foi incluído no Programa Nacional de Desestatização (PND) por meio do Decreto nº 2.423, de 16 de dezembro de 1997, processo que não foi adiante em razão de suspensão judicial decorrente de medida liminar concedida nos autos da ADIN nº 2.223-7, haja vista a discussão referente à transferência de funções regulatórias e fiscalizatórias para a SUSEP, antes conferidas ao IRB. Além do mais, houve questionamento também na Corte de Contas, onde foram detectadas incorreções em suas contas.

Em 15 de janeiro de 2007, foi sancionada a Lei Complementar nº 126, que abriu o mercado ressegurador brasileiro, quebrando o monopólio do IRB, que passou à atual como uma empresa resseguradora local, perdendo, entretanto, a qualidade de órgão regulador, atribuição que foi conferida à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP.

Em virtude da abertura do mercado ressegurador, o IRB se reestruturou, passando por processo de desestatização, retomado por meio da Resolução nº 3, de 7 de abril de 2011, o qual havia sido suspenso pela Resolução CND nº 32/2000.

Iniciou-se então a modelagem da desestatização, e foi designado o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES como gestor do processo de desestatização, em conformidade com o inciso III do art. 4º da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. A modelagem do processo é estabelecida pelo Conselho Nacional de Desestatização - CND, atualmente com atribuições desempenhadas pelo Conselho do Programa de Parceria de Investimentos da Presidência da República - CPPI (Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016).

Após esse processo inicial de desestatização do IRB, nos termos da legislação vigente, a empresa é hoje uma sociedade privada da qual a União detém participação minoritária (11,73% do capital votante), com 10% encontram vinculados ao Acordo de Acionistas, que permite que ela integre o denominado “Bloco de Controle” da sociedade. O primeiro Acordo firmado entre as mesmas partes é de 24 de maio de 2013, tendo sido, em 12 de agosto de 2015, aditado e consolidado.

Em 2017, o IRB abriu o capital com o lançamento das ações no Novo Mercado da B3, nível máximo de Governança, assumindo a 8ª posição entre os 10 maiores resseguradores do mundo em valor de mercado.

Em decorrência de acordo de acionistas pactuado entre União, BB Seguros Participações S.A., Bradesco Auto RE, Itaú Seguros S.A., Itaú Vida e Previdência S.A., Fundo de Investimentos em participações Caixa Barcelona, pactuado em 12 de agosto de 2015, foi decidido, na forma do art. 17 da Lei das Sociedades Anônimas e do art. 8º da Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, a existência de ação preferencial de classe especial

de titularidade exclusiva da União (*golden share*)³⁴.

Interessante notar que, com a edição do Decreto nº 9.811, de 30 de maio de 2019, foram incluídas as ações ordinárias detidas pela União no capital social do IRB no Programa Nacional de Desestatização, designando-se o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES como responsável pela execução e pelo acompanhamento dos atos necessários à alienação.

Caso a alienação prossiga, a União irá permanecer apenas com a ação preferencial de classe especial, com poder de gerência sobre a sociedade empresária, embora sem nenhum capital investido.

Observa-se que o poder relacionado à *golden share*, após eventual desinvestimento, seria majorado, pois algumas cláusulas estão intimamente ligadas ao acordo de acionistas, e, com a alienação, a União seria automaticamente excluída do acordo.

Veja-se que o poder de veto não se admite nas hipóteses de transferência de ações realizadas em conformidade com o Acordo de Acionistas, do qual a União participa (com previsão similar para as políticas de subscrição de risco). Com a alienação e a saída da União do Acordo, não existe nenhuma exceção a ser respeitada pela cláusula especial, aumentando-se o poder de veto da União.

A situação extraordinária indica que, mesmo que o Leviatã tenha alienado toda a sua participação acionária, permanecendo, no entanto, com a ação preferencial de classe especial (já que, para a extinção desta, exige-se procedimento diferenciado, pois se trata de poder estratégico), seu poder de gerência na sociedade irá aumentar, pois o poder de veto a transferências acionárias e a eventuais políticas de subscrição de risco e retrocessão será ilimitado.

Nessa hipótese, uma vez alienada a participação da União, com a consequente retirada, será mantido o poder controlador, mesmo sem poder acionário, podendo a União vetar incondicionalmente transferências acionárias e políticas de subscrição, além de poder indicar pessoa, para compor a presidência do Conselho de Administração.

O cenário do mercado ressegurador é bem distinto daquele de 1939, data da criação do Instituto, em que o mundo se recuperava da grave crise de 1929. Dessa forma, ao se

³⁴ De acordo com o estatuto da companhia, são os seguintes poderes da *Golden Share*: “Art. 8 A Golden Share confere à União, em caráter permanente, direitos de veto nas deliberações sociais ou negócios jurídicos a respeito das seguintes matérias: I - mudança de denominação da Sociedade ou de seu objeto social; II - transferência de controle acionário da Sociedade, observado o disposto no § 1º deste art. 8º; III - alteração ou aplicação da logomarca da Sociedade; IV - definição das políticas de subscrição e retrocessão, representadas por normas de caráter geral, sem indicação individualizada de negócios, devendo esse direito ser exercido de forma a se buscar o equilíbrio econômico-financeiro das carteiras correspondentes, salvo disposição expressa em acordo de acionistas do qual a União faça parte; V - operações de transformação, fusão, incorporação e cisão que envolvam a Sociedade, que possam implicar em perdas de direitos atribuídos à Golden Share; e VI - qualquer alteração dos direitos atribuídos à Golden Share, sem a anuência escrita manifestada pela União. § 1º Não está sujeito ao veto da União de que trata o inciso (ii) do art. 8º deste Estatuto Social as transferências de ações que sejam realizadas em conformidade com acordo de acionistas do qual a União faça parte. § 2º Em decorrência da titularidade da Golden Share, é assegurado à União o exercício dos seguintes direitos, de forma permanente: I - indicação de 1 (um) membro para o Conselho de Administração, que exercerá o cargo de Presidente do órgão, e seu respectivo suplente; e II - indicação de 1 (um) membro e seu respectivo suplente para o Conselho Fiscal”.

retirar do IRB, para atuar apenas de forma episódica e excepcional no âmbito privado, o Leviatã permanece de maneira mais forte no mercado, evidenciando-se evidente conflito entre o disposto no aparato normativo e o que ocorre no mundo dos fatos.

Se normativamente a previsão Constitucional endossa a atuação estatal apenas nos casos de relevante interesse coletivo, quando for necessário, decorrente de imperativos da segurança nacional (art. 173), positivamente, no mundo dos fatos, a questão toma contorno diverso, mormente em decorrência de acordos de acionistas ou cláusulas preferenciais (*golden share*).

Se, a partir da análise normativa, os valores embutidos no preceito constitucional nos levam a menos intervenção, reservada aos casos de relevante interesse coletivo e aos motivos de segurança nacional, a análise positiva dos fatos nos leva a crer que, mesmo com a alienação da participação, restaria ainda grande intervenção do Estado no domínio econômico, mesmo considerando que o momento histórico seja absolutamente distinto.

6 | CONCLUSÃO

A retirada do Leviatã do meio econômico é intrincada e possui variados conflitos no caminho. O cumprimento ao preceito constitucional de intervenção excepcional apenas em situações de interesse coletivo ou segurança nacional traz complexidades que apenas despontam, quando o procedimento está em curso.

Desinvestir traz consequências legais e questionamentos acerca de quais instrumentos devem ser usados, além de apresentar variações interventivas, como o caso das ações preferenciais de classes especiais, que ganham força no momento da retirada.

Dado o cenário incerto, a melhor saída parece ser trabalhar coordenadamente com instituições de controle, visando a ambiente mais promissor para geração de empregos, renda e riqueza.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Gary M.; MCCORMICK, Robert E.; TOLLISON, Robert D. The Economic Organization of The English East India Company. *Journal of Economic Behavior and Organization* 4 (1983), p. 221-238, North-Holland.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Empresa público-privada. *Revista dos Tribunais* – RT, ano 98, n. 890, p. 33-68, dez. 2009.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. *La golden share como instrumento de control estatal en empresas privatizadas*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. Publicação do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC. Ano XXXI. Julho de 2010.

BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. *Resolução DIR nº 3254/2017-BNDES* - “Política de Atuação em Mercado de Capitais do Sistema BNDES”.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 1º volume: artigos 1º a 74. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*. 34 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GUEDES, Filipe Machado. *A atuação do Estado na economia como acionista minoritário*: possibilidades e limites. São Paulo: Almedina, 2015.

LAZZARINI, Sérgio. *Capitalismo de Laços*: Os donos do Brasil e suas conexões. São Paulo: Bei Comunicação, 2018.

MARTINS, João Marcos Brito. *Resseguros*: Fundamentos Técnicos e Jurídicos. 2ª ed. Rev. Atual. E-book, 2019.

MAZZUCATO, Mariana. *O estado empreendedor*: desmascarando o mito do setor público vs. Setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. *A quarta revolução*. São Paulo: Penguin, 2018.

MILHAUPT, Curtis J.; PARGENDLER, Mariana. *Governance Challenges of Listed State-Owned Enterprises around the World*: National Experiences and a Framework for Reform, 50 Cornell Int’ L.J.473 (2017).

MOREIRA, Terezinha. O processo de privatização mundial: tendências recentes e perspectivas para o Brasil. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 97-112, jun. 1994.

MUSACCHIO, Aldo. *Reinventando o capitalismo de Estado*: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países. 1ª ed. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

PACHI FILHO, Fernando Felício. “Privatização”, “desestatização” e “venda”: sinonímia e efeitos de sentido no discurso da imprensa. *Veredas On Line*. Análise do discurso. Juiz de Fora. Vol. 2/2010, p. 51-63..

SHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morganna Matos. Conflito de Interesses nas Empresas Estatais: uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp. *Rev. Direito Prax*, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 3, 2018.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *O Estado acionista*: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017.

THE ECONOMIST. *Special Report*: The visible hand. Edição de 21 de janeiro de 2012.

CAPÍTULO 16

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA COMO VIOLÊNCIA DE GÊNERO: UM ENFOQUE DE DIREITOS HUMANOS

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 18/12/2020

Victoria Pereira Nascimento

Bacharelada em Direito na Universidade
CEUMA
São Luís – MA
<http://lattes.cnpq.br/6854568384053609>

RESUMO: Apesar de ter havido uma notória evolução médica concernente à violência obstétrica, ainda é perceptível que o modelo intervencionista adotado no Brasil na prática da assistência ao parto causa a perda da autonomia e dos direitos das gestantes e das parturientes. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho consiste em construir uma discussão a respeito da marginalização da violência obstétrica com uma espécie de violência de gênero, trazendo como centro as questões socioeconômicas que influenciam na prática de violência e de silenciamento do estado no que tange a aplicação de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais garantidos no âmbito materno.

PALAVRAS-CHAVE: Violência obstétrica. Violência de Gênero. Direitos Humanos. Mulheres. Omissão.

THE INSTITUTIONALIZATION OF OBSTETRIC VIOLENCE AS GENDER VIOLENCE: AN APPROACH TO HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: Although there has a notable medical evolution regarding obstetric violence, its still noticeable that the interventionist model adopted in Brazil in the practice of childbirth care causes the loss of autonomy and rights of pregnant women and parturients. In this sense, this work purpose is to build a discussion about the marginalization of obstetric violence with a kind of gender-based violence, focusing on the discussion about the socioeconomic issues which influence the practice of violence and in the state silencing on the application of public policies for the realization of fundamental rights guaranteed in the maternal sphere.

KEYWORDS: Obstetric Violence; Fundamental Rights; Pregnant Women; Marginalization.

1 | INTRODUÇÃO

Violência obstétrica é a expressão que abarca todos os tipos de agressões – sejam elas física, moral ou psicológica – sofridas pela mulher durante a gravidez, parto, pós-parto e abortamento (BRANDT, 2018). A atenção à saúde sexual e reprodutiva é um dos campos mais compactos de práticas legitimadoras de violência de gênero, estando dentro desse enfoque, a violência obstétrica. Convivemos em uma sociedade sexista, onde impera o discurso heterossexualista que nos impõe um quadro de

desigualdades de gênero onde atos de violência, como a obstétrica, são banalizados ou invisibilizados por aqueles que compõem tal sociedade. (BASTOS; NUNES, 2018)

Os aspectos como desigualdade social, econômica, demográfica e de escolaridade influenciam diretamente nas causas que levam a prática de violência. Tais aspectos também motivam um tratamento diferenciado pelos profissionais da saúde no que tange a assistência fornecida as mulheres, tratamento este que necessita urgentemente ser revisto e repreendido, uma vez que afeta diretamente os direitos fundamentais garantidos as mulheres no âmbito materno.

Apesar das agressões agrupadas pela violência obstétrica serem enquadradas facilmente como crimes, nota-se no Brasil a negligência do Estado tanto no que tange a discussão sobre o tema quanto na atuação por meio de políticas públicas e elaboração de leis que reconheçam essas agressões como delitos. Tal omissão pode ser evidenciada, por exemplo, com o fato de STF achar o termo “violência obstétrica” inadequado para as condutas que são praticadas por profissionais da saúde, demonstrando com isso, não apenas a marginalização desses atos, mas também a corroboração para a ofensa direta das categorias universais de direitos humanos, tais como igualdade, dignidade e justiça.

Nessa perspectiva, faz-se imprescindível abordar como os direitos humanos são postos em questão no campo de efetivação das políticas de saúde pública e como tais direitos são utilizados para expressar exigências que se põem em conflito com a atuação medica atual (MARIANI, 2016). Além disso, trata-se de uma pesquisa qualitativa com base em um referencial teórico retirado de pesquisas bibliográficas, em livros e em materiais publicados na internet e propõe a necessidade de demonstrar a fragilidade da mulher perante questões socioeconômicas e discursos paternalistas que influenciam diretamente na prática da violência obstétrica.

2 | VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA INSTITUCIONALIZADA: UMA CONSTRUÇÃO SOCIAL PATERNALISTA

O período gestativo sempre teve uma posição muito importante na vida da mulher, sendo uma fase marcada por incertezas, medo e muita dor, uma vez que, antes de todo desenvolvimento tecnológico, a mulher ficava a mercê do desconhecido e do pouco conhecimento que uma parteira poderia ter na hora de realizar o parto. Apesar de no final do século XIX os obstetras terem ganhado um espaço significativo no parto, com o objetivo de – em tese – diminuir todo o sofrimento pelo qual as gestantes passavam, por haver um enraizamento cultural no qual prega a submissão da mulher em todo e qualquer lugar, essa realidade cruciante de insegurança não foi dizimada, se fazendo presente ainda nos dias atuais no Brasil.

Inúmeros são os relatos de mulheres que, em uma das etapas mais importantes de sua vida, ao gerar um novo ser, acabam vivenciando a chamada violência obstétrica, na qual sofrem com diversos procedimentos abusivos, ou até mesmo brutais, praticados por

profissionais da saúde (SILVA, 2019). Segundo o Fórum de Mulheres do Espírito Santo, a violência obstétrica pode ser caracterizada como:

“... é a violência cometida contra a mulher grávida e sua família em serviços de saúde durante a assistência ao pré-natal, parto, pós-parto, cesárea e abortamento. Pode ser verbal, física, psicológica ou mesmo sexual e se expressa de diversas maneiras explícitas ou veladas. Como outras formas de violência contra a mulher, a violência obstétrica é fortemente condicionada por preconceitos de gênero. As formas mais comuns de violência obstétrica são: humilhar, xingar, coagir, constranger, ofender a mulher e sua família; fazer piadas ou comentários desrespeitosos sobre seu corpo, sua raça ou sobre sua situação socioeconômica; realizar procedimentos sem esclarecimentos ou desconsiderar a recusa informada; utilizar inadequadamente procedimentos para acelerar partos e vagar leitos; prestar assistência sem observar as melhores evidências científicas disponíveis da segurança e/ou da efetividade das intervenções; submeter a mulher a jejum, nudez, raspagem de pelos, lavagem intestinal durante o trabalho de parto; não oferecer condições para a amamentação e para o contato do bebê sadio com a mãe; violar direitos da mulher garantidos por lei...” (FMES, 2014).

Desse modo, é possível inferir que a violência obstétrica é marcada como uma violência de gênero, uma vez que se baseia no olhar estereotipado sobre a mulher, consequência de uma concepção histórica e social extremamente sexista e patriarcal, no qual põem os profissionais da saúde em uma posição hierárquica e opressiva, onde assimilam a mulher a uma ideia de objeto, em uma condição sempre passiva e submissa sem qualquer perspectiva de livre manifestação a respeito do que quer (SILVA, 2019).

Logo, há que se fazer um questionamento acerca da forma como a assistência à saúde é oferecida pela equipe médica, uma vez que, por ser um ambiente dominado por homens, e por estes lidarem com a sua área de saber como uma forma de controle social, a tomada de decisões realizadas nas maternidades acaba assumindo contornos masculinos, onde há a dominação do corpo feminino no interior do discurso sexista, colocando gestante, parturientes e puérperas como indivíduos com menos poder no meio hospitalar, culminando em uma assistência calcada nas demandas masculinas, e não femininas (MACEDO, 2018). À vista disso, colocar a mulher como cidadã de segunda classe mesmo no momento em que ela é, naturalmente, a protagonista é inaceitável e inverossímil, sendo preciso reconsiderar o direito que atenda aos anseios das mulheres sob um viés que acate às questões feministas.

Sem embargo a prevalência do homem como principal agente responsável pela violência no âmbito materno, é notório que diversas mulheres, por se sentirem inseridas naturalmente no patriarcado, ajudam e confirmam a prática de tais atos, visto que se beneficiam de algo do sistema de privilégios (ARSIE, 2015).

Ademais, é imperioso salientar que o grande obstáculo no que tange ao reconhecimento da violência obstétrica como violência de gênero dá-se na identificação dos atos abusivos e aqueles que se assimilam à baixa qualidade da assistência de saúde

precários. Isto se torna evidente no discurso que o Estado prega ao defender e naturalizar tais atos, marginalizando a mulher e tirando dela o seu local de fala, e também na resistência daquele em reconhecer a urgência da problemática na conjuntura atual, com a justificativa de que tais atos vão muito além da vontade do médico e que o mesmo não pode ser responsabilizado por isso.

Esse conjunto de fatores também contribui para a produção e a reprodução da banalização da dor e do sofrimento alheios [...] pode-se imaginar que a desqualificação da prática assistencial e a banalização da dor e do sofrimento das pacientes em seus serviços obstétricos repercutem fortemente na legitimação dessas características em outros serviços da mesma especialidade (HOTIMSKY, 2007)

Isto posto, se faz necessário assumir e reconhecer a individualidade de cada gestante e compreender a sua força e as suas limitações relativas ao nascimento, buscando enfrentar a verticalização da assistência ao parto com o propósito de desconstruir relações autoritárias que as instituições de medicina estabelecem com a mulher e reduzir o poder e controle da medicina sobre o corpo daquela, abandonando rotinas que privilegiam as instituições e os médicos. Além disso, é de suma importância a busca pela conscientização e empoderamento das mulheres gestantes, parturientes e puérperas para superar a cultura repressora da violência institucional, tornando possível a denúncia de todo e qualquer ato praticado pelo profissional da saúde que viole direta e indiretamente os seus direitos.

Por fim, é forçoso concluir a imprescindibilidade do desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos e de humanização no tocante ao tratamento para com as mulheres tanto da sociedade como dos profissionais da saúde, propondo modelos igualitaristas concernente a garantia de direitos da mulher, expondo a necessidade de humanização na assistência obstétrica, botando novamente a mulher no status de protagonista e devolvendo àquela a sua autonomia no que tange ao seu poder de escolha (MACEDO, 2018).

3 | A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA EM MULHERES NEGRAS

Apesar dos avanços na garantia de direitos no Estado brasileiro, ainda é possível observar a existência de um viés racial implícito ao considerar as relações estabelecidas entre diferentes grupos, especialmente no que tange a negros e brancos. Segundo Holston (2013), “os grandes avanços da cidadania desde a promulgação da Constituição de 1988 não se dissociam das fraturas sociais que fazem do Brasil um dos campeões da desigualdade e da violência urbana” (p. 6).

Em vista disso, como já dito no tópico anterior, o cotidiano revela que ainda vivemos em uma sociedade marcada por relações assimétricas de poder, responsáveis pela naturalização da violência, principalmente contra determinadas classes e gênero, indicando uma indiscutível dominação hierárquica e sexista. (BRAGANÇA, 2019)

Todavia, considerando a segregação no que tange ao gênero como um fenômeno

que perturba o desenvolvimento da sociedade e que se faz presente em todas as culturas, é imprescindível afirmar que ela não afeta todas as mulheres na mesma intensidade, principalmente se for levado em questão os marcadores sociais, como raça e etnia. Assim, partindo do pressuposto de que o viés racial implícito é definido como um estereótipo negativo realizado por um indivíduo em referência a membros de um grupo racial étnico minoritário, é possível expor a questão de raça, gênero e classe na relação entre médico e paciente, uma vez que há um contraste gritante no atendimento entre mulheres negras e mulheres brancas no que refere a assistência obstétrica.

No serviço público de saúde brasileiro, no qual são atendidas as mulheres com uma condição socioeconômica mais baixa e, em sua maioria, negras, existe a cultura discriminatória que considera que elas não teriam capacidade de entendimento e autonomia para decidir sobre as intervenções que viessem a acontecer no parto. A discriminação social na assistência obstétrica pode ser confirmada no estudo de D'Orsi et al (2014), que demonstra que a cor da pele, condição econômica e escolaridade foram associadas a insatisfação na assistência ao parto e a violação do direito a integridade física e psicológica.

Ademais, de acordo com dados apresentados em uma pesquisa feita pelo Ministério da Saúde, 65,9% das vítimas que sofrem violência obstétrica são negras. Outrossim, a mesma pesquisa evidencia ainda que apenas 27% das mulheres negras gestantes obtiveram assistência adequada durante o período gravídico e puerperal (D'Orsi et al, 2014). Essas mulheres, a maioria sob risco reprodutivo, iniciam o pré-natal mais tardiamente, recebem menos orientação sobre a maternidade de referência, e estão ainda mais expostas a violências físicas, verbais e psicológicas, trazendo como consequência implicações diretas sobre a saúde física e psicológica (ASSIS, 2018).

Nessa diapasão, a precariedade na assistência obstétrica de mulheres negras pode ser evidenciada em dois casos concretos: o caso da Rafaela Cristina Sousa dos Santos e o da Alyne da Silva Pimentel Teixeira.

Em 2015, Rafaela Santos, jovem negra e moradora de uma periferia no Rio de Janeiro, internada em estado grave em uma maternidade pública também no RJ, e após a realização de procedimentos e a insistência da médica em fazer parto normal provocaram uma ruptura de útero, e quando apresentou o quadro de eclampsia, fizeram a cesárea tardiamente levando Rafaela a óbito. (CEBES, 2018)

Outro caso semelhante – ocorrido em 2002 – foi o da Alyne da Silva Pimentel Teixeira, negra, 28 anos, estava no seu sexto mês de gestação quando começou a sentir náuseas e fortes dores abdominais. Todavia, quando buscou assistência médica apenas recebeu analgésicos e foi liberada para voltar a sua casa. Não tendo melhorado, retornou ao hospital, quando foi constatada a morte do feto e somente horas depois de espera, a vítima foi submetida a cirurgia para retirada dos restos da placenta. O quadro se agravou e foi indicado a transferência da mesma para hospital em outro município, mas sua remoção foi feita com grande atraso. No segundo hospital, a jovem ainda ficou aguardando por

várias horas no corredor, por falta de leito na emergência, e acabou falecendo em 16 de novembro de 2002, em decorrência de hemorragia digestiva resultante do parto do feto morto. (SENADO, 2013)

Ambos os casos se assemelham não apenas por serem mulheres com características socioeconômicas semelhantes, mas também por serem fatos que poderiam ter sido evitados do ponto de vista clínico, demonstrando, com isso, como o gênero é constituído e representado de forma diferente, segundo a localização dentro das relações de poder (LIMA, 2018).

Além destes, inúmeros são os casos de mulheres negras que, por exemplo, não recebem anestesia, medicação e muito menos auxílio de forma prudente. Assim, diante das estatísticas e casos concretos apresentados da violência obstétrica em mulheres negras, é perceptível como as instituições baseiam suas práticas em uma utópica ideia construída na qual mulheres de cor negra são naturalmente mais fortes e resistentes, levando ao achismo da desnecessidade de maiores cuidados.

Outrossim, tal compreensão parte do extenso histórico de crueldades e iniquidades que permeiam a vida das mulheres negras espelhando opressões e negação das mínimas condições materiais necessárias à sua existência. Ângela Davis em seu livro *Mulher, Raça e Classe* (2016) aborda a trajetória das mulheres negras e pobres no que tange a garantia de seus direitos sexuais e reprodutivos, mostrando como elas sempre estiveram em uma posição de opressão ainda mais perceptível, na qual eram humilhadas, agredidas e marginalizadas no que diz respeito aos direitos na época postos em questão por mulheres ativistas brancas.

Segundo Ângela Davis (2016):

Sua causa ainda não foi encampada pelo movimento de mulheres como um todo. No interior das organizações que representam os interesses das mulheres brancas de classe média, tem havido certa relutância em apoiar as reivindicações da campanha contra a esterilização abusiva, porque essas mulheres frequentemente têm negado seu direito individual à esterilização quando desejam dar esse passo. Enquanto as mulheres de minorias étnicas são constantemente encorajadas a se tornarem inférteis, as mulheres brancas que gozam de condições econômicas prósperas são incentivadas, pelas mesmas forças, a se reproduzir. Dessa forma, algumas vezes elas consideram o “período de espera” e outros detalhes da solicitação do “consentimento informado” para a esterilização como inconveniências adicionais para mulheres como elas. Ainda assim, quaisquer que sejam as inconveniências para as mulheres brancas de classe média, um direito reprodutivo fundamental das mulheres racialmente oprimidas e pobres está em risco. A prática abusiva da esterilização deve acabar (DAVIS, 2016).

Estas questões ainda permanecem nos dias atuais quando questionamos se haveria espaço para a exaltação e defesa da maternidade negra, se sua reprodução seria menos aceitável socialmente do que a da mulher branca que ocupa posições de privilégio

socioeconômico e racial, ou até mesmo se é garantido a mulher negra o seu local de fala pela luta garantias não só no âmbito materno, mas no meio social de modo geral (LIMA, 2018).

Isto posto, é possível concluir que a construção de um imaginário social de violência, doença e “feitura” em torno da população negra traz consequências absurdas que refletem diretamente e de forma alarmante nos serviços de saúde, principalmente no momento do parto de mulheres negras. Desse modo, analisar a violência obstétrica fazendo uma interseccionalidade no que tange mulheres negras se faz necessário para problematizar as hierarquias nas atividades realizadas na maternidade, objetivando garantir o direito à assistência adequada para as mulheres negras nos referidos serviços (ASSIS, 2018).

4 | A DESUMANIZAÇÃO DO PARTO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A palavra desumanização sempre nos remete a ideia de ausência de humanidade, tratamento degradante, falta de respeito etc. Diante dessa conjuntura, é possível afirmar que, apesar de a ocorrência da violência ser corriqueira em qualquer hora e lugar, o âmbito hospitalar é particularmente mais vulnerável, onde mulheres, enquanto pacientes, estão ainda mais expostas a atos inumanos e violentos. Desse modo, ao expor como ocorre e os fatores que influenciam a violência pautada, faz-se necessário uma especial análise sobre como os direitos humanos garantidos às mulheres são postos em questão no âmbito materno.

Apesar da constante tentativa de inserção do parto humanizado nas maternidades, o cenário de uso descomedido de condutas errôneas na assistência obstétrica e na condução do parto por profissionais da saúde continua presente e se mostra cada vez mais alarmante, demonstrando a ofensa direta ao conjunto de direitos que, em tese, são garantidos às mulheres.

O modelo brasileiro de atenção obstétrica é visto como assustadoramente e predominantemente intervencionista, sinalizando uma assistência de baixa qualidade, dado, dentre outros fatores, pela ausência de informações suficientes, de serviços básicos de atendimento, pela medicalização excessiva e operações indiscriminadas que ameaçam a integridade física, moral e psicológica da gestante, parturiente e puérpera.

Segundo o estudo feito por Manzini, Borges e Parada (2009), ao analisar as práticas realizadas na área de obstetrícia, foi constatado uma crescente insatisfação na sala do pré-parto e parto, expondo a constante imposição de jejum, indicação de venóclise, da retirada do acompanhante, a ausência de contato da criança com a mãe etc. Na avaliação de recursos físicos foi destacado a inexistência de quartos PPP e a ausência de espaço físico que permitisse a presença de acompanhante. Destarte, ainda que tal estudo se refira a uma maternidade no interior de São Paulo, o mesmo espelha a realidade vivida na grande maioria das maternidades brasileiras.

Além disso, como já dito anteriormente, a ascensão do médico como protagonista do parto – tendo em vista que tem posse do conhecimento necessário e capacidade profissional – os levam a achar que detêm poder que possibilitam um certo controle social no âmbito hospitalar e quando uma mulher busca sua autonomia indo de encontro com a prática médica estruturada, o profissional tem a sensação de perda de autoridade e, com isso, surge a necessidade de reagir, trazendo como consequência comportamentos ainda mais agressivos.

No entanto, apesar da ausência de infraestrutura adequada, de recursos escassos, da presença de discursos sexistas e do apoio às mulheres ser exíguo, nada justifica a negligência em um regime jurídico que se respalda no respeito aos direitos humanos (REAL, 2019).

Desse modo, faz-se forçoso salientar que, sobre a anuência do paciente em ser submetido a tratamento médico, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, expõe, em seu art. 6º que toda e qualquer operação médica de caráter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só poderá ser executada com o consentimento prévio (de forma livre e esclarecida) do indivíduo em questão e após repassar todas as informações acerca do procedimento que será realizado. Em virtude disso, a ideia de poder decisório exclusivo do médico deve ser desmitificada, uma vez que a este cabe apenas o papel de informar, alertar e, principalmente, respeitar a autonomia dos indivíduos na tomada de decisões.

Ademais, a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948, contempla em seu âmbito o reconhecimento da dignidade humana a todos e da inalienabilidade de direitos como parâmetro na defesa da liberdade, justiça e paz no mundo. Isto posto, conforme o art. 25 da declaração supracitada

§2º: A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social. (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948)

Ingo SARLET (2012) alega que a esfera de tutela da maternidade deve ser compreendida com outros direitos fundamentais, em especial o direito a assistência adequada, direito à vida, direito reprodutivo, direito sexual, direito a saúde, direito a informação, direito a integridade moral, física e psicológica, formando uma complexa estrutura de proteção a maternidade (MARIANI, 2019). Sarlet afirma ainda que os titulares de tais direitos são mulheres, mães, gestantes, parturientes, nascituro e criança, também devendo ser observados na esfera privada.

É importante salientar que os direitos garantidos as mulheres visam diminuir as violações à autonomia, integridade física e psicológica, além de garantir meios necessários para que o ser humano alcance seu bem-estar reprodutivo e sexual. Desse modo, é a mulher quem, em tese, deve deliberar, de forma concisa, sobre os procedimentos que serão feitos em seu corpo, sem uso de violência ou coerção. (LAURIA, 2019)

Conforme preleciona Tammy Rodrigues Cavaleiro de Macedo

A transformação desta realidade social na qual a obstetrícia está envolvida e a consequente conquista do parto humanizado como conduta normalizada apenas será possível com a mobilização e luta social a fim de que os fatos impostos como verdades absolutas por médicos obstetras possam ser questionados pelas mulheres parturientes - as verdadeiras protagonistas do parto. Somente estando informadas e empoderadas sobre as circunstâncias que as rodeiam, será viável a conquista de um novo paradigma de nascimento, distinta dos padrões culturais impostos e pela indústria que o nascimento se tornou. Empoderar-nos da nossa capacidade de reagir frente à realidade atual é o primeiro passo para que possamos devolver à mulher a humanização do parto que lhe é intrínseco (MACEDO, 2018).

À vista disso, partindo do pressuposto de que a dignidade além de ser princípio base da autonomia da mulher, é também fundamento que legitima e assegura a essência de toda nossa ordem constitucional, é possível concluir a urgente necessidade de garantir a humanização na assistência ao parto no Brasil, não se resumindo apenas a presença do acompanhante ou qualquer outra questão similar. A humanização deve ser aplicada na fisiologia da gestação, do parto e pós-parto, deve considerar e respeitar os aspectos individuais e culturais, a saúde emocional e psicológica da mulher, deve devolver o protagonismo do parto à gestante e garantir o seu direito à informação e de escolha.

Por conseguinte, pensar em direitos humanos para as mulheres, exige não apenas uma luta pelo direito ao próprio corpo como ponto de partida de uma sociedade democrática, mas também uma luta pelo empoderamento e destaque da mulher no meio social, dando a ela o poder de abdicar da maternidade ou busca-la de acordo com sua liberdade e direito personalíssimo ao corpo com fundamento nos princípios basilares expostos em nossa Constituição Federal de 1988, tal como o princípio da Dignidade da Pessoa Humana (FERREIRA, 2019).

5 | SILENCIAMENTO DO ESTADO

No Brasil, assim como em grande parte dos países no mundo, ainda há um estigma muito grande quanto ao reconhecimento da violência obstétrica como ela é, seja pela hiper valorização do médico, seja pelo discurso paternalista e sexista que impera em nosso meio, marginalizando a mulher como um ser de direitos.

Apesar de a violência obstétrica se apresentar como uma problemática de cunho social, ainda é complexo analisar e comprovar as violações de direitos humanos pelo Estado brasileiro, uma vez que não há uma lei federal que aborde especificamente sobre essa temática, assegurando o direito a tutela contra essa prática. (BASTOS; NUNES, 2019)

Consequentemente, por não possuir regulamentação para o assunto, poucos casos recebem atenção da mídia e em extraordinárias situações chegam litigiosamente até as mãos do poder judiciário – que nessas ocasiões fica limitado a aplicação de forma análoga

das leis–, botando, assim, o Estado em uma posição de quem não apenas viola, mas também de quem se omite em punir.

Ainda que o Brasil seja signatário de inúmeros acordos e convenções internacionais na temática de gênero e direito das mulheres – podendo citar como exemplo a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher de 1994 – tais acordos não abordam notadamente sobre a violência obstétrica, colocando a temática em um status isolado e irrelevante sob o olhar dos órgãos governamentais. Isso afeta diretamente a promoção de políticas públicas na garantia dos direitos da mulher, uma vez que demonstra a pouca atenção à necessidade de prevenção da violência obstétrica e menos no que tange à responsabilidade civil e criminal dos profissionais de saúde que cometem tais atos.

Ademais, mesmo com a criação de projetos como o Humaniza SUS, a Portaria nº 569 de 2000 e a Portaria nº 1.067 de 2005- ainda que tenham valor inestimável – não produzem uma notoriedade significativa na sociedade. Segundo Bruna Bastos e Emmanuel Nunes (2019), uma lei federal possibilitaria o apoio institucional para o levantamento de dados, estudo, acesso à informação, a promoção de atendimento adequado a parturientes, melhoria da qualidade do sistema de saúde e o combate à violência obstétrica.

Não obstante, no decorrer da última década houveram algumas propostas de lei voltadas especificamente para a violência obstétrica e direitos da mulher no âmbito materno, como por exemplo, a PL 594/18 que tem por objetivo a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e à parturiente contra a violência obstétrica, bem como a divulgação da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal. Além disso, é de suma importância destacar a PL nº 878 (proposta por alguns deputados como Marcelo Freixo e Sâmia Bonfim), que tramita em apenso ao projeto nº7633/14 (proposto por Jean Wyllys), o qual dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o pré-parto, parto e pós-parto, além de apresentar outras disposições para combater a violência no âmbito materno.

Vale salientar, porém, que recentemente a violência obstétrica ganhou destaque em legislações estaduais como uma forma de suprir lacunas de operações federais. Em 17 de janeiro de 2017, o Estado de Santa Catarina aprovou a lei nº 17.097, a qual apresenta medidas de informação e proteção à parturiente contra a violência obstétrica no estado. Já em 07 de junho de 2018, foi sancionada a lei nº 6.144 no Distrito Federal, a qual dispõe sobre medidas de informação à gestante sobre a política nacional de atenção obstétrica e neonatal, tendo como propósito o cuidado na assistência obstétrica.

Sem embargo, apesar dos pequenos passos dados pelos representantes do povo na proposição de projetos de leis abordando essa problemática, pelos órgãos governamentais e dos esforços de tantas mulheres e instituições para que se reconheça a violência obstétrica, recentemente, no dia 03 de maio de 2019, o Ministério da Saúde liberou um despacho concernente ao pedido de posicionamento recebido por meio do ofício

nº 017/19, quanto ao uso do termo violência obstétrica. O referido ofício alega que o termo é inadequado, uma vez que “tanto o profissional da saúde quanto os de outras áreas, não tem a intencionalidade de prejudicar ou causar dano” (OLIVEIRA, 2019).

Isto posto, apesar de posteriormente – após recomendação do MPF – o Ministério da Saúde ter voltado atrás no que tange a sua decisão, o entendimento divulgado a princípio apresentou um enorme retrocesso no combate a violência obstétrica, não apenas por desincentivar ativistas e políticos na luta contra essa problemática, mas também por ir de encontro com o número de denúncias de mulheres que foram vítimas, demonstrando ainda mais o enraizamento da institucionalização do patriarcado e como isso afeta diretamente no combate à violência praticada contra gênero e classe minoritários, contribuindo, como já exposto, para a naturalização da violência obstétrica nos atendimentos de saúde, indo em contramão a todos os direitos já garantidos (OLIVEIRA, 2019).

Malgrado, apesar de o estado não se encontrar em uma posição totalmente omissa à questão, é manifesto a necessidade de uma atuação mais direta na busca para efetivar esses direitos considerados tão importantes em um momento tão aguardado e a desconstrução de discursos que não devem mais ser aceitos em nosso meio, colaborando, não só para o desenvolvimento de uma assistência humanizada, mas também para o bom planejamento familiar e a diminuição de indicadores da violência no esfera hospitalar (FERREIRA, 2019).

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, é possível concluir que a violência de gênero faz parte de uma construção social que traz como consequência a percepção de que as agressões verificadas na assistência obstétrica são algo natural e inevitável no âmbito hospitalar e social de modo geral. Gestantes e parturientes têm suas dores justificadas pelo sistema social paternalista e hierárquico em que estão inseridas, que invisibiliza e ocasiona uma consternação que poderia ser evitada.

Ademais, a cultura de protagonista do médico, colocado como sujeito ativo e principal do parto, além dos valores socioeconômicos que influenciam na forma como a assistência será prestada, acabaram por tornar o Brasil um campeão de violações diretas aos direitos em tese garantidos às mulheres.

Dessarte, é irrefutável a necessidade da edição e aprovação de uma lei que trate amplamente sobre essa problemática, detalhando o direito ao parto humanizado e formas de efetivação, determinando sanções aos atos violentos praticados no cenário da obstetrícia, além de estabelecer formas de intervenções de entes governamentais e agentes específicos, na promoção de políticas públicas na busca pela diminuição de indicadores da violência obstétrica (MARIANI, 2019).

Por fim, é imprescindível não apenas uma reeducação cultural da sociedade, mas

também uma educação humanizada dos profissionais da saúde, buscando devolver a mulher o protagonismo do seu parto. Além disso, faz-se necessário o respeito ao posicionamento das gestantes e a transmissão de informações verídicas e atualizadas, com o objetivo de conscientizar a mulher a respeito das variantes concernentes a cada procedimento. Dessa forma, o incentivo a elaboração do plano de parto e a busca pela execução plena, tanto no sistema público quanto no particular, é essencial ao cumprimento dos fundamentos estabelecidos pelos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Sarah Pereira. **Violência obstétrica: como o mito “parirás com dor” afeta a mulher brasileira.** *Revista da Universidade Vale do Rio Verde*, Três Corações, v. 14, n. 2, p.641-649, ago./dez. 2016. Disponível em: http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/2755/pdf_562. Acesso em: 14 jan. 2020.

ASSIS, Jussara Francisca de. **Interceccionalidade, racismo institucional e direitos humanos: compreensões à violência obstétrica.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n133/0101-6628-sssoc-133-0547.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2020.

ARSIE, Jaqueline Gonçalves. **Violência obstétrica: uma violação aos direitos fundamentais da mulher.** 2015. 96 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166562/Monografia%20Jaqueline%20Gon%20c%20a%20alves%20Arsie.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 dez. 2019

BRANDT, Gabriela Pinheiro et al. **Violência obstétrica: a verdadeira dor do parto.** *Revista Gestão e Saúde*, Curitiba, v. 19, n. 1, p.19-37, jul. 2018. Disponível em: <http://www.herrero.com.br/files/revista/file2a3ed78d60260c2a5bedb38362615527.pdf>. Acesso em: 29 out. 2019.

BRAGANÇA, Taynah Porto. **Violência obstétrica em mulheres negras: análise jurídica a luz do direito à saúde no Brasil.** 2019. 30 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/969/1/TCCTAYNAHBRAGAN%20c%2087A.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2019.

BASTOS, Bruna; NUNES, Emanuel. **A violência da omissão: silenciamentos na questão da violência obstétrica no Brasil.** *Scias. Direitos Humanos e Educação*, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p.90-105, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://revista.uemg.br/index.php/SCIASDireitosHumanosEducacao/article/view/3606/pdf>. Acesso em: 27 out. 2019.

CISNE, Mirla. **Direitos humanos e violência contra as mulheres: uma luta contra a sociedade patriarcal-racista-capitalista.** *Serviço Social em Revista*, Londrina, v. 18, n. 1, p.138-154, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/23588/17726>. Acesso em: 18 dez. 2019.

DAVIS, Angela. **Mulher, raça e classe.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2016. 262 p. 2018/03/violencia-obstetrica-e-o-vies-racial/. Acesso em: 03 jan. 2020

D'ORSI, Eleonora et al. **Desigualdades sociais e satisfação das mulheres com o atendimento ao parto no Brasil: estudo nacional de base hospitalar.** 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30s1/0102-311X-csp-30-s1-0154.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2020.

FERREIRA, Lais da Cunha Godoy Cavalheiro. **A violência obstétrica como atentado à violência da mulher**. 2018. 70 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/7596/1/LCGCFerreira.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

FORUM DE MULHERES DO ESPIRITO SANTO. **Violência Obstétrica é violência contra a mulher: Mulheres em luta pela abolição da violência**. São Paulo, 2014. Acesso em 04/01/2019. Disponível em: <http://www.sentidosdonascer.org/wordpress/wp-content/themes/sentidos-donascer/assets/pdf/controversias/Violencia-obstetrica-e-violencia-contra-amulher.pdf>

GOES, Emanuelle. **Violência obstétrica e o viés racial**. 2018. Disponível em: <http://cebes.org.br/2018/03/violencia-obstetrica-e-o-vies-racial/>. Acesso em: 14 jan. 2020.

GUIRALDERLLO, Lidiane; LASCALA, Maysa Rocha; PUCCI, Marcia Christina Tavera. **Análise da frequência e percepção sobre violência obstétrica e suas repercussões ético-legais**. *Revista Nucleus*, Ituverava, v. 8, n. 2, p.299-313, out. 2018. Disponível em: <<http://nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/viewFile/3534/3070>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013

HOTIMSKY, S. N. **A formação em obstetria: competência e cuidado na atenção ao parto**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2007. São Paulo-SP.

MACEDO, Tammy Rodrigues Cavaleiro de. **A violência obstétrica como violência institucional de gênero: uma leitura crítica e feminista**. 2018. 74 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/6138/1/TRCMacedo.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

MANZINI, Fernanda Cristina; BORGES, Vera Therezinha Medeiros; PARADA, Cristina Maria Garcia de Lima. **Avaliação da assistência ao parto em maternidade terciária do interior do Estado de São Paulo, Brasil**. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000100007>. Acesso em: 13 jan. 2020

MARIANI, Adriana Cristina. **Violência obstétrica como violência de gênero institucionalizada: breves considerações a partir dos direitos humanos e do respeito às mulheres**. *Revistas Unibrasil*, Curitiba, v. 2, n. 25, p.48-60, dez. 2016. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SSW6m0dR3oJ:revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/articulo/download/865/822+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 29 out. 2019.

LAURIA, Rafael Real Martins. **Violência obstétrica: a falta de zelo pela dignidade da mulher em situação de parto**. 2019. 45 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13319/1/21155680.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

LIMA, Kelly Diogo de. **Raça e violência obstétrica no Brasil**. 2016. 25 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Instituto Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz., Recife, 2016. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icit/18547/2/2016Lima%2c%20Kelly%20Diogo.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

LIMA, Kelly Diogo de. **Vivências de mulheres negras na assistência ao parto: vulnerabilidades e cuidados**. 2018. 109 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Instituto Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz., Recife, 2018. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/iciict/28208/2/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20Kelly%20Diogo%20de%20Lima%20certa.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO (São Paulo). **Violência obstétrica “parirás com dor”**. 2012. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/2320/1/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

SILVA, Sílvia Elaine da. **Violência obstétrica como violência de gênero: uma análise sob o prisma dos direitos humanos**. 2019. Disponível em: <<https://sites.uepg.br/jornalismo/ocs/index.php/6mulheresociedade/6mulheresociedade/paper/viewFile/142/37>>. Acesso em: 06 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso: em 21 dez. 2019.

CAPÍTULO 17

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DESAFIOS E OPORTUNIDADES

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 03/01/2020

Alexander Seixas da Costa

Universidade Federal Fluminense, Professor Assistente de Direito Civil da UFF e da Faculdade Cenecista de Rio das Ostras Niterói, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/1342995859695951>

Jerônimo Santos Lima

Universidade Federal Fluminense, Advogado e Coordenador do Laboratório de Inovação da Prefeitura de Macaé Macaé, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/3509250085438169>

RESUMO: A administração pública brasileira é uma das maiores litigantes do país. Além disso, apresenta-se morosa e autorreferida - salvo algumas experiências exitosas. A consequência disso é uma valorização da lide em detrimento da negociação e da conciliação entre os jurisdicionados e a gestão pública. Tal evidência acarreta uma fragilização do princípio republicano e deixa em segundo plano o exercício prático da cidadania. Por tal razão, exsurge um movimento que se tem denominado administração pública consensual ou dialógica, que valoriza a argumentação, a conversão, a mediação e conciliação entre as partes. Nesta perspectiva, há uma mitigação de princípios como o da supremacia do interesse público sobre o privado. Com a evolução normativa

que passou a fomentar práticas adequadas de resolução de conflitos para a administração pública e, juntamente a isso, com a facilitação e o barateamento dos recursos tecnológicos, tornou-se possível e essencial o debate sobre a aplicação de tecnologias para facilitação do diálogo público. Nesse contexto, o presente artigo demonstra as oportunidades e os desafios da aplicação da denominada *Online Dispute Resolution -ODR* (resolução de conflitos em rede), na realidade da gestão pública e tece considerações, por meio de pesquisa bibliográfica e qualitativa, sobre a evolução desse importante debate.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública dialógica. negociação online. cidadania.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) IN PUBLIC ADMINISTRATION: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES

ABSTRACT: The Brazilian public administration is one of the biggest litigants in the country. In addition, it is slow and self-reported - except for some successful experiences. The consequence of this is an appreciation of the struggle to the detriment of negotiation and conciliation between the jurisdiction and public management. Such evidence leads to a weakening of the republican principle and leaves the practical exercise of citizenship in the background. For this reason, a movement emerges that has been called consensual or dialogical public administration, which values argumentation, conversion, mediation and conciliation between the parties. In this perspective, there is a mitigation of principles such as the supremacy of the public interest over the private. With the normative evolution that

started to promote appropriate conflict resolution practices for the public administration and, together with this, with the facilitation and the cheapening of technological resources, the debate on the application of technologies to facilitate the public dialogue. In this context, this article demonstrates the opportunities and challenges of applying the so-called Online Dispute Resolution -ODR (conflict resolution in a network), in the reality of public management and makes considerations, through bibliographic and qualitative research, on the evolution of this important debate.

KEYWORDS: Dialogical public administration. Online trading. citizenship.

INTRODUÇÃO

O alto grau de litigiosidade e a morosidade no atendimento às necessidades do cidadão geram um extremo dano reputacional à imagem da administração pública brasileira. O cidadão, em regra, encontra-se insatisfeito com a incapacidade que a administração pública tem de resolver problemas públicos complexos.

Por tal razão, é preciso encontrar caminhos para resolver esse problema de diálogo com pacificação e com resultado prático satisfatório, de modo a garantir que não somente a lide ser resolvida com sucesso, mas que as partes sintam que a solução foi encontrada por meio de um diálogo bem construído.

A fundamentação teórica para essa mudança de rumo está no que se tem denominado administração pública dialógica ou consensual, que muda o foco da supremacia do interesse público, aplicada aprioristicamente, para se pensar no diálogo como um primeiro passo para resolver os problemas públicos.

Sob a premissa desse entendimento, a gestão pública somente deve utilizar a sua supremacia e sua exorbitância em casos excepcionais e estritamente necessários e desde que a mediação e a conciliação se tornem tentativas fracassadas.

Com o objetivo de alcançar tal objetivo, alguns estudiosos têm se utilizado da tecnologia para que esse consenso seja também incentivado e realizado no ciberespaço.

Nesse fio condutor, objetiva-se com o presente artigo apresentar as oportunidades e os desafios da aplicabilidade das denominadas *Online Dispute Resolution - ODR* (resolução de conflitos *online*) na administração pública. Especificamente, pretende-se comentar alguns casos práticos, com a intenção de perceber o potencial da ODR na gestão pública.

A hipótese do presente estudo é que a aplicação da ODR pela gestão pública brasileira é vantajosa no sentido de criar mais um canal de interação e de facilitação entre o público e o cidadão.

Metodologicamente, o presente trabalho baseou-se em pesquisa bibliográfica e qualitativa, a partir da leitura crítica de textos acadêmicos.

DESENVOLVIMENTO

1. Da administração pública patrimonialista à societal

O serviço público brasileiro, para o Conselho Nacional de Justiça (2011), encontra-se entre os cinco maiores litigantes do país. Conforme o Instituto Ipsos (2017), o Brasil é o segundo país mais insatisfeito com serviço público no mundo.

Estudiosos argumentam que é preciso repensar o método contencioso-dialético presente na administração pública, a fim de substituí-lo pela cultura do diálogo, em obediência à democracia representativa. (SALVO, 2019, p. 24)

Tal problema somente pode ser resolvido se entendermos o processo histórico de evolução da administração pública brasileira, que se perfaz desde a administração pública patrimonialista, perpassando pela burocrática, gerencialista e, para alguns estudiosos, a societal.

No que tange especificamente à administração pública patrimonialista, há uma ausência de segregação entre o que se considera público e privado. Segundo Bresser-Pereira (2011), patrimonialismo significa “a incapacidade ou a relutância de o príncipe distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados”. É justamente no patrimonialismo que práticas nepotistas e clientelistas surgem.

No que tange à burocracia, essa expressa uma forma de dominação baseada na lei, na impessoalidade e na racionalidade das relações. Essa forma de dominação, sob a ótica da administração pública, busca separar a figura do político e do administrador. (MINOGUE; POLIDANO; HULME, 1998). De certa forma, a burocracia é empregada para corrigir os desvios patrimonialistas.

As disfunções burocráticas, como a morosidade na entrega dos serviços públicos, o foco na atividade-meio, o papelório, a rigidez e a hierarquia excessivamente verticalizada, fizeram com que a tentativa de implementação da burocracia weberiana dificultaram o bom relacionamento entre os cidadãos e a gestão pública.

Por isso, modelos gerenciais como a da Nova Gestão Pública – NGP – trouxeram, para o âmbito da gestão pública, alternativas para que se pudesse dar conta das exigências colocadas pela nova ordem mundial; introduzindo, desta forma, a cultura e as técnicas gerenciais mais modernas advindas do setor privado, que foca na gestão de resultados econômicos.

Segundo Gerald Caiden (1991), “o governo não pode ser uma empresa, mas pode se tornar mais empresarial, o que expressa a introdução de técnicas de gestão empresarial no âmbito da gestão pública”.

Finalmente, a visão de administração pública societal, que tenta ir além da gerencialista, pois se fundamentou na administração do desenvolvimento preconizada por Guerreiro Ramos, que objetiva ressaltar o caráter além do econômico para as questões de gestão pública. Desta forma, para Guerreiro Ramos (1981) “o econômico, embora seja

importante, não pode ser visto como único, mas tão somente como mais um ponto de análise social.”

Com essa sucinta digressão, é possível perceber que a gestão pública brasileira pode ser analisada sob vários contextos e entendimentos. Para o presente artigo, da mesma forma que as disfunções burocráticas trouxeram problemas, uma visão pautada somente na gestão de resultados (NGP) também não é benéfica para o cidadão, que precisa ser valorizado em sua dimensão social complexa. Desse modo, essas visões devem ser sopesadas sob pena de se evidenciar as mesmas lides somente transvertidas com novas roupagens.

Entende-se, por isso, que o diálogo deve ser realizado com criticidade, de sorte a perceber que esse processo de evolução histórico é tortuoso, complexo, confuso e desafiador. É justamente nesse contexto que se valorizam os meios adequados de solução de conflitos e o uso da tecnologia para a sua disseminação, haja vista se perceber que a resolução dessas lides é uma questão de cidadania, fundamentada pela dita administração pública societal e exponencial, já que cada vez mais impactada pelas tecnologias digitais disruptivas.

2. A administração pública dialógica e consensual

Sundfeld (2014) explicita como se tem entendido o direito administrativo na academia, na administração pública e nos tribunais. Para ele, os especialistas “procuram ver o direito sobretudo como instrumento da luta do fraco (os privados) contra o forte (a Administração), do choque dos direitos com poder, da dignidade contra a opressão. Salvo (2018), em complemento, explicita que

o relacionamento entre os cidadãos e autoridades administrativas, sob uma perspectiva tradicional, é visto *de iure* como assimétrico, autoritário e hierárquico. Essa visão parece avessa à ideia de processo de negociação facilitada para a resolução de disputas administrativas. (SÁVIO, 2018, p. 54)

Nessa senda, pesquisas sobre direito administrativo consensual ou sobre a consensualidade na administração pública, que tentam implementar relações horizontalizadas, equânimes, negociais e articuladas, têm crescido no país, de forma a tentar fazer com que a administração pública deixe de ser autorreferida e pautada na supremacia do interesse público para ser realmente policêntrica e cidadã.

Exemplo dessa questão são as construções teóricas de novos instrumentos jurídicos consensuais, como os convênios, os consórcios, as parcerias, os acordos em geral, em detrimento dos contratos administrativos pautados em cláusulas exorbitantes e no poder extroverso do Estado.

Não se quer dizer, entretanto, que o poder de império estatal não seja essencial na administração pública, uma vez que este deve ser utilizado a depender das relações existentes.

O que se pensa é que existem redes formadas com vieses distintos que, por vezes, deterioram-se justamente pela existência dessa supremacia do público, dessa exorbitância de poderes, quando na verdade mais sadio e eficiente seria a manutenção de relacionamentos pautados no diálogo, na cooperação e na negociação entre as partes. De acordo com Salvo (2018)

A adoção da mediação pela Administração Pública para resolução de seus conflitos revela um importante passo para a efetivação do consensualismo na atividade administrativa. A resolução de conflitos da Administração Pública por meio da mediação indica cumprimento da eficiência administrativa por meio de uma resolução de disputa versátil e menos onerosa, ao passo que contribui para a legitimação das decisões do conflito, ao viabilizar maior participação colaborativa dos *players* na chegada a um acordo. (SÁVIO, 2018, p 59)

O grande desafio, nesse contexto, é pensar como o direito administrativo e a administração pública podem servir de instrumento importante para a consolidação de uma gestão pública que, mais do que eficiente, seja também democrática. É nessa premissa que se percebe a *Online Dispute Resolution* – ODR - como um ferramental útil na consolidação da administração pública dialógica, substrato de uma administração pública societal e exponencial.

3. Os incentivos normativos para a mediação na gestão pública

A Constituição Cidadã de 1988 dispõe que a cidadania é fundamento da República, que a duração razoável do processo e a que garantia de ampla defesa são direitos fundamentais da pessoa humana e que o princípio da eficiência deve ser obedecido pela administração pública.

Tais princípios coadunam com os métodos adequados de resolução de conflitos, na medida em que esses tendem a ser mais republicanos, menos traumáticos e garantem uma relação processual menos belicosa.

Salvo (2018), aduz que “a participação da sociedade civil revela-se importante para a consecução do interesse público; a noção de que o cidadão é mero receptor da ação administrativa torna-se ultrapassada.”

Em relação à normatização, a Lei nº 13.140/15, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos na administração pública, incentiva e cria mecanismos jurídicos de mediação, como são as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos e a transação por adesão. É que reforça também o art. 174, do Código de Processo Civil Brasileiro.

É relevante mencionar que o art. 46, da Lei nº 13.140/15 é explícito no sentido de que “a mediação poderá ser feita pela *internet* ou por outro meio de comunicação que permita a transação à (sic) distância, desde que as partes estejam de acordo”.

Esse comando explícito da lei permite a aplicação da ODR nas práticas de administração pública brasileira e dá segurança jurídica para que os gestores públicos e os

órgãos de controle percebam a prática como estritamente legal e legítima.

Também a Lei nº 13.129/15, que alterou a Lei nº 9.307/96, deu possibilidade de a administração pública utilizar da arbitragem para dirimir os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Ademais, o art. 26, da Lei nº 13.655/18, que alterou o Código de Introdução do Direito Brasileiro, previu que, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, a administração pública pode celebrar compromisso com o particular.

Em adição, a Lei nº 13.460/15, denominada de Código dos Usuários de Serviço Público, dispôs sobre a possibilidade de as ouvidorias promoverem a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública.

Ademais, também a Lei nº 8.987/95, que trata do regime de concessões e permissões públicas, prevê expressamente a possibilidade de cláusulas contratuais estipularem o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato.

Pode-se citar, em complemento, a Lei nº 9.472/97, que diz respeito à organização dos serviços de telecomunicações, a qual dispõe ser possível, em seus contratos de concessão, a existência de cláusula contratual que trate da solução extrajudicial de divergência.

Portanto, é possível perceber a existência de uma série de leis e entendimentos favoráveis às práticas adequadas de resolução de conflitos, de modo que o gestor público deve, por elas, fundamentar a sua decisão quando da aplicação de práticas extrajudiciais de solução de controvérsias, inclusive com a utilização da tecnologia em sua execução.

4. Os desafios e as oportunidades na aplicação da ODR na gestão pública

Amorim e Rodrigues (2019), aduzem que a *Online Dispute Resolution* “pode ser compreendida como o uso da tecnologia para apoiar a resolução de conflitos em ambiente virtual.” Desta forma, a ODR seria uma resolução alternativa de conflitos realizada em rede virtual de computadores. (*apud* KATSH e RABINOVICH-EINY, 2015, p.1)

Em adição, Porto, Nogueira e Quirino (2017) estipulam que a ODR é utilizada para “aperfeiçoar os instrumentos tradicionais e criar novos (sic) mecanismos para compor disputas entre as partes. As possibilidades de utilização dos instrumentos de ODR são múltiplos (...)”.

No escólio de Lima e Feitosa (2016) “o chamado *Online Dispute Resolution* ou, em português, Resolução de Conflitos em Rede, configura uma forma de solução de conflitos que ocorre total ou parcialmente no ciberespaço.” (*apud* GOODMAN, 2003; KATSH, 2001, RULE, 2002, p. 5).

Numa outra visão, Amorim (2017) aduz que

os sistemas informatizados e as plataformas de transmissão e recepção de

dados constituem um terceiro interveniente no processo de conciliação, ou até mesmo podem constituir um quarto sujeito, nos casos de mediação e arbitragem online. (AMORIM, 2017, 515).

Para o presente estudo, elencou-se os desafios e as oportunidades da ODR na gestão pública tomando como fundamento nos estudos pioneiros de Amorim e Rodrigues (2019), acrescentando-se observações.

Para tais autores, um desafio relevante para a implementação da ODR na administração pública seria “a falta de confiança dos procedimentos *online*.” (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 176). Essa desconfiança pelas partes gera uma série de consequências.

Por exemplo: se o gestor público não tiver confiança da legalidade do uso da ODR para resolução de problemas públicos e, por decorrência, ter receio de ser penalizado pelos órgãos de controle, não tomará esse recurso para si como um valor público.

Os autores também trataram de desafios genéricos para a utilização de ODR que podem também ser analisados sob a ótica da gestão pública. Eles citam o “desafio cultural”, que corresponde à característica latina de priorizar relacionamentos pessoais em vez de tratamentos impessoais (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 177).

Apesar de essa assertiva ser correta, tem-se que, na gestão pública, o princípio da impessoalidade é de obediência obrigatória por parte da administração pública, por força do art. 37, *caput*, da CRFB/1988.

Inobstante, um desafio semelhante a esse pode ocorrer: a desconfiança de se utilizar um método *online* de resolução de conflitos como forma de manipulação ou meio de prova contrário aos interesses das partes, primordialmente quando a transparência concedida pelos recursos tecnológicos impede eventuais condutas ilegais e antiéticas.

Ato contínuo, os autores citam o “desafio tecnológico” como um desafio genérico na aplicação da ODR. (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 178). A partir da premissa expedida pelos autores, pode-se analisar a dificuldade, por exemplo, que alguns municípios de pequeno porte e do interior do país teriam ao tentar implementar práticas de resolução de conflitos em rede e do déficit informacional que normalmente a população da base da pirâmide possui para ter acesso à internet e computadores, o que pode gerar uma política pública discriminatória.

Em adição, citam Amorim e Rodrigues (2019) que o “desafio da regulamentação está relacionado à construção da confiança na ODR, que dependeria de uma estrutura normativa coerente.” Sob a ótica da gestão pública, a criação de lei e atos normativos robustos e transparentes seria um desafio, na medida em que problemas como aprovação da lei, consultas públicas e debates políticos levam tempo para se concretizar. (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 178).

Contudo, no que tange às oportunidades, os autores destacam a adaptabilidade ao contexto local, a eficiência e a capacidade de contribuir para o desenvolvimento dos países

emergentes são os pontos fortes da ODR. (AMORIM; RODRIGUES, 2019, p. 1787 *apud* ALBORNOZ; MARTIN, 2013, p. 49).

O mesmo posicionamento é apresentado por Porto, Nogueira e Quirino (2017), quando aduzem que “há diferença entre mecanismos tradicionais e *online*: a ideia de resolução do conflito por um terceiro neutro, que torna o processo mais oneroso.”

A ODR também traz as vantagens adicionais de economia de erário, tempo para as partes e possibilita a comunicação assíncrona, favorecendo o acordo (LIMA; FEITOSA, 2016, p. 61-65).

A economia de erário pode ser verificada quando se cria uma câmara de conciliação pública *online*, por exemplo. Entende-se juridicamente viável essa criação, conforme art. 174, do CPC c/c o art. 46, da Lei nº 13.140/15.

Por vezes, a criação de uma câmara de conciliação presencial em pequenos municípios representa a remoção de servidores públicos alocados em outros setores ou a criação de vagas com realização de concurso público. Isso pode gerar uma morosidade e custos extremos na aplicação dessa política pública. A ODR facilita essa questão.

A ODR também concede valor aos cidadãos, na medida em que estes não precisarão mais se deslocar para realizar a audiência de mediação ou conciliação presencial. Imagina-se o caso de cidadãos de diferentes cidades. Atrasos na chegada à audiência e custos de deslocamento seriam evitados. A ODR, nesse sentido, eleva a imagem reputacional da administração pública.

A comunicação assíncrona também é vista como oportunidade na aplicação da ODR e possibilita, de acordo com Lima e Feitosa (2016), “que ambas as partes pensem de forma mais cuidadosa o texto que enviarão para o interlocutor, buscando racionalizar mais a mensagem”

A partir dessa elucidação, pode-se perceber que a ODR apresenta oportunidades e desafios que devem ser sopesados quando da aplicação em cada caso concreto.

Existem alguns casos paradigmáticos de ODR na gestão pública brasileira, como o da plataforma *online* Consumidor.gov. Em pesquisa realizada em seu *site*, constam 2.114.227 reclamações finalizadas, 1.563.294 de usuários cadastrados e 571 empresas parceiras.

Outro exemplo interessante é expresso pelo aplicativo Fiscaliza VR, que trata da zeladoria urbana na Prefeitura Municipal de Volta Redonda, no estado do Rio de Janeiro, que, em sete meses de operação, apresentou 20.578 solicitações com 66,87% atendidas. Caso semelhante é encontrado na Prefeitura de Macaé, com o aplicativo MacaéAPP, no mesmo estado.

Vale mencionar, ademais, o e-SIC (Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão), que, segundo da Controladoria Geral da União (2019), “permite que qualquer pessoa, física ou jurídica, encaminhe pedidos de acesso à informação, acompanhe o prazo e receba a resposta da solicitação realizada para órgãos e entidades.”

Esses exemplos evidenciam que políticas públicas têm sido criadas para incentivar a aplicação da ODR na gestão pública brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A administração pública brasileira ainda não conseguiu solucionar relevantes problemas públicos e não tem, em regra, um bom relacionamento com o cidadão quando da prestação de serviços para a coletividade.

Essa relação litigiosa somente pode ser mitigada com práticas adequadas de resolução de conflitos. A tecnologia pode ser uma indutora e facilitadora dessa prática, por meio de denominada *Online Dispute Resolution* - ODR.

Evidenciou-se que as normas nacionais incentivam a implementação efetiva da mediação de conflitos na administração pública, inclusive com permissivo legal específico para a sua utilização *online*, o que dá segurança jurídica ao gestor público para a sua utilização.

Pelo estudo proposto, pode-se perceber que a ODR apresenta oportunidades de redução de custos do erário, de tempo para as partes e de comunicação assíncrona, incentivando o diálogo democrático. Ela também apresenta desafios tecnológicos, regulatórios, culturais e de geração de confiança entre as partes.

Alguns casos práticos como o do sítio Cosumidor.Gov, da Prefeitura de Volta Redonda, da Prefeitura de Macaé e o do e-SIC do governo federal são exemplos que comprovam bons resultados da ODR na gestão pública brasileira, ainda que com uma metodologia de certo modo incipiente.

Portanto, a hipótese do estudo foi comprovada em parte, uma vez que, embora existam oportunidade, há desafios que devem ser superados. Contudo, ainda assim, é possível comprovar que a prática da ODR na gestão pública pode aproximar as organizações públicas e os cidadãos, fomentar práticas cidadãs e mitigar a litigância entre as partes, de modo a criar uma verdadeira administração pública consensual.

Para estudos futuros, recomenda-se aprofundar a pesquisa quanto aos diferentes métodos de mediação em ODR e como a sua aplicabilidade repercute no cenário público.

REFERÊNCIAS

A VOZ DA CIDADE. *Mais de 20 mil solicitações em sete meses de implantação do Fiscaliza VR*. Disponível em: <<https://avozdacidade.com/wp/mais-de-20-mil-solicitacoes-em-sete-meses-de-implantacao-do-fiscaliza-vr/#prettyPhoto>> Acesso em: 14 set. 2019, 14:40:00

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 mar. 2019, 15:40:00

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*, Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 23 ago. 2019, 11:00:00

BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e dá outras providências Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm> Acesso em: 05 maio 2019, 15:20:00

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: abr. 2019, 20:50:00

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2017*. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 02 mar. 2019, 13:20:00

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 35 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm> Acesso em: 23 ago. 2019, 09:30:00

BRASIL. Lei nº 8.982, de 14 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regimento de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-8987-13-fevereiro-1995-349810-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 06 jun. 2019, 11:00:00

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em: 10 jul. 2019, 18:40:00

BRASIL. Lei nº 9.472, de julho de 1997. Dispõe sobre a organização de serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>Acesso em: 10 fev. 2019, 17:50:00

CAIDEN, Gerald E. *What really is public maladministration?*. Indian Journal of Public Administration, v. 37, n. 1, p. 1-16, 1991. Disponível em: <<http://newdoc.nccu.edu.tw/teasyllabus/110041265941/Caiden%20Bureaupathology.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2019, 13:30:00

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília. Março, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 20/06/2019>. Acesso em: 13 jun. 2019, 19:37:00.

CONSUMIDOR.GOV. Disponível em: <https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/infografico/abrir> Acesso em: 24 jun. 2019, 19:20:00

DE AMORIM, Fernando Sérgio Tenório; RODRIGUES, Ricardo Schneider. *A resolução online de litígios (ODR) na administração pública: o uso da tecnologia como estímulo à transparência*. Rio de Janeiro. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 54, 2019.

E-SIC. Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão, 2019. Disponível em: <<https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>> Acesso em: 24 ago.2019.

GUERREIRO RAMOS, Alberto. *A nova ciência das organizações: uma reconceitualização da riqueza das nações*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1989.

IPSOS. *O Brasil é o segundo país mais insatisfeito com serviço público*. São Paulo Disponível em: <<https://www.ipsos.com/pt-br/global-trends-brasil-e-o-segundo-pais-mais-insatisfeito-com-servico-publico>>. Acesso em: 13 jun. 2019, 19:45:00

JÚNIOR, José Luiz de Moura Faleiros. *Administração Pública consensual: novo paradigma de participação dos cidadãos na formação das decisões estatais*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/131126/130583>>. Acesso em: 15 jun 2019, 20:20:00

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias*. Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360>>. Acesso em: 27 jun. 2019, 13:10:00

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. *Online dispute resolution (ODR): a solução de conflitos e as novas tecnologias*. Revista do Direito, v. 3, n. 50, p. 53-70, 2016. Disponível em: < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8360>> Acesso em: 15 ago. 2019, 21:40:00

MELLO, João Augusto dos Anjos Bandeira de; FONSÊCA, Rafael Souza. *O Mecanismo Da Autocomposição Como Alternativa Para Solução De Controvérsias Na Seara Administrativa*. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos, Sergipe v. 2, n. 1, 2016.. em: Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/cdad/feb5d1207585cc3834f260dbf85ae5702063.pdf> Acesso em: 13 jun. 2019, 22:30:00

MINOUGE, M.; POLIDANO, C.; HULME, D. *Beyond the New Public Management: Changing Ideas and Practice in Governance*. Cheltenham, Mass.: Edward Elgar, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Lua Nova, v. 45, p. 49-96, 2011. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/A_reforma_do_Estado_dos_anos_90.pdf> Acesso em: abr. 2019, 19:40:00

PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; DE CASTRO QUIRINO, Carina. *Resolução de conflitos on-line no brasil: um mecanismo em construção*. Revista de Direito do Consumidor. Ano, v. 26, 2017. Disponível em: < https://www.academia.edu/36014549/_2018_Resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_on_line_no_Brasil_um_mecanismo_em_constru%C3%A7%C3%A3o_Revista_de_Direito_do_Consumidor> Acesso em: 20 mar. 2019, 15:20:00

SALVO. Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. *Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental*. 1ª ed., São Paulo: Almedina, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO E A IMPORTÂNCIA DO BIODIREITO

Data de aceite: 01/03/2021

Weider Silva Pinheiro

Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa/PT. Tabelião Substituto do Cartório Bruno Quintiliano do Distrito judiciário de Nova Brasília, Comarca de Aparecida de Goiânia/GO

RESUMO: A discussão focaliza o Biodireito e sua importância enquanto esfera de ação e reflexão dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Parte de pesquisa bibliográfica, com uso de diversos trabalhos de pesquisa de vários autores no campo das ciências jurídicas, da biologia e da medicina. Constata-se que a necessidade de um Biodireito está alinhada de forma lógica com o surgimento de todas as áreas do direito, como a necessidade de um Direito Civil, de um Penal, de um Constitucional. Isto porque a realidade da biologia e da medicina contemporânea impõe desafios peculiares e de tamanha importância que carece de uma área especializada nas questões, uma área nascida da interdisciplinaridade, da reflexão da bioética, e munida com o arcabouço teórico e metodológico do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Biodireito. Bioética. Engenharia genética. Medicina.

ABSTRACT: The discussion focuses on Bi-Right and its importance as a sphere of action and reflection within the Brazilian legal system. Part of bibliographic research, using several research works by various authors in the field of legal sciences, biology and medicine. It appears

that the need for a Bi-Right is logically aligned with the emergence of all areas of law, such as the need for a Civil Law, a Criminal Law, a Constitutional Law. This is because the reality of biology and contemporary medicine imposes peculiar challenges and of such importance that it lacks an area specialized in issues, an area born from interdisciplinarity, from the reflection of bioethics, and equipped with the theoretical and methodological framework of Law.

KEYWORDS: Bi-right. Bioethics. Genetic engineering. Medicine.

1 | INTRODUÇÃO

A engenharia genética, assim como diversas técnicas de intervenção científica sobre o ser humano, indo desde a manipulação do DNA até os problemas jurídicos relacionados a atuação da medicina na pesquisa e na ação junto a pacientes, tem avançado em sua capacidade de intervir e modificar fisicamente o ser humano, assim como de causar mudanças invasivas importante na biologia humana.

Em face disso, a bioética surgiu como resposta da filosofia para pensar todas as questões relacionadas a relação entre ciência, saúde e lei. O Biodireito também surgiu como necessidade dentro da reflexão bioética, estando com esta profundamente relacionado. Ocorre que enquanto a bioética é uma reflexão mais voltada para a filosofia, o Biodireito é adequado a uma perspectiva estritamente jurídica, apesar da necessidade de interdisciplinaridade.

Na primeira parte, será discutido Biodireito e sua relação com a bioética, demonstrando que o primeiro é um resultado dos avanços e das necessidades do segundo. Na segunda parte, discute-se o lugar do Biodireito como especialidade dentro do quadro geral das disciplinas de Direito, assim como busca localizar essa área dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, discute-se a importância do Biodireito enquanto esfera de ação e reflexão jurídica própria. Busca-se, nesta parte, fundamentar a importância do Biodireito a partir da reflexão sobre engenharia genética e os avanços na capacidade científica de violar aspectos fundamentais da dignidade humana a partir da manipulação do DNA. Demonstra-se a importância do Biodireito a partir dessa discussão.

2 | DA BIOÉTICA AO BIODIREITO

Sem dúvida, a biociência passou por inúmeras mudanças científicas, despertando preocupações constantes sobre suas consequências em todas as sociedades. Na verdade, foi necessário estabelecer limites éticos para o conhecimento da bioengenharia e da engenharia genética, mas isso não impediu esses avanços (FERRAZ, 2010).

Como acrescentou Ana Cláudia Ferraz, Eduardo Leite afirma que cada vez mais está aumentando a tecnologia em harmonia com as práticas biomédicas, onde bioética orienta aspectos do uso invasivo (FERRAZ, 2010). Ele se manifesta em resposta às ameaças da bioengenharia que podem minar a dignidade humana, abuso científico causado pela descoberta do DNA, terapia genética e a revolução genética causada por novas técnicas biomédicas e farmacológicas. Trata-se de instigar reflexões densas e onipresentes sobre a vida e a morte para proteger direitos fundamentais (DINIZ, 2002).

Nesse sentido, Maria Helena Diniz define os seguintes conceitos de bioética: é uma série de considerações filosóficas e morais sobre a vida em geral, especialmente a prática médica. Para tanto, cabe à ciências sociais, junto com genética, medicina, biologia, resolver problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia. Inclui pesquisa interdisciplinar envolvendo áreas como ecologia, direito e política. A biossegurança e a lei expandem os limites da biotecnologia ao determinar a vida, morte, saúde, identidade ou integridade física e psicológica, como engenharia genética, medicina, biotecnologia e análise ética dessas questões. Permite que se estabeleça critérios éticos para orientar as ações nessa esfera da vida. Impedir abusos e proteger os direitos básicos das pessoas e das gerações futuras. A bioética também consiste em estudar a moralidade do comportamento humano no campo das ciências da vida e averiguar o que é legal, científica e tecnicamente possível (DINIZ, 2002).

O termo bioética foi publicado pela primeira vez em 1971 pelo oncologista e biólogo americano Van Renselder Potter, Estados Unidos. No entanto, o Código de Nuremberg de 1947 foi elaborado para evitar atrocidades cometidas por médicos que realizaram os

experimentos mais sorrateiros em humanos durante a era nazista e é considerado o ponto de partida para seu surgimento (DINIZ, 2002).

Citado por Ana Cláudia Ferraz, Vicente Paulo Barreto afirma que a bioética nasceu como um novo e complexo campo da ética filosófica que visa pensar a humanidade numa perspectiva futura e humana e discutir as responsabilidades e os limites da ciência. Como titular de direitos invioláveis. Existem dois tipos básicos. Um evoca os direitos humanos como uma limitação ao desempenho das nações e de outros indivíduos. O segundo traça a linha filosófica derivada do primeiro. Analisa o desempenho de um indivíduo não apenas de uma perspectiva direta, mas principalmente em relação às implicações futuras (BARRETO apud FERRAZ, 2010). Na busca de limites éticos para o avanço da biomedicina, a bioética serve como uma obrigação moral para o avanço da ciência: o princípio da autonomia, o princípio da boa vontade, o princípio da não maldade e o princípio da justiça. Princípio (DINIZ, 2002).

Segundo os ensinamentos de Diniz (2002), os princípios da bioética surgiram no final dos anos 1970 e início dos anos 1980 e foram citados pela primeira vez no Relatório Belmont publicado pela Comissão Nacional de Proteção Humana em 1978, organizada pelo Governo dos Estados Unidos para identificar os princípios que devem guiar os experimentos humanos em ciências comportamentais e estudos biomédicos.

Este relatório é produzido por 11 especialistas de diferentes ciências e descreve os princípios fundamentais: respeito pelas pessoas, beneficência e justiça. Enquanto isso, Beauchamp e Childress desenvolveram uma análise de princípios morais básicos com base nos princípios de respeito pela autonomia, princípios da não maleficência, beneficência e de justiça. Esses são um ponto de partida essencial para qualquer discussão sobre temas relacionados à ciência (KIPPER e CLOTET, 1998).

O da autonomia busca assegurar respeito em relação a vontade de pacientes. Nesse contexto, o profissional médico precisa respeitar a vontade dos pacientes ou de seus representantes, levando em consideração suas crenças morais e religiosas. Os pacientes são reconhecidos por estarem no controle de suas vidas. Os pacientes podem se autogovernar, ou seja, podem fazer escolhas e agir sob a orientação dessas deliberações. Por isso, ele deve ser tratado de forma autônoma. Aqueles que estão com a vontade debilitada devem ser protegidos. Autonomia é a capacidade de agir intencionalmente sem ser forçado pelo mundo exterior. A partir deste princípio, um pedido de consentimento livre e esclarecido e suficiente para a realização da ação em questão se uma pessoa for incapaz ou portadora de deficiência mental. Existe uma maneira de tomar decisões alternativas quando não há autonomia (DINIZ, 2002).

A este respeito, Albano (2004) disse que o princípio da autonomia toma decisões que afetam o “autogoverno” do indivíduo, a sua vida, saúde, a integridade física e psicológica e relações sociais. Ressalta-se que é entendido como autodeterminação da pessoa para tomar decisões (ALBANO, 2004). E ele conclui que deve haver respeito pelos direitos

humanos fundamentais, com base no respeito mútuo, e insiste que não se deve fazer com um indivíduo o que não quer fazer a si. Ele enfatiza que a vida física representa os próprios valores fundamentais de uma pessoa. Esta é uma base única para a pessoa se reconhecer, entrar no tempo e no espaço, se expressar, construir e expressar valores como liberdade, sociabilidade e outros valores, inclusive o próprio projeto de futuro (ALBANO, 2004).

Ana Cláudia Ferraz afirma que o princípio acima está relacionado à capacidade do ser humano em escolher o tratamento médico que receberá, e os profissionais médicos têm valores éticos, morais e filosóficos. Afirma que deve ser respeitado. Precisam os profissionais de saúde do consentimento livre e esclarecido do paciente, além da obrigação dos profissionais de dar ao paciente informações claras e precisas sobre o quadro clínico e os tratamentos disponíveis do médico, para que escolha o que considerar mais adequado (FERRAZ, 2010).

Importante frisar sobre a necessidade de consentimento do paciente, que pode ser considerada ilegal em nosso ordenamento jurídico, se não for pertinente a exigência do consentimento livre e esclarecido (artigo 146 do Código Penal). No entanto, deve-se observar que as intervenções médicas e cirúrgicas em caso de perigo iminente de vida são causas especiais que excluem tipicidades:

Art.146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (...) §3º Não se compreendem na disposição deste artigo: I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

Nesse ponto, Albano afirmou que o consentimento deve incluir: (1) Informações (acesso ao nível intelectual e à cultura do paciente); (2) habilidade; (3) compreensão; (4) Espontaneidade (ALBANO, 2004). No entanto, é urgente enfatizar que esse princípio não é absoluto, visto que a existência do consentimento presumido é aceita nas emergências, visto que o valor da vida se sobrepõe à exigência do consentimento livre e esclarecido.

O princípio de beneficência é promover o bem para os pacientes e para a sociedade. Assim, primeiro se busca a saúde, se previne a doença, se avaliam o bem trazido e as probemas. Buscando sempre a promoção da saúde (ALBANO, 2004).

Segundo os ensinamentos de Albano (2004), as regras que norteiam o princípio supracitado se baseiam na tradição de hipócrates de buscar o bem para o paciente. Na visão do Relatório Belmont, se ensina que o conceito de beneficência tem duas implicações. Uma é não causar danos e a outra é maximizar os benefícios e minimizar os danos que podem ocorrer ao paciente, concluindo que é difícil estabelecer um limite entre beneficência enquanto obrigação, de um lado, e como ideal ético, que deve fortalecer a boa vontade moral de qualquer profissional. Obviamente, essas obrigações são condicionais (ALBANO,

2004) porque, a princípio, não são absolutas e dependem da situação ou da perspectiva em que se manifestam.

Um terceiro princípio está ligado ao supracitado (beneficência) pois, como aponta Diniz, o princípio da maleficência é um desdobramento do princípio acima, pois consiste em não prejudicar intencionalmente o paciente (DINIZ, 2002).

Não por acaso afirma Albano que esse princípio (não maleficência) inclui uma obrigação de não ser prejudicial onde há uma série de restrições. Portanto, geralmente é expresso negativamente. Este princípio demanda abstenção porque práticas médicas e afins causam danos para beneficiar o paciente, em vários casos. Ressalta-se que o dano causado a alguém se justifica se o paciente for beneficiário, seguido pelos demais e pela sociedade em geral. Portanto, os interesses do paciente são importantes primeiro, seguidos da família, dos demais pacientes e da sociedade (ALBANO, 2004).

Nesta etapa, o princípio da não maleficência parece ser uma obrigação não executiva. Os pacientes são considerados os principais beneficiários e não podem ocorrer qualquer dano causado pela prática médica.

Albano prevê que o princípio da justiça se baseia na obrigação de igualdade de tratamento e na justa distribuição que o Estado deve realizar dos fundos públicos, principalmente para a saúde (ALBANO, 2004). Neste último, o art. 196 da Magna Carta garante que a saúde é direito de todos, dever do Estado, de reduzir o risco de doenças e outras enfermidades e de proporcionar acesso universal e igualitário a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação. Garantido por meio de políticas sociais e econômicas (Brasil, 1988).

Portanto, o acesso igual à saúde deve ser promovido igualmente para todos, independentemente de raça ou situação econômica, e o estado deve distribuí-lo igualmente a todos os que dela necessitam. Por outro lado, Ana Cláudia Ferraz destaca que os quatro princípios acima não podem ser aplicados em conjunto porque um exclui o outro. Nesse sentido, o mesmo autor acrescenta que esforços devem ser feitos para que a autonomia seja mantida, a solidariedade seja garantida e a justiça promovida (FERRAZ, 2010).

Apesar de aderir aos princípios bioéticos da autonomia, boa vontade, não maldade e justiça, devemos também aderir ao princípio da dignidade humana, que é o principal que deve orientar o progresso científico e da bioengenharia (DINIZ, 2002). Sobre este último, Almeida Junior ensina que a disseminação do princípio da dignidade humana significa o reconhecimento de que uma nação existe para os humanos e não o contrário (ALMEIDA JUNIOR, 2002).

Conforme estipulado no Artigo 5, Parágrafo 2 da CF, a dignidade humana não é apenas um direito básico, mas um valor que norteia toda a ordem constitucional, que é o valor constitucional, axioma maior (SARLET, 2008). Com efeito, o princípio da dignidade humana, que está na base de todo o ordenamento jurídico brasileiro, visa proteger o progresso científico e tecnológico sem ultrapassar os limites éticos e reduzir o ser humano

à condição física. (DINIZ, 2002).

Alexandre de Moraes, por outro lado, conceitua a dignidade humana da seguinte forma: os valores espirituais e morais inerentes a essa pessoa. Constitui um mínimo invencível que todo estatuto jurídico deve garantir, e só excepcionalmente pode limitar o exercício dos direitos básicos, mas sempre o respeito necessário que todas as pessoas merecem como seres humanos (MOARAES, 2007).

Como aponta Almeida Junior (2010), Vaclav Havel destaca a dignidade humana como fator diferenciador de outros princípios bioéticos. Vamos retomar o conceito de dignidade humana. Ele permeia todos os direitos humanos básicos e documentos relacionados aos direitos humanos. Não faz sentido perguntar o que realmente significa dignidade humana e por que a humanidade precisa possuí-la, já que isso é tão natural para todos. As raízes mais profundas do que chamamos de direitos humanos estão do outro lado de nós, mais profundas do que o mundo das alianças e acordos humanos. Eles têm suas origens no reino metafísico. Identificam o tema central do mundo, sua espinha dorsal, sua ordem, sua direção, sua essência, sua alma (ALMEIDA JUNIOR, 2010).

Portanto, como já mencionado, o princípio da dignidade humana atua como proteção dos direitos básicos e como fator limitante para o avanço da bioengenharia na sociedade moderna, especialmente no campo da biomedicina. Sob essa influência, a base de toda a bioética é garantir a dignidade humana e proibir a pesquisa científica que visa prejudicar o “ser” do humano. Esforçamo-nos para garantir a dignidade humana em todas as suas fases evolutivas (nascimento, vida e morte). Por isso, a bioética preocupa-se com o início e o fim da vida humana, as novas tecnologias que apoiam a reprodução assistida, a seleção de gênero e as questões relacionadas à engenharia genética” (DINIZ, 2002).

Nesse campo, Diniz (2002) explica que a bioética está relacionada aos direitos humanos ao reconhecer o respeito à dignidade humana. Nesse sentido, apontando os aspectos mencionados, o mesmo autor argumenta: biodireito e bioética estão inevitavelmente intimamente relacionados aos direitos humanos, e focalizam nas possibilidades de prejuízos para a dignidade humana impetrado por algumas ideias e ações que mitigam essa dignidade com a justificativa falaciosa de avanço científico. Se houver algum ato que não garanta a dignidade humana, deve ser negado como violação das exigências éticas e legais dos direitos humanos. Portanto, a intervenção científica em humanos que possa afetar sua vida e integridade física e mental deve estar sujeita a normas éticas e não pode ser incompatível com os direitos humanos. A prática das “ciências da vida”, que pode trazer grandes benefícios para a humanidade, envolve riscos potencialmente extremamente perigosos e imprevisíveis. Por esse motivo, os profissionais médicos precisam ter cuidado para não ultrapassar os limites éticos impostos pelo respeito aos outros (DINIZ, 2002).

Com efeito, o princípio da dignidade humana se manifesta como um limite para os avanços na biologia, genética e medicina que visam exclusivamente o benefício financeiro ignorando desvantagem humana. Pois, como diz Regina Hryniewicz, respeito ao ser

humano também significa combater qualquer prática que o reduza (HRYNIEWICZ, 1997).

O direito de realizar projetos parentais por meio de tecnologias que apoiem a reprodução humana só pode ser resguardado se os procedimentos mencionados não representarem risco à saúde materna e fetal. De fato, o respeito aos princípios da bioética impõe restrições aos procedimentos científicos que visam a lesar a dignidade humana e deve fazer parte do cotidiano da evolução genética. Nesse contexto, dada a falta de leis sobre essas tecnologias, algumas doutrinas significam tudo o que não é proibido é permitido. No entanto, é preciso ter cuidado ao garantir um progresso injustificado, principalmente porque ele visariam, em tese sem fundamentação adequada, o progresso científico.

No que diz respeito aos aspectos acima, fica a lição de Diniz, ao afirmar que, atendendo às exigências da bioética e seus princípios básicos, estabelecer normas que garantam o respeito à natureza, ao ser humano e aos valores fundamentais da natureza, é preciso. Ele protege não apenas a vida social e a vida, mas também a saúde física e mental. Mas, ao oferecer suporte reprodutivo humano, precisamos ter muito cuidado para não cair em uma armadilha (DINIZ, 2004).

Na verdade, melhorar a vida humana é indiscutível quando os avanços da ciência levam à descoberta de drogas, transplantes de órgãos, técnicas cirúrgicas modernas, vacinas e muito mais. No entanto, é inaceitável que novas descobertas científicas alcancem a dignidade humana e transformem os humanos em verdadeiros produtos científicos.

Com a introdução da bioética na ciência, a polêmica sobre as consequências jurídicas do não cumprimento das obrigações éticas impostas aos profissionais e a todos os envolvidos neste processo se intensificou desde o advento da lei de Nuremberg. Nesse cinturão, o biodireito nasce com o objetivo de tornar positivos os padrões bioéticos. Piodireito pode ser conceituado como um conjunto de normas que buscam constituir o cumprimento obrigatório das normas biomédicas, ao mesmo tempo em que se discute a validade destas leis, sobre a necessidade de ampliação ou restrição (CHIARNI JUNIOR, 2010).

Em meio à obra de Ana Claudia Ferraz, trata-se dos antecedentes históricos do surgimento do biodireito e, desta vez Vicente de Paulo Barreto aponta: o holocausto em duas versões do século XX, ambas em Guerra Mundial. Atrocidades cometidas no campo de batalha, um experimento genético selvagem conduzido por um médico nazista em um campo intensivo, despertou um império que coloca as questões morais em um estado puro. Portanto, a história tem mostrado como a lei e suas reivindicações normativas não atendem às necessidades mínimas de proteção de seres humanos. A restauração do tema clássico da relação entre moralidade e direito renasce como meio de explicar e superar o impasse moral em que estão imersas as consciências dos ocidentais. No contexto da crise ética e da recuperação dos parâmetros clássicos exigidos, as questões colocadas pelos avanços recentes nas pesquisas biológicas passadas e presentes e suas aplicações tecnológicas visam assegurar a humanização do progresso científico. Isso levou a uma tentativa de estabelecer esse princípio no campo da biologia. Inicialmente, os princípios do

caráter moral abstrato foram estabelecidos e, em seguida, as normas legais relacionadas à pesquisa e tecnologia biológica foram desenvolvidas, mesmo que as questões éticas não estivessem maduras. No entanto, havia um distanciamento entre a formulação ética e as normas jurídicas, obrigando-nos a retomar o clássico debate sobre a possibilidade de construção de normas jurídicas que pudessem refletir valores éticos. Essa série de estudos permite que a ideia de direito cosmopolita seja utilizada como uma estrutura racional, na qual os valores são razoavelmente justificados, discutidos à luz dos avanços das ciências biológicas (FERRAZ, 2010).

Com o mesmo entendimento acima, Diniz defende que o biodireito tem duas fontes principais: a bioética e a biogenética. A verdade científica não pode ser conquistada à custa da ética e da lei, e os avanços da ciência não podem esconder crimes contra a dignidade humana ou definir o futuro da humanidade sem contornos jurídicos (DINIZ, 2002). Desse modo, as leis que refletem os fatos da sociedade e a realidade da agenda não podem permanecer inativas diante dos problemas que surgem do excessivo progresso científico, especialmente sob o pretexto de buscar o progresso humano. Da mesma forma, as práticas científicas devem obedecer às restrições legais estabelecidas pelo biodireito.

Ao lidar com questões relacionadas a origem e ao fim da existência humana, deve-se notar também que biodireito e a lei civil estão essencialmente relacionadas. A este respeito, Chiarini Júnior afirmou que o Biodireito precisa usar o direito civil de uma forma mais específica no que diz respeito ao início e ao fim da vida, bem como a situações como a capacidade de estar sujeito de direitos. No que diz respeito às implicações jurídicas que as atividades médicas e científicas possam ter para quem exerce atividades afins, bem como as restrições ao direito à autonomia da vontade privada, ou ao direito de usar e dispor do próprio corpo. O Biodireito, por outro lado, é inevitavelmente uma disciplina interdisciplinar, no que se refere às questões éticas da atividade das ciências médicas, e também à adaptação da realidade jurídica à realidade social. Assim, desde a sociologia jurídica, deve atuar como parâmetro do direito civil, seja aprovando ou proibindo certos tipos de contratos, como aluguel, compra ou venda, ou doação de órgãos ou barriga de aluguel. Desta forma, o Biodireito se assemelha ao direito civil ao estabelecer ou proibir algumas modalidades contratuais, ou ao regulamentar a responsabilidade civil dos cientistas envolvidos em pesquisas e outras atividades médicas. No entanto, enquanto o direito civil diz respeito à generalidade e ao regime jurídico das atividades, este não é o caso se tratar apenas de questões relacionadas com a atividade médica e científica (CHIARNI JUNIOR, 2010).

No entanto, apesar da necessidade de estabelecer regulamentações precisas sobre certas obrigações éticas de comportamento e as consequências dessas violações, o direito civil em vigor está sempre emergindo legal, biológico e genético. O impacto é totalmente regulado. Por outro lado, existem lacunas na legislação brasileira em relação aos fatos novos que surgem dessa revolução biomédica, especialmente no que diz respeito aos avanços científicos que recebem novas formas de reprodução humana.

3 | O BIODIREITO E SEU LUGAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Biodireito é claramente uma área típica do dogmatismo jurídico e usa métodos de pesquisa para construir pressupostos teóricos para resolver problemas teóricos, mas suas origens são a bioética. Caracteriza-se pelas preocupações levantadas por: o direito também foi medicalizado e incorpora os princípios da bioética, o que é fonte estimulante de outros princípios (SÁ e NAVES, 2015). Assim, pode-se afirmar, sem cometer abusos terminológicos algum, que o Biodireito é uma manifestação jurídica da bioética.

A origem do termo “biodireito” no país é incerta e não pacífica. No Brasil, até recentemente, era chamada de bioética, e a expressão “Biodireito” surgiu da penetração e incorporação de normas ao ordenamento jurídico dos procedimentos de tratamento e da pesquisa científica, com vários livros jurídicos. Trabalhos pioneiros que abordam temas, como o trabalho de Arnold Wald e o de Francisco Amaral são representativos (DANTAS, 2015).

Borba e Hossne (2010) defendem que é melhor chamar “bioética e direito”, já que o Biodireito prescinde, ainda, de tradições históricas como a bioética e é uma abordagem puramente horizontal baseada nos ramos do direito clássico, que pode levar ao abandono do necessário diálogo com a bioética. Ademais, leva a uma forte presença nos procedimentos formais, o que reduz os aspectos éticos do problema proposto e coloca em risco o equilíbrio cuidadoso entre os princípios da bioética e os valores e princípios jurídicos.

No entanto, o propósito do Biodireito é construir novas perspectivas jurídicas sobre questões tão antigas quanto a própria consciência humana: vida e morte, reprodução humana, saúde, integridade física e mental, assim como o problema complexo da autonomia. Tem como objetivo identificar os novos valores éticos e sociais necessários para responder às novas questões colocadas pela medicina, genética, bioquímica, biofísica, biologia e muito mais. Existe um ponto de vista específico presente no Biodireito que os outros ramos não possuem de forma central. O ser humano como destinatário e beneficiário dos direitos e proteções decorrentes da lei. A dignidade humana não é apenas entendida como uma escolha moral, mas é especialmente protegida e promovida como um valor jurídico.

Portanto, ao considerar o Biodireito como um campo autônomo, é necessário ter em mente sua extensão. Pode e deve abranger áreas semelhantes pela necessária natureza interdisciplinar. Assim, a perspectiva unilateral dada pelas disciplinas jurídicas clássicas (civil, criminal, constitucional) não é suficiente para enfrentar os novos problemas que surgem da biotecnologia. A observação das vulnerabilidades do sujeito reconhece a necessidade de analisar essas situações a partir de uma perspectiva de integração horizontal, mas também reconhece a Constituição Federal como um fundamento fundamental.

Biodireito trata de reconhecer o compromisso mediador e interativo da bioética, mas agora não se trata apenas de facilitar o diálogo público e privado, mas também de estabelecer compromissos interdisciplinares. Do ponto de vista jurídico, procura-se compreender

os fenômenos humanos em toda a sua complexidade. Práticas disciplinares, formação universitária específica ou indexadores específicos na base de dados bibliográficos (BORBA e HOSSNE, 2010) não são suficientes para descartar a possibilidade de Biodireito se tornar disciplina autônoma. Biodireito está em um estágio de pré-paradigma antes que novos campos sejam reconhecidos, mas seu desenvolvimento é inegável e iminente. É possível argumentar que há discordância sobre sua base epidemiológica, como na bioética, mas isso não ocorre no direito biológico. Diversas abordagens são integradas a partir de uma visão constitucional e da percepção humana como valor e fonte de todo o sistema jurídico, e sua teoria se desenvolve a partir da proteção humana.

O fato de o Biodireito ser interdisciplinar, como é o caso da bioética, não é suficiente para garantir seu excessivo status de “pré-ciência”. A visão monista do conceito de disciplina é arcaica e nada tem a ver com a nova realidade. Assumir que o Biodireito deve se concentrar nos mesmos padrões operacionais dos monismos metodológicos, abordagens empíricas e ciências naturais para se tornar um campo autônomo da ciência constrói o conhecimento científico hoje. É ignorar o fato de que existe um caminho alternativo a ciência além das ciências naturais (JONSEN, 1998). O dogmatismo jurídico não é suficiente para explicar a complexidade apresentada pelas questões bioéticas. A falta de uma lei ou código unificado também não é suficiente para garantir que a biotecnologia não constitua um microsistema legal com suas próprias características, fundamentos e princípios. Como pós-positivista, Biodireito estabelece um novo ordenamento jurídico em relação aos problemas que decorrem da biotecnologia e da sua intervenção na vida humana nos seus mais diversos aspectos. Casabona afirma que, devido a esta consideração de autonomia, o fato de que o Biodireito não é objeto de educação independente, ou que sua base conceitual é importada de disciplinas jurídicas básicas tradicionais, é uma deficiência. Não deve ser. Depende do propósito particular do estudo e da metodologia particular que o caracteriza. Conforme demonstrado, deve consistir em uma abordagem jurídica integrada como ponto de partida, sem prejuízo de uma perspectiva interdisciplinar e interdisciplinar (CASABONA, 2005).

Assim, o atuação do Biodireito como ordem normativa é deveras dogmático e tem apreciação prescritiva. No entanto, a regra legal não pode ser fechada. Ao contrário, deve ser aberto e flexível o suficiente para garantir a oportunidade e a eficácia das normas em face do progresso científico. O modelo proposto pelo Biodireito é um modelo de justiça tomado em sentido humano, não como valor ético, mas como conteúdo processual - as normas visam à proteção integral da pessoa humana, com direitos humanos. Ele contém alguns valores importantes implementados nos princípios básicos, os conflitos só podem ser resolvidos em alguns casos. Sobre essa questão, Fabriz firma que os Biodireito decorrem dos direitos básicos e, nesse sentido, são inseparáveis deles. Biodireito contém direitos morais relacionados à vida, dignidade e privacidade de um indivíduo e representa a transição do discurso ético para a ordem legal, uma simplicidade dos princípios estabelecidos por um grupo de estudiosos. Não pode representar mera formalização legal da bioética. Ou mesmo

proclamado por legisladores religiosos ou morais. Biodireito pressupõe o refinamento de categorias intermediárias que incorporam os direitos humanos e garantem um fundamento racional e legítimo para eles (FABRIZ, 2003).

Devido à rapidez com que as novidades da biotecnologia são apresentadas, as respostas não pretendem ser únicas, mas podem ser construídas em um caso específico e não se limitam a discussões jurídicas (positivismo). O Biodireito organiza o comportamento de todas as pessoas na sociedade da biotecnologia, respeita e promove os valores que servem de base para toda a humanidade, organiza a liberdade e preserva os valores essenciais.

O Biodireito precisa se firmar como disciplina autônoma a seu modo e agregar outras disciplinas consideradas tradicionais, mas contribuir para sua solidez e a construção de uma linguagem própria. A distinção entre a ética e o direito, a reestruturação histórica da própria bioética, a secularização e multiplicidade moral da bioética e a identificação dos objetos do Biodireito, em novos aspectos do campo do conhecimento que impõem metodologias e fundamentos próprios. Portanto, a crítica à declaração de Garrafa sobre Biodireito afirmando que este carece de legitimidade como disciplina autônoma é contundente. Se a bioética apareceu enquanto disciplina e precisa de multidisciplinaridade, afirma Garrafa (apud SANTOS, 2001), devemos pensar como seria neologismos como biobiologia, biofilosofia, bioeconomia, biopsicologia. O autor afirma que afirmar o Biodireito como disciplina é um abuso terminológico prejudicial ao Direito e a bioética. Garrafa diz que se Biodireito estiver posto relacionado ao trabalho das questões biotecnológicas esta correto, mas se passa a ser Biodireito com relação a bioética, isso não é aconselhável (SANTOS, 2001).

Afirmar o Biodireito como área específica acadêmica não é tentar segmentar o conhecimento, como diz Garrafa, mas organizar seus métodos e teorias, valores e princípios, e proteger as fontes múltiplas. Não há erros metodológicos ou epidemiológicos. O erro é acreditar que a bioética é suficiente para padronizar e organizar todas as questões complexas que surgem a partir do desenvolvimento da bioengenharia. O erro é pensar que novas áreas do direito não podem ser desenvolvidas preservando-se métodos interativos e interdisciplinares (características da bioética).

Ao reconhecer o Biodireito como um ramo autônomo, a setorização das discussões não tem sido proposta e se limita a espaços restritos. Ao contrário, ao se propor a construção do Biodireito, a continuidade dialética entre direito e bioética é mantida e mantém-se também a elasticidade natural entre eles. Não se trata de limitar o estudo dos direitos à questão da vida e da existência humana, mas de estabelecer um debate jurídico sobre as implicações jurídicas das questões bioéticas.

4 | IMPORTÂNCIA DO BIODIREITO: O EXEMPLO DA ENGENHARIA GENÉTICA

A importância do Biodireito pode ser corroborada com um exemplo contemporâneo, sobre bioengenharia e o aumento da capacidade científica de controlar aspectos do desenvolvimento humano jamais imaginados antes. Trata-se do impacto bioético da edição genética com Crisper na medicina e as implicações na expectativa de vida e na terminalidade.

A atual tecnologia de edição de genes, se aplicada em futuro próximo a clínica médica poderá trazer benefícios sócias diversos, porém, impactará na sociedade promovendo: transformações nas relações humanas, na manipulação da técnica de edição de genes, na forma com que as pessoas buscarão pela tecnologia, na comercialização desse conhecimento, na mudança da expectativa de vida, e, ao antecipar tais transformações poderemos buscar a construção de uma sociedade mais saudável, justa e igualitária.

Os avanços da tecnologia, assim como os estudos na esfera da biologia e da medicina, junto aos debates sociais sobre ética, criam para a bioética, independentemente do assunto a que se debruce, um ambiente dinâmico, onde paradigmas podem perder seu sentido em pouco tempo, dando lugar a novas perspectivas políticas, filosóficas e científicas.

Em relação a ética, é bom deixar claro qual a posição desta pesquisa sobre este conceito. A ética é uma reflexão intrinsecamente (mas não somente) filosófica. Exercer a ética é exercer a filosofia. E ela consiste, basicamente, em uma reflexão sobre o certo e o errado em prol da humanidade. Nesse sentido, tem-se aí alguns pilares da reflexão ética: (1) preocupação com um bem maior, que não o indivíduo, sociedade ou grupo social específico, mas a humanidade; (2) prescinde de conhecimentos empíricos, científicos para dar suporte a reflexão. Deste modo, a reflexão ética deve estar dentro das diversas ciências, dentro da matemática, da física, da medicina e da biologia. Sobre estas duas últimas é que se pode falar de bioética e se faz necessário dar algumas considerações sobre o que é esta área de reflexão.

Antes de tudo, é importante compreender o que é a bioética, qual seu sentido no debate político e científico contemporâneo. De fato, ela é uma esfera de reflexão recente, podendo ser datada, enquanto uma área de reflexão a parte, mais ou menos, na década de 1970. É nessa década que há uma tentativa de resgate das ciências humanas por parte das ciências biológicas, médicas, química, física e outras que não se encaixam dentro do que se convencionou chamar de ciências humanas e ciências sociais. É interessante notar que a década de 70 é um contexto social onde a crítica ao capitalismo e os aspectos negativos da ciência são criticados com mais ênfase que em décadas anteriores, principalmente com os novos movimentos culturais, a chamada contracultura nos Estados Unidos, mas cujos conceitos se expandiram para todo o ocidente. O foco era os males que a ciência gerou e podia gerar para a civilização. Aqui se buscou os valores individualistas e houve um

profundo avanço em relação a ética da autenticidade¹, que promove um individualismo distinto do promovido pelo capitalismo.

Constata-se que as ciências supracitadas precisam dialogar com as ciências sociais, com as humanidades, pois os impactos, por exemplo, da bomba atômica (medo que assombrava o mundo em face do confronto entre Estados Unidos e União Soviética), deveria ser incluído em uma reflexão mais ampla que abarcasse aspectos sociais. O que importa é que esse contexto inclui na agenda política e científica o problema seguinte: para que serve a ciência e, caso a resposta seja algo relacionado ao bem da humanidade, como fazer para que ela de fato cumpra sua promessa humanitária?

A aproximação da biologia e da medicina com a filosofia e as ciências sociais ocorre devido a constatação de que quando as primeiras se distanciam das segundas, perdem a capacidade para refletir a si mesmas, perdendo capacidade para autocrítica, já que perde os referenciais para exercer esta autocrítica, havendo uma ciência sem consciência de si (MORIN, 1994).

Graças aos avanços do sequenciamento do DNA, os pesquisadores identificaram milhares de genes que afetam a saúde humana e podem entender agora como os genes funcionam. Os pesquisados precisavam de meios para controlar os genes em células vivas, algo deveras complexo. Mas recentemente foi descoberto um método que promete melhorar de forma substancial, a capacidade de edição de DNA em todas as espécies, o que inclui o ser humano. Este método é conhecido como Crispr Cas9, e se baseia em um sistema natural de defesa desenvolvido por bactéria contra o ataque de vírus. Uma edição de genoma tem sido usada enquanto ferramenta deveras eficaz para manipular o genoma. Essa ferramenta consiste em um fragmento do DNA exógeno que é colocado no interior da célula que substituirá um determinado segmento endógeno do DNA. É um método usado em diversos experimentos, assim como é fundamental ferramenta para terapia genética (BRADLEY et. at., 1992). A edição do genoma prescinde da criação de uma quebra na fita dupla de DNA no local genômico que se quer modificar. Essa quebra dupla do DNA, torna possível o reparo da célula, assim como possibilita novos horizontes para engenharia genética (BRADLEY et. at., 1992).

Na maior parte dos organismos, a edição do genoma é feita com dupla quebra de DNA em locais devidamente selecionados. A edição pode operar através de recombinação homóloga ou através de recombinação não homóloga (BRADLEY et. at., 1992). A recombinação não homóloga pode levar a introdução eficaz de inserção ou deleção de diversos comprimentos, podendo comprometer estruturas de leituras transcricionais de sequências de codificação ou alguns sítios de ligações em promotores. No caso de reparo mediado por HDR, pode ser usado para introdução de mutações específicas ou mesmo para inserção de sequências escolhidas e desejadas através de recombinação com o local alvo fornecido (BEKER, 2012).

Todas essas técnicas para edição têm possibilitado muitos avanços na genética e na

medicina, sendo usadas em vários organismos, mas todos possuem, aliadas as vantagens, também desvantagens. No caso da ZFN, é difícil atingir o lugar desejado e, além disso, carece de especificidades de certos domínios, onde pode ser gerado a não clivagem, o que pode trazer mutação. As TALENs e ZFNs constituem ferramentas de montagem deveras difícil, e é imprescindível a montagem em organizações especializadas, tratando-se, pois, de técnica de custo monetário alto. No caso da Cre-lox, esta é de eficiência baixa, mas estudos demonstram que ela é usada na expressão tecido específica e indução (PATTANAYAK et al., 2011).

A Crispr Cas9 é uma técnica recente surgida com como método alternativo para edição de genes. É considerada pela literatura como uma técnica muito eficiente, primeiro por causa de sua simplicidade na criação de direcionamento pela construção de oligonucleotídeo curto de DNA, além de ser de custo baixo e com tempo de montagem curto. (referencia) Os procaríotos, por exemplo, são por inúmeras infecções expostos, sejam vírus ou plasmídeo. As bactérias possuem diversos mecanismos para equilíbrio das invasões, e dentre eles pode ser enfatizado o Crispr, sistema imunitário adaptativo (BHAYA et. al., 2011).

Cyranoski (2016) foi o primeiro pesquisador a injetar células com genes editadas por CRISPR Cas9, em humanos. O experimento encontra-se ainda em andamento e estão usando três ensaios clínicos para tratar câncer de próstata, células renais e bexiga. A baixa complexidade e eficiência considerável, assim como aplicabilidade do CRISPR Cas9 pode transformar a biomedicina e toda pesquisa genética. Isso porque a baixa complicação para alterar as sequências, como também a expressão de determinado gene, pode ser usada em todos os organismos, o que abre o campo para tratar de um leque enorme de doenças que acometem os seres humanos (SANDER e JOUNG, 2014).

A técnica promete muito para a ciência médica e muitos cientistas se preocupam com o crescimento do campo em um grau tão acelerado. Isso porque toda pesquisa científica que lida com a vida humana e usos tão humanamente invasivos quanto engenharia genética, precisa de tempo para diversos aprendizados sociais e não apenas científicos, para muita experiência, testes, para que, apenas aí, possam se usados com segurança em humanos. O fato é que o ritmo não está obedecendo estes imperativos que são, em última análise, de natureza ética, tratando da saúde humana e dos possíveis danos trazidos pela ciência. A CRISPR Cas9 trás a tona diversos problemas éticos como o princípio de não maleficência em avaliações de risco. Há problema dessa edição do genoma em linha germinal e para evitar problemas ecológicos ou mesmo o uso para aprimorar a genética humana. No campo de edição dos genes a nível embrionário, trata-se da área mais eticamente problemática, pois é possível criar certa imunidade já no útero da mulher, mas, ao mesmo tempo, esses remédios pré-natais pode trazer o problema ético advindo da possibilidade em se controlar, por exemplo, graus de inteligência em bebês ou personalizar este de quaisquer outras formas em um futuro (ou agora!) quando esta técnica estiver muito mais avançada.

O grande problema ético não incide, assim, sobre a busca para curar doenças, mas sim pelas possibilidades de “melhoramento” genético da humanidade, mas especificamente nas células germinativas: desempenho esportivo, aspectos físicos, longevidade, o que é de interesse da sociedade melhorar, na medida em que existe, mesmo que remota, possibilidade de realizar isso.

A questão quando se associa a funcionalidade da CRISPR cas9 aos seres vivos com genomas sequenciados, torna-se possível realizar alterações na informação genética de qualquer espécie e, mais problemático ainda, da espécie humana. Isso traz a possibilidade de que a alteração seja hereditária. A edição dos genes abre um horizonte para aplicações terapêuticas, já que grande parte das doenças são de origem genética ou são geneticamente orientadas, sendo muitas das doenças advindas da ocorrência de mutação única em genoma, ou melhor, monogênicas. Devido a isso, a CRISPR cas9 pode reparar genes que sofreram mutação, e eliminar esta mutação, tornando impossível a doença ser transferida aos filhos.

Outra aplicação está na pesquisa pré-clínica e biomédica. Fornece métodos fáceis de estudar vias moleculares, assim como as funções de genes e proteínas em diversos organismos e criar modelos para estudo de doenças. Pela inserção ou inativação do DNA no genoma da célula eucariótica com uso da CRISPR cas9, e o estudo do fenótipo consequente e o comportamento biológico de determinados organismos geneticamente modificados, pode-se analisar as diferentes vias moleculares e celulares que estão ligadas aos mecanismos patológicos e fisiológicos de doenças variadas que afetam a humanidade.

Certamente, essas pesquisas na biomedicina trazem possibilidades positivas para obter novas terapias e melhorar a saúde humana. Diversos projetos têm explorado a CRISPR Cas9 para lidar com o HIV, câncer e corrigir mutação como distrofia muscular de Duchenne, dentre outros problemas.

Tais aspectos divergentes sobre as consequências da melhoria humana por meio de caminhos biotecnológicos caracterizam um dos mais importantes problemas no campo da ética aplicada. Assim, o futuro da humanidade foi previsto por alternativas vagas com problemas do tipo “bom versus mal”. Deste modo, já se descortina uma divisão biopolítica entre os que são a favor do melhoramento genético e os que não são a favor. Para os autores, há aqueles que acreditam que há um grande leque de possibilidades e melhorias que devem ser aproveitadas e que as pessoas são livres para usa-las e se melhorarem. Já o lado pessimista ou conservador, pensam que não se deve modificar de forma substancial, radical, a biologia e a condição humana (SAVULESCU, 2009). Agar (2004) defende que os bioconservadores não o são assim em um sentido estritamente tradicional, mas em uma maneira fundamental, já que no lugar de proteger algumas maneiras de agir, se veem como protetores da humanidade e de seu significado.

O Biodireito se insere dentro de todo este contexto como esfera de reflexão e ação necessária. Isso porque está havendo avanços rápidos no poder da ciência de impactar

de forma não apenas positiva, mais negativa o ser humano física, afetiva e moralmente. Ele pode ajudar não apenas na legislação sobre engenharia genética, mas também na mudança de paradigmas disciplinares, abrindo o Direito para conceitos de outras áreas distantes, como biologia e medicina. Assim, segundo o artigo intitulado Biodireito e suas implicações nas pesquisas em genética humana, de Matias et al., (2013),

Os rápidos avanços e inovações tecnológicas, especialmente nas terapias gênicas, impõem a necessidade de romper com paradigmas disciplinares, indo rumo a perspectivas transdisciplinares no que se refere ao papel do biodireito relacionado à bioética, no intuito de resolver os problemas sociais de natureza biotecnológica. O biodireito, agindo nestas práticas, não pretende coibir os avanços, mas contribuir para que sejam desenvolvidos tendo resguardado o princípio da dignidade da pessoa humana. (MATIAS et al., 2013, p. 99)

A importância desta área não é difícil de se compreender. Toda ciência nasce quando nasce novos problemas cujas ciências existentes não conseguem lidar de forma adequada. O problema da engenharia genética é algo novo, e seu potencial de impactos morais, físicos e afetivos nas sociedades humanas é de tamanha proporção que torna necessária uma área específica que seja especializada em estudar o assunto, oferecendo doutrina adequada. Não a toa, Matias et al., (2013) afirma que o Biodireito é uma resposta a realidade atual.

O biodireito é a parte do Direito que aborda a teoria, a legislação e a jurisprudência atinentes às normas regulamentares da conduta humana diante dos avanços da biotecnociências. Os pilares deste componente jurídico se encontram em três áreas peculiares: o Direito Civil, o Direito Constitucional e o Direito Penal, e têm o objetivo principal de garantir a proteção da dignidade do ser humano, frente às novas tecnologias da biomedicina e das biotecnológicas na sociedade contemporânea. Neste sentido, o biodireito representa a resposta do direito aos desafios advindos dos avanços científicos que desafiam a argúcia da jurisprudência, pois nem tudo aquilo que é possível tecnicamente, é ético. Neste contexto, as vias normativas da interface entre bioética e Direito são explícitas, visto que coexistem normas bioéticas que também apresentam natureza jurídica, como: a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos; a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos; e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Portanto, as atividades que envolvem seres humanos no âmbito das ciências aplicadas à vida, são interdisciplinares envolvendo a bioética e o campo jurídico, quando uma mesma norma pode ser entendida à luz desta dupla natureza visando a segurança e a integralidade do indivíduo. (MATIAS et al., 2013, p. 98)

A ideia de biodireito está alinhada com a necessidade lógica de surgimento de qualquer área nas ciências sociais. Até o século XVIII, só existia a filosofia, e esta foi se desmembrando em várias ciências. A revolução industrial e francesa deu lugar a necessidade da sociologia e da antropologia, assim como da ciência política, apesar de os filósofos lidarem com questões similares e até as mesmas em muitos casos. O Direito

ambiental também surgiu a partir da necessidade de lidar com a depredação do meio ambiente. Pode-se dizer que, de fato, o Biodireito e sua necessidade opera de forma exatamente similar a necessidade de um Direito ambiental ou de um Direitos Humanos. Trata-se de uma especialidade dentro da ação e reflexão jurídica alinhada a dar resposta para novas questões cujas áreas anteriores, embora tentem e até certo tonto lidem com ela de forma razoável, prescinde de avanços disciplinares novos.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ciências que se debruçam sobre as relações sociais, a qual o Direito se encaixa, surgiram pela mesma necessidade que deram origem as ciências naturais: uma área especializada para responder a um conjunto de questões específicas. A economia surgiu para explicar os fenômenos do mercado, do fluxo de capitais. A Sociologia surgiu para explicar as instituições e as relações de poder. A antropologia surgiu para explicar as diferenças culturais e as diversas especificidades de grupos, comunidades, classes e sociedades inteiras. O Direito surgiu da necessidade de sistematização da reflexão e ação social relacionada a atuação do Estado, que age, desde a fundação da república, sob a soberania popular.

Assim como o Direito, as diversas áreas de divisão, como constitucional, ambiental, civil, criminal, direito da família, dentre muitos outros, foram subdivisões fundamentais ocorridas em resposta a demandas de ação e reflexão sobre inúmeras questões e esferas da vida.

Com o aumento substancial da capacidade humana de intervenção a nível de DNA, de procedimentos cada vez mais invasivos em medicina tanto em pesquisas como na esfera clínica, passou a ser demandado do Direito um tipo de reflexão e ação mais específica, surgindo daí o Biodireito, que busca lidar juridicamente com os problemas da bioética.

REFERÊNCIAS

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. Reprodução Humana Assistida e suas conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 21.

DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do biodireito. 2. ed. aumen. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 06.

BARRETO apud FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. Reprodução Humana Assistida e suas conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2010, p. 25.

SÁ, M. F. F.; NAVES, B. Manual de biodireito. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey; 2015.

DANTAS, I. A era da biotecnologia: constituição, bioética e biodireito. [Internet]. [s.d.]. Disponível em: <https://silo.tips/download/prof-dr-ivo-dantas-2>.

MORIN, E. Ciência com Consciência. Ed. Publicações Europa-América, Lda, Portugal: 1994.

BRADLEY, A.; RAMIRES-SOLIS, R.; ZHEHG, H.; HASTY, P.; DAVIS, A. Genetic manipulation of the mouse genome via gene targeting in embryonic stem cells. *Ciba Foundation Symposium*, v. 165, p. 256-69, 1992.

KIPPER, Délio José. CLOTET, Joaquim. Princípios da Beneficência e da Não- Maleficência. Iniciação à Bioética, Conselho Federal de Medicina, Brasília, p. 111-124, 1998. Disponível em: <<http://www.cro-rj.org.br/fiscalizacao/ETICA%20PRINCIPIOS%20DE%20BIOETICA.PDF>> Acesso em: 07 nov. 2010.

BORBA MN, Hossne WS. Bioética e direito: biodireito? Implicações epistemológicas da bioética no direito. *Bioethikos*. 2010; 4 (3).

JONSEN AR. The birth of bioethics. New York: Oxford University Press; 1998. p. 345.

ALBANO, Lílian Maria José. Biodireito: Os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos. São Paulo: Editora Atheneu, 2004, p. 18.

BAKER, M. Gene- editing nucleases. *Nature Methods*, v. 9, p. 23-26, 2012.

PATTANAYAK, V.; RAMIREZ, C. L.; JOUNG, J. K.; LIU, D. R. Revealing off-target cleavage specificities of zinc-finger nucleases by in vitro selection. *Nature Methods*, v. 8, n. 9, p. 765–770, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 13 de out. de 2010.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-obiodireito>>. Acesso em: 16 out. 2010.

BHAYA, D.; DAVISON, M.; BARRANGOU, R. CRISPR-Cas Systems in Bacteria and Archaea: Versatile Small RNAs for Adaptive Defense and Regulation. *Annual Review Genetics*, v.45, p. 273–97, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 119.

CASABONA, C. M. R. O direito biomédico e a bioética. In: Casabona CMR, Queiroz JF, coordenadores. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey; 2005.

FABRIZ, D. C. Bioética e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Mandamentos; 2003.

SANDER, J. D.; JOUNG, K. K. CRISPR Cas9 systems for editing , regulating and targeting genomes. *Nature Biotechnology*, v. 32, n. 4, p. 347-55, 2014

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e Jurisprudência. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46.

HAVEL apud ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e o biodireito. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6522/tecnicas-de-reproducao-assistidae-o-biodireito>>. Acesso em 16 out. 2010.

SANTOS, M. C. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001.

AGAR, N. Liberal eugenics. In.: Defense of human enhancement. Oxford: Blackwell Publishing, 2004.

HRYNIEWICZ, Regina Fiúza Sauwen Severo. O Direito "in vitro": Da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 1997, p. 48.

CHIARNI JUNIOR, Enéas Castilho. Noções Introdutórias sobre biodireito. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664>>. Acesso em: 12 out. 2010.

CAPÍTULO 19

DIREITO EM ONCOLOGIA

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 28/12/2020

Roseane de Oliveira Lyrio

Egressa do curso de Licenciatura em Ciências
Biológicas - EAD
Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)
Espírito Santo, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/9119854992547544>

Jessica Paquiela Prates

Egressa do curso de Licenciatura em Ciências
Biológicas - EAD
Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)
Espírito Santo, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/4690853096284985>

Débora Dummer Meira

Departamento de Ciências Biológicas (DCBio)
Universidade Federal do Espírito Santo (UFES)
Espírito Santo, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/7199119599752978>

RESUMO: O câncer é a segunda causa de morte por doença no Brasil e, de acordo com o Instituto Nacional de Câncer (INCA), as estimativas para o ano de 2020 foram de 625.000 novos casos, acompanhando a mesma magnitude observada no mundo. O tema dos direitos dos pacientes com neoplasia maligna é um assunto hodierno e muito importante e sua discussão se faz extremamente necessária. Dessa maneira, este capítulo apresenta um panorama dos direitos dos pacientes com neoplasia maligna no Brasil. Grande parte desses direitos está elencado na

Constituição da República Federativa do Brasil, além da legislação ordinária. Esses direitos são, principalmente, de cunho individual e têm como principal finalidade, a tutela do bem jurídico vida. No decorrer do capítulo foram abordados temas relacionados com o conceito de doença grave apresentado pelo sistema legal brasileiro. O trabalho abordou os direitos fundamentais constituídos em nossa Magna Carta de 1988, principalmente, no que tange ao direito social à saúde, demonstrando a importância desse direito como fundamento para uma vida digna da pessoa humana. Expressa-se, sobremaneira, como um núcleo mínimo de direito para a sobrevivência e a garantia da dignidade da pessoa humana. Concomitante, pode-se observar princípios imprescindíveis ao exercício e a garantia desses direitos como o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial. Foram elencados os principais direitos existentes no nosso ordenamento jurídico, além de trazer discussões acerca da judicialização das políticas públicas de saúde, tendo em vista o não cumprimento por parte do Estado na promoção desses direitos. Com relação ao prazo processual, destacamos a importância da celeridade em decorrência do pouco tempo de vida que o paciente com câncer possui. Várias fontes foram utilizadas para a construção desse capítulo, como livros, cartilhas virtuais, consultas na internet, entre outros. Nesse ínterim, faz-se necessário um trabalho de conscientização e divulgação desses direitos aos indivíduos, tendo em vista que, na maioria das vezes, as pessoas deixam de exercer seus direitos por não os conhecerem. Trabalhamos com o princípio da eficácia vertical dos direitos

fundamentais tendo como fundamento a proteção do poder Estatal em face do indivíduo, principalmente quando este se encontra em um momento de grande fragilidade física, emocional e financeira, no tocante ao restabelecimento de sua saúde, requisito para uma vida digna. Tudo isso demonstrou a imprescindibilidade do conhecimento e esclarecimento da população com relação aos seus direitos e a forma de exercê-los.

PALAVRAS-CHAVE: Câncer. Direitos dos Pacientes Oncológicos. Direito à Saúde. Judicialização em Oncologia. Legislação da Saúde.

LAW IN ONCOLOGY

ABSTRACT: Cancer is the second leading cause of death from disease in Brazil and, according to the National Cancer Institute (INCA), estimates for 2020 were 625,000 new cases, following the same magnitude observed worldwide. The theme of the rights of patients with malignant neoplasia is a matter of today and very important and its discussion is extremely necessary. Thus, this chapter presents an overview of the rights of patients with malignant neoplasia in Brazil. Most of these rights are listed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, in addition to ordinary legislation. These rights are mainly of an individual nature and have as their main purpose, the protection of the legal good life. During the chapter, topics related to the concept of serious disease presented by the Brazilian legal system were addressed. The work addressed the fundamental rights constituted in our Magna Carta of 1988, mainly with regard to the social right to health, demonstrating the importance of this right as a basis for a life worthy of the human person. It is expressed, in a great way, as a minimum nucleus of right for survival and the guarantee of the dignity of the human person. At the same time, one can observe principles essential to the exercise and the guarantee of these rights as the principle of reservation of the possible and the principle of the existential minimum. The main rights existing in our legal system were listed, in addition to bringing discussions about the judicialization of public health policies, with a view to the state's non-compliance in the promotion of these rights. Regarding the procedural deadline, we highlight the importance of speed due to the short life time that the cancer patient has. Several sources were used to build this chapter, such as books, virtual booklets, internet consultations, among others. In the mean time, it is necessary to raise awareness and disseminate these rights to individuals, considering that, in most cases, people stop exercising their rights because they do not know them. We work with the principle of vertical efficacy of fundamental rights based on the protection of State power in the face of the individual, especially in a moment of great physical, emotional and financial fragility, with regard to the restoration of his health, a requirement for a dignified life. All this demonstrated the imprescindibility of the knowledge and clarification of the population in relation to their rights and how to exercise them.

KEYWORDS: Cancer. Cancer Patients' Rights. Right to Health. Judicialization in Oncology. Health Legislation.

1 | INTRODUÇÃO

Atualmente, o câncer é a segunda causa de morte por doença no Brasil e, de acordo com o Instituto Nacional de Câncer (INCA), as estimativas para o ano de 2020 foram de

625.000 novos casos, acompanhando a mesma magnitude observada no mundo. Dentre esses casos, os tumores de cólon e reto (20.500 novos casos) e próstata (65 mil novos casos) serão os mais frequentes no sexo masculino, enquanto que no sexo feminino as maiores ocorrências serão os tumores de mama (66 mil novos casos) e cólon e reto (20 mil novos casos). Apesar da existência de estratégias eficazes de prevenção, o câncer no Brasil continua sendo o segundo causador de mortes entre as mulheres e homens (INCA, 2020).

O termo tumor ou neoplasia caracteriza-se por uma massa anormal de tecido com crescimento que excede os limites anatômicos do tecido sadio. Os tumores podem ser benignos, não apresentando, em geral, risco de levar à morte, ou malignos. Câncer é o termo utilizado para todos os tumores malignos e compreende um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento desordenado (maligno) de células que invadem outros tecidos e órgãos, adjacentes ou não.

O surgimento do câncer é caracterizado pelo aparecimento de alterações genéticas (mutações) que se acumulam progressivamente no DNA de uma célula normal (HANAHAN e WEINBERG, 2000). Dessa maneira, para que a carcinogênese se desenvolva, algumas etapas devem ser percorridas, destacando-se nesse contexto os estágios de “indução”, “promoção” e “progressão” celulares, passos esses que contribuem para a transformação celular.

No estágio da indução, vários fatores externos causam a lesão do DNA, destacando-se radiação UV, agentes químicos, álcool, tabaco e vírus oncogênicos (Epstein-Barr, papiloma vírus humano (HPV), vírus da Hepatite B e C). Todos estes fatores poderão gerar uma mudança irreversível do genótipo da célula normal progenitora, produzindo uma célula “iniciada” (HANAHAN e WEINBERG, 2000).

O segundo estágio (promoção) consiste na ativação de oncogenes e/ou inativação de genes supressores, que regulam a proliferação e morte celular. As células que perderam esses controles de proliferação e homeostase acabam por adquirir características associadas à progressão tumoral e são denominadas células “transformadas”, porque já não possuem mais as características replicativas de uma célula “normal” (HANAHAN e WEINBERG, 2000).

O terceiro e último estágio da carcinogênese é chamado de “progressão”, onde há a mudança do microambiente celular, com o objetivo de manter o desenvolvimento do processo maligno e expansão clonal. Durante esta fase, são produzidos fatores de crescimento e citocinas, necessários para o crescimento das células imortalizadas, angiogênese, invasão tecidual e capacidade de gerar metástases. Dessa maneira, o câncer pode ser considerado uma doença genética complexa que resulta de alterações simultâneas e/ou sequenciais em genes relacionados à proliferação, diferenciação e morte celular (HANAHAN e WEINBERG, 2000).

Várias linhas de evidência sugerem que a carcinogênese em humanos é um

processo múltiplo, composto por várias etapas, que refletem as alterações genéticas que dirigem a transformação progressiva das células normais em clones malignos. Com base nesta hipótese, foi sugerida a existência de seis alterações essenciais na fisiologia de uma célula normal que, coletivamente, permitem o surgimento das neoplasias e que são compartilhadas pela maioria dos tumores humanos. Tais alterações são: auto-suficiência em fatores de crescimento, insensibilidade a fatores inibitórios de crescimento, evasão a apoptose, potencial replicativo ilimitado, angiogênese sustentada e invasão tecidual (metástase) (HANAHAN e WEINBERG, 2000).

Todo indivíduo diagnosticado com neoplasia maligna, *a priori*, não sabe como se comportar, como proceder diante de tal situação. Além de todos os abalos emocionais, físicos e ainda sofrem com a situação financeira, pois o tratamento é longo, moroso, de alto custo para o paciente e sua família. Não raramente surge a dúvida de onde irá se tratar: na rede pública de saúde ou na privada, quando o paciente possui plano de saúde. Neste último caso, o indivíduo perpassa pela negativa do plano de saúde em realizar o tratamento. Sofre com a dúvida, caso na rede pública, se o SUS (Sistema Único de Saúde) irá garantir o tratamento integralmente.

São muitos problemas a serem pensados por indivíduos que estão diante de um abalo emocional muito grande. Segundo a Organização Mundial da saúde - OMS, cerca de 1 milhão de pessoas são diagnosticadas com câncer anualmente. Esses dados ainda se tornam mais gravosos, quando se leva em consideração que nem todos os casos são registrados e tratados. Desta feita, esse número é ainda maior levando esse fator em consideração.

Levando em consideração o já exposto, a Constituição Federal de 1988 garante, como direito fundamental do indivíduo o direito à saúde e saúde de qualidade.

Nesse íterim, surgem percalços que atrapalham e desestimulam os pacientes de neoplasia maligna na progressão do tratamento tendo em vista as barreiras encontradas na oferta desse tipo de serviço, a falta de informação dos portadores de câncer, dos seus familiares e até mesmo dos operadores do direito.

Nesse liame, o presente trabalho traz o seguinte tema: “Direito em Oncologia”. Esses direitos estão elencados em nosso ordenamento jurídico em vários documentos como, leis, decretos, resoluções, transformados em cartilhas para que se possa divulgar com mais eficiência essas informações.

Com base no que foi ressaltado, o capítulo apresenta os direitos que os pacientes com neoplasia maligna possuem e como acioná-los em caso de omissão do Estado.

O direito à saúde está intimamente ligado ao direito à vida e o acesso a esses direitos pressupõem um direito à igualdade e à segurança jurídica, àquela que permite que o cidadão (indivíduo) que se sentir lesado pela ação ou omissão do Estado busque o judiciário para sanar esses conflitos.

A falta de oferta, pelo poder público, para suprir a demanda por uma saúde, que

garanta um mínimo existencial, passou a ocasionar uma demanda judicial crescente, com intuito de obrigar o Estado a cumprir com um dever imposto em lei. A ausência injustificada do Estado na política de saúde causa uma imensa mobilização do judiciário brasileiro, que se vê acuado para dizer os direitos dos pacientes, que já estão ditos na constituição federal. Não raras vezes os pacientes não conseguem obter uma resposta a tempo do judiciário, haja vista que os processos são muitos e o judiciário não consegue atender com a urgência que o caso necessita.

2 | METODOLOGIA

O procedimento metodológico empregado foi o de cunho bibliográfico com intuito de possibilitar a criação de uma base teórico-documental, nos quais foram analisados os números de ações judiciais envolvendo pacientes com neoplasia maligna, por meio do sites oficiais dos Tribunais de Justiça, PGU (Procuradoria Geral da União), TCU (Tribunal de Contas da União) e Portal da Transparência, bem como revistas e jornais atualizados.

Foram desenvolvidos estudos bibliográficos dos conceitos envolvendo a temática trabalhada tais como Saúde, Direito, Orçamento/Financiamento, Sistema Único de Saúde (SUS) e Judicialização.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Doença grave

É difícil fazer a conceituação de doença grave. O termo doença pode ser conceituado como o *status* proveniente de um processo de infecção e/ou inflamação. Depende da situação de cada pessoa. A doença grave pode ser compreendida como a enfermidade que, de acordo com as características de cada indivíduo e da doença, pode colocar em risco a vida do paciente, além disso, precisam de uma atenção especial no tratamento ou cause incapacidades no paciente. (Disponível em: www.banifib.pt/Banif/Document/1_Doenca_Grave_Geral.pdf. Acesso em 23 dezembro 2020).

O sistema legal brasileiro estabelece uma relação de doenças que são consideradas graves, pois, de acordo com as características do indivíduo, o tratamento muitas vezes é prolongado, existe risco para a vida da pessoa, além da possibilidade do acarretamento de sequelas e incapacidades. (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Lei7713/88,art.6,inciso XIV>; Acesso em 23 dezembro 2020).

3.2 Dos direitos fundamentais

O direito à saúde está inaugurado no Capítulo II – Dos Direitos Sociais, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da nossa Magna Carta. O texto constitucional estabelece que a saúde é um direito social de todas as pessoas, sem distinção de qualquer

natureza, cujos prestadores não podem deixar de atender quem quer que seja. Esse direito de segunda dimensão, caracteriza-se por um dever prestacional do Estado, uma dimensão positiva, um dever fazer, um dever prestar, exige um comportamento ativo de concretização de uma justiça social (MORAES, 2020).

Ao Estado é conferida originariamente a competência para a promoção e financiamento do direito à saúde. Essa competência está atrelada, não somente, ao dever de cura, mas também ao dever de prevenção de debilidades na saúde de seu povo (MORAES, 2020).

Esse dever prestacional do Estado, no que concerne às ações e serviços de saúde, é realizado de forma nacionalmente coordenada, mediante um sistema regionalizado e hierarquicamente organizado, denominado Sistema único de Saúde – SUS, do qual são corresponsáveis os entes políticos do Estado, assim descritos: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios (MORAES, 2020).

Por mais que a lei maior brasileira estabeleça que a saúde é um direito social de todo indivíduo, caracterizando a universalidade, constantemente nos deparamos com tratamentos desiguais nas suas várias acepções. O Poder Público não concretiza as ações e serviços de saúde, em suas diversas modalidades, as regiões mais pobres do Brasil sofrem com a falta de investimentos. Desta feita, não basta a consagração do direito na Constituição Federal, é imperioso garantir sua efetividade. Uma coisa é consagrar, estabelecer, codificar. Outra coisa é promover, garantir o acesso igual a todos dos que dele são titulares.

O mínimo existencial deve ser analisado como base e alicerce da vida humana. Esse mínimo existencial está atrelado a ideia de um conjunto de direitos essenciais à própria vida, a própria existência do ser humano. São direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que exigem do Estado uma dever de agir, uma prestação material, ou como os doutrinadores costumam afirmar: direitos que possuem uma dimensão positiva (CANOTILHO, 1998).

Com o objetivo de minimizar problemas de saúde, enfermidades, doenças, a política pública de saúde passa a ter um caráter universal, além de tornar todo o aparelho administrativo estatal corresponsável pelo financiamento de forma solidária. Antes da Constituinte de 1988 a responsabilidade pelo financiamento da saúde era apenas da União. Com o advento da nossa Carta Magna, todos os entes políticos passam a ter responsabilidades de acordo com o princípio da predominância do interesse (CURY, 2005).

Após isso, foi editada a lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabelece as diretrizes para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, que ao criar o SUS – Sistema Único de Saúde determinou de forma articulada entre os entes federados, uma reestruturação e aprimoramento do sistema de saúde, bem como a gestão das informações relativas a ele.

O Sistema Único de Saúde é considerado um dos maiores aparatos de saúde pública

do mundo, sendo o único sistema a assumir de forma integral e universal a gratuidade na oferta a todas as pessoas, portadores do vírus HIV, pacientes renais crônicos e pacientes com neoplasia maligna (CURY, 2005).

3.3 Direitos dos pacientes com neoplasia maligna no ordenamento jurídico brasileiro

Primeiramente há de se destacar a importância da documentação comprobatória do diagnóstico da neoplasia maligna, tanto para o paciente, quanto para o advogado e o médico. Existe uma preocupação com armazenamento desses laudos, fichas, consultas, exames, radiografias, tomografias, para, caso necessário, na falta de prestação dos serviços de saúde pelo Estado, o paciente venha a ingressar em juízo para reivindicar a garantia de seus direitos (CURY, 2005).

Muitas pessoas, principalmente os pacientes de câncer, ficam tão preocupados e fragilizados com a debilidade física e emocional, num possível diagnóstico de câncer que, quase sempre, esquecem que os documentos devem ser guardados de forma correta para se assegurar seus direitos.

Esse mau armazenamento dos documentos comprobatórios da doença pode comprometer o paciente tanto em sua situação médica como em sua situação jurídica.

A partir do diagnóstico da doença, com documento comprobatório hábil, o paciente passa a gozar de vários direitos elencados no nosso ordenamento jurídico (CURY, 2005), que serão apresentados a seguir.

3.3.1 Benefício de prestação continuada

O benefício de prestação continuada, previsto no art. 203, V da CF/88, consiste numa garantia de recebimento de um valor, não inferior a 1 (um) salário mínimo, pago a pessoas portadoras de deficiência (e aqui inclui-se o paciente com neoplasia maligna) e idosos com 65 anos ou mais, desde que comprovem não possuir outros meios de subsistência. Esse benefício é pago independentemente de contribuição previdenciária para esta finalidade (DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>; Acesso em 23 dezembro 2020).

3.3.2 Auxílio Doença

Para fazer jus ao benefício previdenciário do auxílio doença, o segurado e, somente este, compreendido como aqueles indivíduos que contribuem para o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), podem solicitá-lo. Para tanto é necessário que o segurado fique incapacitado para o exercício do trabalho ou atividade habitual por mais de 15 dias, mediante perícia médica oficial do INSS (DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org>).

3.3.3 Aposentadoria pelo INSS

A lei 8.213/91 em seu art. 151 estabelece que o segurado acometido de doença incapacitante para o exercício de atividade laborativa, tem direito a aposentadoria por invalidez independentemente de carência.

Segundo Barbosa (2010) a aposentadoria por invalidez para que seja concedida é necessário que o indivíduo preencha alguns requisitos:

- A pessoa deve ser segurada do INSS, ou seja, precisa estar cadastrada na Previdência Social. Isso não significa que precisa estar contribuindo;
- O benefício não é baseado no salário integral. Será calculado com base na média dos salários de contribuição correspondente a 80% de todo o período em que o indivíduo contribuiu;
- A aposentadoria não pode ser inferior a 1 (um) salário mínimo, nem superior ao maior salário de contribuição;
- O segurado faz jus ao abono anual, nas mesmas condições da gratificação natalina dos demais trabalhadores.

3.3.4 Pensão por morte

Pago aos dependentes do *de cujus*, o benefício da pensão por morte não exige carência, contudo, o falecido precisa ter a condição de segurado. O benefício pode ser solicitado via telefone (Número 135), pelo site da Previdência Social ou nos postos do INSS, mediante comprovação das exigências legais (Secretaria de Previdência Ministério da Fazenda. Disponível em: www.previdencia.gov.br; Acesso em 23 dezembro 2020).

3.3.5 Licença de saúde e aposentadoria para servidores públicos

O servidor público portador de câncer tem direito de se afastar do serviço (licença saúde), garantidas sua remuneração e a contagem do tempo de serviço, sendo que neste último caso o afastamento não supere 24 meses (Secretaria de Previdência Ministério da Fazenda. Disponível em: www.previdencia.gov.br; Acesso em 23 dezembro 2020).

No caso de aposentadoria por invalidez, o servidor público tem direito ao benefício com proventos integrais mesmo não tendo completado o tempo integral de serviço, em razão de ter sido acometido por uma das doenças elencadas no art. 186 da lei 8112/90.

3.3.6 Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é uma contribuição correspondente a 8% incidente na remuneração mensal do empregado paga pelos empregadores de acordo com

a lei 8.036/90. Essa quantia é depositada numa conta vinculada em nome dos empregados de acordo com o disposto no art. 15 da lei nº 8.036/90.

Vários são os motivos ensejadores da retirada, pelo empregado, desse benefício. Uma dessas hipóteses, incluída pela lei nº 8.922/94 que alterou a lei 8.036/90, foi o caso do trabalhador ou de seus dependentes serem acometidos por neoplasia maligna.

3.3.7 PIS/PASEP

Nas mesmas condições do FGTS, o PIS/PASEP poderá ser concedido ao empregado acometido de neoplasia maligna ou algum de seus dependentes. Basta para o empregado receber o PIS se apresentar em uma agência da Caixa Econômica Federal munido dos documentos necessários (vide documentos do FGTS) e solicitar a retirada do benefício (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br>>. Acesso em 23 dezembro 2020).

Caso seja funcionário público (ou seus dependentes) este fará jus ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP) que é depositado no Banco do Brasil. Neste caso o servidor deverá procurar uma agência do Banco do Brasil e apresentar os documentos necessários (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br>>. Acesso em 23 dezembro 2020).

3.3.8 Isenção Fiscal

O paciente com câncer, aposentado, reformado ou pensionista, estão isentos do pagamento do Imposto de Renda (IR). Essa isenção deve ser concedida ao aposentado ou pensionista mesmo que doença tenha sido diagnosticada após a concessão da aposentadoria. (DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>; Acesso em 23 dezembro 2020).

Não existe limite de ganhos para a incidência da isenção. Qualquer valor recebido pelo paciente está imune à tributação de renda. (DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>; Acesso em 23 dezembro 2020).

Após a solicitação ao órgão concedente da aposentadoria, o paciente é isentado do pagamento do Imposto de Renda automaticamente. Além disso, aos pacientes que solicitarem a isenção após algum tempo da doença, poderá solicitar a restituição do IR, com pedido retroativo máximo de 5 anos. (DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>; Acesso em 23 dezembro 2020).

Aos pacientes que não estão aposentados ou reformados, a lei não prevê tal

benefício. Deste modo, com uma lacuna na legislação vigente, deverá o doente se socorrer ao judiciário para que seja concedida igual isenção. (DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>; Acesso em 23 dezembro 2020).

Não obstante, não restará isento o paciente de câncer de apresentar a declaração anual de imposto de renda mesmo que lhe seja concedida a isenção. Deverá fazê-lo regularmente. (DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>; Acesso em 23 dezembro 2020).

Além dessa isenção, também são garantidos aos pacientes de neoplasia maligna, a imunidade tributária nos casos de IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) na compra de veículo para utilização no transporte autônomo. Esse pedido de isenção deve ser direcionado ao Delegado da Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária (DERAT) em três vias originais, com os respectivos documentos exigidos por lei. (INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. Direitos sociais da pessoa com câncer. 2. ed. Rio de Janeiro: INCA, 2011).

Outra imunidade tributária na compra de veículo é do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Prestação de Serviços). Nesse caso o paciente deverá consultar a legislação de seu Estado para cumprir os requisitos legais para sua concessão (INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. Direitos sociais da pessoa com câncer. 2. ed. Rio de Janeiro: INCA, 2011).

O IOF (Imposto sobre Operações Financeiras) poderá ser conferido ao paciente neoplásico maligno, para financiamento de veículo, nos mesmos moldes do ICMS. Contudo, essa isenção só poderá ser concedida apenas uma vez e, caso o paciente venda o veículo antes de 3 anos de sua aquisição, deverá fazer o recolhimento do referido imposto (BARBOSA, 2010).

Alguns Estados da Federação já prevêem na legislação estadual isenção do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) para pacientes com câncer. Nesse caso, como o IPVA é um imposto Estadual, o paciente com câncer deverá verificar se há legislação correspondente em seu Estado (Disponível em: www.fazenda.sp.gov.br/ipvanet/paginas/legislacao.shtm). Acesso em 23 dezembro 2020).

3.3.9 Reconstituição Mamária

Toda paciente com mutilação total ou parcial da mama decorrente do câncer, tem direito à gratuidade da cirurgia plástica de reconstrução mamária, desde que haja recomendação do médico responsável (DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org>).

org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer; Acesso em 23 dezembro 2020).

A Lei nº 9.797, de 06/05/99, estabelece que o Sistema Único de Saúde (SUS) é obrigado a oferecer gratuitamente a cirurgia de reconstrução da mama, nos casos de recomendação médica, das pacientes com mutilação na mama.

Além dessa lei, temos a Lei nº 10.223, de 13/05/01, que obriga os planos de saúde e seguros privados a fornecerem a cirurgia plástica reparadora nos casos de mutilação proveniente do câncer.

3.3.10 Planos de Saúde

Aos planos de saúde é vedada a regulamentação de prazo de internação ou de permanência em UTI's. Além disso, os planos de saúde devem fornecer, durante a internação, a cobertura total de radioterapia, quimioterapia, transfusões, entre outros procedimentos necessários ao tratamento do paciente com câncer (DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>; Acesso em 23 dezembro 2020).

3.3.11 Tratamento Fora do Domicílio

Outro direito garantido aos pacientes com neoplasia maligna é o Tratamento Fora do Domicílio. Importante salientar que, possuindo um vasto território, o Brasil através do SUS, não consegue realizar a cobertura de todas as especialidades em matéria de saúde. Contudo, seria inegavelmente, violar o direito à vida e à saúde se não se fornecesse condições e políticas públicas de saúde para essas pessoas quando, não havendo recursos em seu município de origem, o Estado não disponibilizasse uma alternativa de tratamento (BARBOSA, 2010).

Desta feita, surge para o paciente de câncer, caso em sua região não possua o tratamento adequado, o direito a locomover-se para outra região a procura de tratamento equivalente (BARBOSA, 2010).

A Portaria nº 55 de 24 de fevereiro de 1999, da Secretaria de Assistência à Saúde prevê a rotina de Tratamento fora de Domicílio no SUS.

Sabe-se, contudo, que os valores pagos aos pacientes são a título de ajuda de custo, pois não cobrem em sua totalidade os custos de transporte, hospedagem e alimentação. Várias vezes os pacientes, já debilitados e fragilizados com a situação de saúde, ainda sofrem com a desassistência do poder público. O custo de uma locomoção para fora do município de origem é alto e, na grande maioria dos beneficiários, são pessoas carentes e que não possuem condições de arcar com os custos adicionais do tratamento. Essa falta de cobertura integral dos custos viola (e muito) o direito daquele que está por vezes à beira da morte. Isso quando os municípios se recusam a fazer o que a lei determina e, não havendo

outra alternativa, o paciente recorre ao judiciário para ter garantida a prestação estatal. Ou seja, mais um desgaste para aquele que já não possui forças para seguir adiante (BARBOSA, 2010).

3.3.12 Medicamentos de Alto Custo

Outro entrave e, talvez, o mais corriqueiro deles, é a falta de fornecimento dos medicamentos necessários ao tratamento do câncer para o paciente. Os medicamentos são caros, muitos não estão incluídos na tabela do SUS (isso faz com que os medicamentos fiquem muito acima do preço por conta dos impostos) dificultando seu acesso. Quando a indicação médica aponta para o tratamento medicamentoso, muitas vezes o poder público não possui quantidade suficiente para atender a demanda ou ainda não atualizam suas tabelas e, conseqüentemente, não fazem a distribuição gratuita (DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>; Acesso em 23 dezembro 2020).

3.3.13 Celeridade Processual

Sabendo-se que a neoplasia maligna é uma doença grave e que pode acarretar o óbito do paciente, a legislação infraconstitucional decidiu proteger da morosidade processual esses indivíduos.

Assim sendo, a lei nº 12.008/09 alterou o Código de Processo Civil garantindo a prioridade procedimental para os pacientes com doenças graves. Esse dispositivo protege a celeridade processual tanto na esfera judicial quanto na esfera administrativa.

Para gozar o benefício da prioridade processual, o paciente deve fazer um requerimento, apresentando a documentação comprobatória da enfermidade à autoridade judiciária (BARBOSA, 2010).

3.4 Judicialização das políticas públicas

A partir da promulgação da Constituição Cidadã de 1988, após um rompimento com a ordem ditatorial, muitos valores foram incorporados ao nosso ordenamento jurídico, principalmente quanto ao acesso e participação nos processos decisórios do nosso país.

Já no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, o constituinte consagra a instituição de um Estado Democrático de Direito destinado a garantir o exercício dos direitos sociais (podemos destacar o direito à saúde) e individuais (aqui, o acesso à justiça – tema trabalhado por nós), além de outros direitos relativos à liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, justiça, entre tantos outros necessários para a construção de uma sociedade que garanta a dignidade da pessoa humana.

A judicialização, segundo Vallinder e Tate (1995), consiste, em suma, na inversão do polo de decisão que, normalmente incumbe ao Legislativo e ao Executivo, passando para

a esfera do Judiciário. Esse processo ocorre todas as vezes que essas esferas de poder deixam de exercer suas funções típicas, prejudicando o exercício de direitos por parte dos indivíduos que, nesses casos, devem socorrer-se do judiciário.

Essa situação dá-se principalmente pelo fato de a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ter como princípio a inafastabilidade da jurisdição, estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

Os direitos individuais e sociais anteriores à Constituição Federal de 1988 eram encarados como meras normas de caráter programático, não sendo sua oferta e garantia de cunho obrigatório por parte do Estado. Assim o Estado prestava os serviços que eram convenientes e/ou oportunos. Com o advento da constituição de 1988, os direitos individuais passaram a ser de aplicabilidade imediata. Mesmo os direitos sociais que, por sua vez, continuaram como norma programática, o Estado precisa ofertá-los de maneira a garantir o mínimo existencial para o indivíduo (CANOTILHO, 1998).

Quando isso não ocorre, o Judiciário passa a ser o caminho para a solução dos conflitos gerados entre a falta de prestação estatal e o direito individual garantido na Constituição (CITTADINO, 2003).

Germano Schwartz (2001) esclarece que diante da falta de prestação, por parte do Estado, do direito à saúde, este considerado direito público subjetivo e fundamental para a vida humana, não poderá ser abandonada da análise do Poder Judiciário.

Fundamental é destacar as principais causas de judicialização das demandas de saúde em nosso país. Dentre elas, segundo Schwartz (2001), destacamos:

- Burocracia em demasia;
- Financiamento insuficiente;
- Corrupção (talvez esse seja o maior agravador do problema);
- Capacitação precária dos profissionais;
- Ausência de Atendimento Básico de Saúde: os municípios não investem na atenção básica, deixando com que a situação de saúde de sua população se agrave;
- Desvio de finalidade;
- Sucateamento dos equipamentos de saúde;
- Falta de capacitação técnica dos gestores.

Os direitos fundamentais, aqui compreendidos o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, a inafastabilidade da jurisdição (objeto de nosso estudo), tem por objetivo

a limitação do poder estatal em face do indivíduo. Chamada de eficácia vertical, os direitos fundamentais importam numa forma de controle entre o Estado e o indivíduo, fazendo com que o poder estatal e os interesses do Estado não se sobreponha de tal forma que viole direitos mínimos de subsistência do indivíduo (MORAES, 2020).

4 | CONCLUSÃO

Várias linhas de evidência sugerem que a carcinogênese em humanos é um processo múltiplo e complexo e, constatamos neste trabalho, que o câncer é uma das patologias mais graves da atualidade. O indivíduo diagnosticado com a neoplasia maligna enfrenta muitos obstáculos, além dos problemas relacionados com a própria doença (sintomas graves e expectativa de vida reduzida), e se depara com situações burocráticas que, por vezes, retardam o exercício de direitos que lhes são conferidos.

Verificamos que o paciente com neoplasia maligna precisa apresentar documentos pessoais e laudos médicos comprobatórios de sua doença para requisitar algum direito conferido em lei. Muitas vezes, principalmente pela precariedade da política pública de saúde, o paciente demora muito até conseguir toda a documentação necessária e romper com a burocracia em demasia.

A falta de informação pela população é um grande fator dificultador de acesso aos direitos por parte das pessoas com câncer. Durante o decurso deste capítulo, percebemos que o acesso à informação referente aos direitos dos pacientes com câncer é de difícil acesso, fragmentado e apartado. Não se encontram esses direitos compilados em um único documento. São direitos que estão espalhados por várias leis federais, estaduais e até municipais, portarias ministeriais, jurisprudências, doutrinas e julgados.

Para uma pessoa comum, com pouca instrução, o acesso a esses direitos se tornam ainda mais distantes e inócuos. Isso, por sua vez, torna ainda mais penosa a caminhada rumo ao tratamento e possível cura da doença.

Foi observado destarte, que o poder público, que é o responsável por desenvolver e ofertar as políticas públicas de saúde, não tem executado o seu papel. Investem menos que o necessário na área de saúde, dificultam o acesso ao tratamento, desrespeitam o paciente, exigem uma gama de documentações e, finalmente, burocratizam cada vez mais o acesso ao direito à saúde.

Falta universalização do direito à saúde, faltam investimentos por parte de todas as esferas de governo, e, além disso, a moralidade e a probidade administrativa são constantemente violadas. Esse é um preço muito alto para o paciente que depende de um atendimento médico rápido e eficaz para continuar vivo.

Diante desse quadro terminal da política pública de saúde no Brasil, restou para a população conquistar o direito à saúde, constitucionalmente declarado, pelas vias judiciais. Assim, verificamos constantemente a regulamentação/regularização do Poder Executivo

pelo Poder Judiciário, ou seja, o Poder Executivo é chamado a intervir cotidianamente nas demandas de saúde por conta do descaso, da falta de investimentos, da burocratização dos procedimentos, entre outros fatores, na esfera das políticas públicas de saúde.

Não se pode negar que todo e qualquer direito é relativizado. Contudo, não se pode permitir que o poder público, que é o responsável pela oferta do serviço de saúde (nas suas diversas complexidades), utilize-se de manobras e invocações constitucionais, tal qual a reserva do possível, para se eximir da obrigação prestacional.

A judicialização da política pública de saúde, por conseguinte, permitiu ao paciente acessar, através dos órgãos jurisdicionais, os direitos negados pelo poder público. Desta feita, esse acesso ao poder judiciário permitiu que as Cortes brasileiras se aproximassem das mazelas e problemas da comunidade. Além disso, essas cortes puderam ao longo dos anos, tomarem conhecimento das situações de vulnerabilidade, riscos extremos e as fragilidades da gestão pública de saúde.

Essa judicialização das políticas públicas de saúde permitiu também ao julgador conhecer um pouco mais sobre os direitos do paciente com neoplasia maligna, permitindo-o fazer um julgamento eloquente dos casos envolvendo direitos violados desses sujeitos.

Levar ao poder judiciário o conhecimento de lesão ou ameaça de lesão é um direito constitucionalmente garantido ao cidadão. Não é desejável, pelo menos *a priori*, judicializar as questões de saúde. Contudo, diante da insuficiente atuação do poder público na garantia desse direito, resta ao paciente e seus familiares recorrerem às esferas judiciais.

Foi possível verificar, por conseguinte, que o vultoso número de processos envolvendo a política pública de saúde foi propulsor da máquina pública para uma gestão democrática dos serviços de saúde para garantia de direitos basilares à preservação da vida e da dignidade da pessoa humana.

Este trabalho tem por intenção apresentar, mesmo que de maneira sucinta, tendo em vista a enredamento da temática, um panorama das políticas públicas de saúde no Brasil, os principais direitos do paciente com neoplasia maligna, além da responsabilidade do Poder Público de financiar de forma universal e eficaz a política de saúde e ainda, os mecanismos garantidores desse acesso.

Finalmente, ressalta-se que o direito à saúde é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988, universal e necessário ao bem estar do indivíduo, cabendo-lhe, caso o seja negado, recorrer ao Poder Judiciário para sua concretização.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Antonieta Maria. **Câncer, direito e cidadania**: como a lei pode beneficiar pacientes e familiares. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 54.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292p.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Lei nº 8112, de 11 de dezembro de 1990.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Lei nº 9.797, de 06 de maio de 1999.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Lei nº 10.223, de 15 de maio de 2001.

BRASIL. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, 2017. Disponível em: <<http://sistemaunicodesaude.weebly.com/histoacuteria.html>>. Acesso em: 23 dezembro 2020.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br>>. Acesso em 23 dezembro 2020.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CITTADINO, G. **Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ, FAPERJ, 2003.

CURY, I. T. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DEPARTAMENTO JURÍDICO DO HOSPITAL A.C.CAMARGO. Cartilha dos Direitos do Paciente. Disponível em: <http://www.accamargo.org.br/cartilha-dos-direitos-do-paciente-com-cancer>; Acesso em 23 dezembro 2020. Disponível em: http://www.saudevidaonline.com.br/ale_cancer.htm.

Hanahan,D. e Weinberg,R.A. **The hallmarks of cancer**, Cell, 100: 57-70, 2000.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. Direitos sociais da pessoa com câncer. 2. ed. Rio de Janeiro: INCA, 2011.

Instituto Nacional de Câncer/ Ministério da Saúde, Rio de Janeiro (Brasil): INCA, Disponível em: www.inca.gov.br. Acesso: 23 dezembro 2020.

Instituto de Tratamento do Câncer. Disponível em: <http://www.itcancer.com.br>.

Instituto Nacional do Câncer. Disponível em: <http://www.inca.com.br>.

MORAES. Alexandre de. Direito Constitucional. 36 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

_____. **Planalto Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Lei7713/88,art.6,inciso.XIV>. Acesso em: 23 dezembro 2020.

PINEL, H.; SILVA, E.; DOMINGOS. K. **Pedagogia Social: a importância na constituição desse saber fazer a partir de Paulo Freire**. (2010) Disponível em: <<http://www.facevv.edu.br/Revista/Especial%2003/>>

Artigo%205.pdf>. Acesso em: 23 dezembro 2020.

SCHWARTZ, G. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Secretaria de Previdência Ministério da Fazenda. Disponível em: www.previdencia.gov.br; Acesso em 23 dezembro 2020.

Sociedade Gestora de Fundos e Pensões S.A. Banif Açor Penções. Disponível em: www.banifib.pt/Banif/Document/1_Doenca_Grave_Geral.pdf. Acesso em 23 dezembro 2020.

VALLINDER, T.; TATE, C. N. **The Global Expansion of Judicial Power**: The Judicialization of Politics. New York: New York University. 1995.

CAPÍTULO 20

A OBJEÇÃO MÉDICA DIANTE DA POSSIBILIDADE DE INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ E O DIREITO HUMANO À VIDA

Data de aceite: 01/03/2021

Marco Augusto Ghisi Machado

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Juiz de Direito (TJSC)

Regiane Nistler

Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Oficial Interventora junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos/SC (Portaria n.11/2018 da CGJ/SC)

RESUMO: Este estudo objetivou especificamente estudar o direito à vida em relação a objeção médica e a possibilidade da mulher interromper a própria gravidez. O trabalho é dividido em três seções. A primeira busca abordar o direito à vida, enquanto o segundo visa estudar a objeção da consciência na atuação médica e a terceira a interrupção da gravidez pela mulher, momento no qual o estudo, ainda que brevemente, busca analisar a situação objeção da consciência médica X interrupção da gravidez, tendo como norte e pano de fundo o maior bem: a vida, enquanto direito humano e fundamental. O método de abordagem utilizado neste trabalho será o dedutivo. Tal método almeja explicar o conteúdo das premissas, utilizando-se, para tanto, de uma linha de raciocínio em ordem descendente, que parte da análise do geral ao particular para chegar a uma conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto legal. Direito à vida. Objeção de consciência.

THE MEDICAL OBJECTION IN VIEW OF THE POSSIBILITY OF INTERRUPTION OF PREGNANCY AND THE HUMAN RIGHT TO LIFE

ABSTRACT: This study aimed specifically to study the right to life in relation to medical objection and the possibility for women to terminate their own pregnancy. The work is divided into three sections. The first seeks to address the right to life, while the second seeks to study the conscientious objection in medical practice and the third seeks to terminate the pregnancy by the woman, at which point the study, albeit briefly, seeks to analyze the medical conscientious objection situation X termination of pregnancy, with the greatest good as a backdrop and background: life, as a fundamental and human right. The approach method used in this work will be the deductive one. This method aims to explain the content of the premises, using, for this purpose, a line of reasoning in descending order, which starts from the analysis of the general to the particular to reach a conclusion.

KEYWORDS: Legal abortion. Right to life. Objection of conscience.

INTRODUÇÃO

Este estudo objetivou especificamente estudar o direito humano à vida em relação a objeção médica e a possibilidade da mulher interromper a gravidez. Para tanto, foi estabelecida a seguinte problemática: o que é considerado em situações que se identifica a “objeção médica X interrupção de gravidez” em

relação ao bem maior que é a vida?

Para a pesquisa, foram levantadas as seguintes hipóteses: a) Em relação à objeção de consciência médica, no procedimento de interrupção da gravidez, o médico pode, conscienciosamente, opor-se a um pedido de aborto. b) Objeções só podem ser motivadas por crenças particulares, como no caso das crenças religiosas. c) O médico não pode julgar que a narrativa do estupro não é verídica, uma vez que há uma “presunção de veracidade na palavra da mulher”. d) Ao alegar a objeção de consciência, o médico deve solicitar autorização para não cumprir a sua obrigação. A mulher deve ser atendida por outro médico. e) Orientações técnicas do Ministério da Saúde não reconhecem o direito à objeção de consciência, quando existe um risco de morte, quando não há nenhum outro médico ou quando a falta de atenção médica prejudica as mulheres, mas os casos recentes revelam a não-adesão ao critério normativo.

O DIREITO HUMANO À VIDA

Discorrer sobre o direito humano e fundamental à vida é tarefa das mais complexas, pois para falar sobre ele, é necessário adentrar em um campo ainda mais nebuloso, qual seja, conceituar o que é VIDA.

A dificuldade reside no grande número de conceitos encontrados, a depender do ponto de vista abordado, como por exemplo, o religioso, o biológico, o moral, o filosófico, o jurídico, e, ainda, em qual momento histórico está inserido.

A palavra vida pode assim ser definida:

Vida é o estado ou condição dos organismos capazes de desempenhar transformações complexas de moléculas orgânicas (essenciais a atividades funcionais como metabolismo, crescimento e reprodução). Esses seres evoluem por seleção natural e produzem cópias mais ou menos idênticas de si mesmos, transmitindo às gerações seguintes as instruções necessárias para que elas próprias se repliquem ou reproduzam. (Grande Enciclopédia Barsa. Barsa Planeta Internacional LTDA: São Paulo, vol. 14, 2005, p. 371).

Platão (2001), considera o início da vida o momento em que alma e corpo unem-se um ao outro, e a morte seria a separação da alma e do corpo na vida terrena. Já Aristóteles entendia como fase inicial da vida quando o feto realizasse os primeiros movimentos. Sua teoria foi bastante difundida por São Tomás de Aquino e adotada pela Igreja Católica no período Escolástico.

No entanto, foi a partir do papado de Pio IX, em 1869, que o momento da fecundação passou a ser adotado como o princípio da vida, ou seja, o encontro do óvulo com o espermatozoide. Essa teoria ainda hoje é sustentada pela Igreja Católica. (FALCÃO, 2012).

Da mesma forma que o Catolicismo adota a concepção como início da vida, diversas outras religiões também têm suas teorias. O Judaísmo afirma que a vida inicia a partir do 40º dia da fecundação. No Islamismo o marco inicial da vida seria o 120º dia posterior

à fecundação, quando Alá sopraria a alma no corpo do feto. Já o Hinduísmo parte do pressuposto que a vida começa na fecundação quando a alma e a matéria se encontram, entendimento parecido com o adotado pelo Catolicismo. (FALCÃO, 2012).

Ao longo da história surgiram vários conceitos filosóficos e religiosos tentando delimitar o início da vida, todavia é na seara científica que os juristas têm buscado encontrar uma resposta para tão debatida questão. Entretanto, nem mesmo a ciência conseguiu encontrar uma resposta única acerca do princípio da vida. Nesse contexto, diferentes teorias e estudos a respeito da origem da vida humana surgiram. Entre elas podemos destacar a teoria da concepção, nidação, implementação do sistema nervoso, dentre outros. (PUSSI, 2005, p. 1991-197).

A teoria da concepção ou genética defende a existência da vida humana desde o momento da concepção. Esa é adotada pela Igreja Católica e é também acolhida pelo Direito Brasileiro. Nesse sentido é o que dispõe o Código Civil de 2002 em seu artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Para esta corrente o embrião humano desde a sua concepção já é considerado uma pessoa humana e, portanto, merece a proteção jurídica. (PUSSI, 2005, p. 1991-197).

Na opinião de William Artur Pussi (2005, p. 1991-197), entre vinte e quatro e trinta e seis horas após a fecundação surge a primeira célula individualizada (zigoto ou blastócito) a qual começa a dividir-se, dando origem ao embrião. E, somente após seis semanas, o embrião passará a ser chamado de feto. No entanto é incontestável que o embrião já traz consigo toda uma informação hereditária, um código genético distinto e único (o genoma) que se transmite às demais células.

Nas palavras de Pussi (2005, p. 1991-1997):

Uma coisa é indiscutível: desde o zigoto, o que se tem é vida; vida diferente do espermatozoide e do óvulo; vida diferente da do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos. Pré-embriônica a início, embriônica, após, mas vida humana. Em suma desde a concepção a vida humana nascente a ser tutelada.

A teoria da nidação exige a fixação do óvulo no útero como marco inicial da vida, pois é a partir desse momento que o embrião, no útero materno, encontra as condições adequadas para o seu desenvolvimento.

Outra tese desenvolvida é a genético desenvolvimentista, que considera que a formação do ser humano se dá com o desenvolvimento de várias etapas sucessivas, como o pré-embrião, embrião e por fim a formação do feto. Essa corrente defende que o embrião já pode ser considerado como pessoa humana e, por consequência, ter seus direitos tutelados. Essa teoria é adotada na legislação de vários países europeus, onde se autoriza a manipulação de pré-embriões para estudos ou até mesmo a sua inutilização. (FALCÃO, 2012).

A teoria neurológica parte do pressuposto que a morte é declarada com o fim das ondas cerebrais, como consequência lógica, o princípio da vida seria o momento em que o embrião passasse a ter os primeiros sinais de células nervosas com atividade. Já a teoria ecológica afirma que a vida se inicia no instante em que a vida, fora do útero materno, seja viável para o feto. E esse momento ocorre quando seus pulmões encontram-se prontos para realizar suas funções, o que ocorre por volta da vigésima quarta e vigésima quinta semanas de gravidez. (FALCÃO, 2012).

A diversidade de teorias existentes demonstra a importância do tema. Sendo o direito à vida um dos pressupostos básicos de todos os demais direitos e liberdades do ser humano, é imprescindível saber o marco inicial, pois é a partir desse instante que a vida encontrará guarida no texto constitucional.

A Constituição Brasileira enumera, em seu art. 5º, o direito à vida, que é seguido da liberdade, igualdade, segurança e propriedade. (BRASIL, 1988).

É o mais elementar de todos os direitos, sendo visto como verdadeiro pré- requisito para a existência dos demais direitos. A vida é o direito humano mais sagrado, e o homem, pelo simples fato de estar vivo, é dotado de grande valor.

Para Mendes e Branco (2012, p. 289) “o direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo”.

Quanto à sua abrangência, o direito à vida apresenta duas facetas: Em primeiro lugar, encontra-se o direito de permanecer vivo; e em segundo lugar, o direito a uma vida digna. Assim, cabe ao Estado assegurar a todos o direito de permanecer vivo, seja por meio de políticas de segurança pública, proibição da justiça privada e por parte do próprio Estado o respeito à vida de seus cidadãos.

Para José Afonso da Silva, (2008, p. 198), o direito de estar vivo consiste em “lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”. É decorrência do direito à vida que o direito penal pune todas as formas de interrupção violenta da vida e mais, sendo um direito e não uma liberdade, não cabe a alternativa pelo suicídio. Deve a vida ser protegida, até mesmo contra a vontade do titular do direito.

Para Jacques Robert (1980, pág. 234):

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem, e, até o presente, o feto é considerado um ser humano. (SILVA, 2008, p. 198).

É papel do Estado, ainda, assegurar um padrão mínimo de vida, compatível com a dignidade humana. Nesse âmbito inclui-se o direito à alimentação adequada, à moradia

(art. 5º, inc. XXIII), ao vestuário, à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215) e ao lazer (art. 217). (TAVARES, 2009, p. 543).

O direito à vida como princípio constitucional, guarda estreita relação com o direito a uma existência digna e humana, ratificado pelo artigo 1º, inciso III da CF/88.

A corrente constitucionalista atual tem defendido que o direito à vida atinge um patamar mais elevado que o puro direito de estar vivo, predominando entre os estudiosos a teoria do direito à vida com dignidade. Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como o alicerce que salvaguarda as características inerentes a todo ser humano, devendo sobressair o respeito a uma vida decente que garanta condições mínimas para a sustentabilidade, autodesenvolvimento, e, acima de tudo, existência digna.

O MÉDICO DIANTE DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Primeiro, é importante considerar o que se entende por objeção de consciência médica. Priego Muñoz define como:

A recusa dos profissionais de saúde em realizar, por razões éticas e religiosas, certos atos que estão juridicamente autorizados. Esta posição é um ato de grande dignidade moral quando as razões dadas pelo médico são sérias, sinceras e constantes, e referem-se a questões sérias e fundamentais.

Dessa sorte, pode-se dizer que a objeção de consciência médica é responsável pela rejeição médica a ações e não a pessoas.

Para entender esse cenário, é necessário conhecer a evolução da relação médico-paciente. No início, a medicina materializou seu princípio de beneficência com um modelo paternalista, onde o médico era visto como um pai que se tornava a referência de autoridade sobre o filho, impunha seu critério de prática, ignorando as considerações do paciente. Hoje, o regime paternalista deu lugar a um regime contratualista, em que médico e paciente não são mais pai e filho, respectivamente, mas partes contratantes. Sendo assim, deve haver um equilíbrio entre eles e tanto o consentimento quanto a autonomia serão os alicerces da relação médico-paciente. O médico não impõe os seus critérios e a realização de procedimentos médicos é o resultado de um consenso com o paciente. Isso é de grande importância para o assunto em questão aqui, uma vez que o reconhecimento do consenso médico-paciente significa implicitamente uma potencial dissidência, que é propícia para o surgimento da objeção de consciência. (GARCIA, 2005).

A objeção de consciência tem uma forte ligação com essa relação, já que há um confronto entre duas consciências a respeito de um bem transcendental a ambos: a vida e seus valores. Aqui, o exercício da objeção de consciência é uma manifestação da autonomia das extremidades do relacionamento: a liberdade de prescrição, no caso da liberdade médica, e a liberdade terapêutica, no caso do paciente. (LEE; SOTELO; CASA).

A literatura científica (LEE; SOTELO; CASA) dispõe que a objeção de consciência médica:

- 1) Sustenta-se na ética médica.
- 2) Possui um caráter individual, em que imperativo moral interno prevalece sobre qualquer impacto social.
- 3) Expressa-se a título pessoal, o que torna impossível ser invocada por terceiros.
- 4) É formalizada publicamente.

A dissidência envolvendo a objeção de consciência, no domínio dos cuidados de saúde, não pode reivindicar a subversão da ordem normativa e fazer da posição dissidente uma regra geral. Em outras palavras, a dissidência decorrente da objeção de consciência é a objeção contra o regulamento contestado, que continua a ser a referência normativa geral. (GARCIA, 2005). Razão pela qual um clínico objetor não pode proibir que profissionais não objetores pratiquem o ato que motivou a objeção. Isso significa que o médico pode decidir apenas sobre os seus próprios atos, estando vedado a ele fazer de sua vontade uma regra.

De acordo o Juramento de Hipócrates, ninguém pode dispor da vida no desenvolvimento de atos biomédicos, de modo que o médico pode ser dispensado de realizar, por exemplo, um aborto, invocando objeção de consciência. (GARCÍA FERNÁNDEZ, 2007, p. 26-28). Bonilla Sanchez diz que com a sua atitude de rejeição, o profissional de saúde, público ou privado, não infringe nenhum dever constitucional ou legal de interromper a gestação, porque não impõe que sua vontade torne-se a norma. A objeção de consciência apenas atende a um juramento profissional e a uma obrigação ética, sancionada pela lei e regulamentação para proteger e não para frustrar a vida humana em qualquer estágio de desenvolvimento. (BONILLA).

No entanto, essa oposição ou discordância não pode ser aplicada de forma indiscriminada. Quando um aborto for necessário, a objeção torna-se inválida, porque o médico não pode abster-se de prestar a assistência médica necessária, sob pena de sua conduta ser caracterizada como crime, tais como homicídio ou lesão corporal. (GARCÍA FERNÁNDEZ, 2007, p. 28). Em relação ao direito brasileiro, por exemplo, há situações em que a interrupção da gravidez é prevista na legislação por acarretar risco iminente à vida da mãe. Dada a situação da saúde pública no país, há momentos em que o médico precisa escolher entre a vida da mãe ou do feto, e a vida da mãe deve prevalecer sobre a do feto. Nesse caso, se não houver outro médico disponível para realizar o procedimento, entende-se que o médico com objeção de consciência em relação ao aborto não pode simplesmente recusar-se a realizar o procedimento, colocando em risco a vida da gestante.

Gómez Rivero (2003) observa que o cenário clássico de objeção de consciência

surge do conflito entre quem afirma a objeção e a pessoa afetada pelo exercício, e dá como exemplo a atitude do médico na prática do aborto solicitado, e no caso inverso, em que o médico tem a intenção de praticar um aborto, contra a vontade da mulher grávida, no âmbito de um risco para a sua vida ou em razão de defeitos congênitos que causam ao feto tal sofrimento que, ao ver do médico, é moralmente inaceitável. A objeção de consciência é levantada contra uma regra de proibição, que consiste na obrigação que o médico possui, teoricamente, de se abster e respeitar a vontade da gestante.

Segundo Rivero (2003), no caso de haver uma discrepância entre a vontade do afetado e quem alega as razões de consciência, tais razões não devem ser ignoradas. Nesse caso, seus limites devem ser ancorados de forma que o atendimento às objeções de consciência de quem se opõe ao ato não impeçam os afetados, por sua vez, de agir em consciência, isto é, de acordo com suas próprias crenças ou princípios éticos, morais ou religiosos. Sobre esse tema específico, ou seja, sobre a objeção de consciência, no que diz respeito ao aborto, muitos países europeus regulamentam o direito de objeção dos profissionais de saúde. Entre esses países, podemos citar a França, Alemanha, Itália, Holanda e Reino Unido. (PELAYO, 2011, p. 115-144).

No entanto, a maioria das legislações europeias também garante que quando o Estado não fornece a presença de número suficiente de profissionais para a prática do aborto nos casos previstos pela lei, e há apenas um profissional médico que está habilitado para realizá-lo, este será obrigado a praticá-lo. Nesse caso, os tribunais europeus entendem que a restrição à observação do direito fundamental à objeção de consciência é completamente legítima, devido à necessidade de preservar os direitos fundamentais de terceiros afetados, em particular a saúde e a vida da mulher grávida. (GARCIA, 2005).

No caso em que a objeção seja possível, o médico deve fazê-la por escrito, indicando, em primeiro lugar, as razões pelas quais tal prática médica está em conflito com as suas convicções religiosas ou morais mais íntimas e, segundo, o nome do profissional de saúde que se encarregará do paciente, havendo a certeza da existência de tal profissional e da sua experiência para realizar o procedimento e sua disponibilidade de tempo na ocasião necessária. (GARCIA, 2005).

Há também a questão da objeção de consciência do farmacêutico. O caso clássico é o farmacêutico que se recusa, por razões de consciência, a fornecer ou entregar a pílula pós-coito, também chamada de “pílula do dia seguinte”. A justificativa para a recusa pode ser: (I) profissional, sob a irrelevância ou ineficácia da droga; ou (II) ética, por causa do conflito entre os efeitos do medicamento e as crenças morais ou religiosas, (BONILLA), (III) ou científica, por causa de efeitos colaterais mais graves que os benéficos.

A legislação e jurisprudência brasileiras não dizem nada a respeito. Acredita-se que, caso uma negação desse direito já tenha ocorrido, a requerente tenha preferido dirigir-se a outra farmácia, em vez de pleitear seu direito na justiça, tendo em vista que o uso do anticoncepcional emergencial não poderia aguardar por uma decisão judicial, ou perderia

sua eficácia. Priego Muñoz, contudo, observa que a objeção de consciência não pode ser usada para recusar o fornecimento de um medicamento prescrito por um médico. (MUÑOZ).

No caso específico da interrupção da gravidez, outro ponto que poderia criar dificuldades quando se trata de estabelecer a legitimidade de se recusar à realização de determinado procedimento, refere-se à assistência médica após o procedimento cirúrgico que levou à interrupção da gravidez. Gómez Rivero (2003) salienta que não é possível invocar a objeção, uma vez que não afeta mais à manobra abortiva, mas o cuidado e atenção que deve ser oferecida às mulheres tenham sido submetidas a uma intervenção.

Suarez Bello (2015, p. 3), estabelece critérios para determinar quando a objeção de consciência é permitida e quando não é amparada pela lei. Esse critério é baseado em três elementos: (1) a sinceridade das crenças do objeto; (2) o respeito pelos direitos fundamentais de terceiros; e (3) a inocuidade das consequências, o que resulta em um julgamento da proporcionalidade.

O exercício da objeção de consciência também pode afetar outros direitos legais, tais como a liberdade individual, especialmente quando o médico aplica tratamento médico contra a vontade do paciente. Conclui-se que, atualmente, a relação médico-paciente é regida pelo princípio da autonomia, tanto o paciente quanto o médico são seres autônomos, com o direito de pensar, refletir e agir de acordo com sua própria vontade e seu livre arbítrio.

INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ

“O termo ‘aborto’, originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal” (DINIZ, 2014, p. 31). Esse assunto gerou e ainda gera intensa polêmica em todo país face recente decisão, sob forma cautelar, do STF, no sentido da realização de interrupção de gestação de anencéfalo, ou seja, feto sem cérebro. Essa decisão trouxe à tona questões jurídicas, morais, sociais e de outras ordens.

Para Diniz (2014, p. 102), a problemática do assunto surgiu:

Quando o legislador de 1940 editou o Código Penal, manteve a incriminação do aborto, mas segundo a “Exposição de Motivos”, atendendo a razões de ordem social e individual, que o legislador penal não pode deixar de atender, introduziu o art. 128, tornando lícito o aborto praticado por médico habilitado, em caso de aborto necessário ou em caso de prenhez resultante de estupro. Ora, é claro que, se o legislador de 1940 regulou hipótese extrema de morte de feto saudável concebido por estupro, procurava-se preservar a saúde psíquica da mulher, e, com muito mais razão, teria contemplado expressamente o aborto eugênico, caso a medicina da época possibilitasse antever as dificuldades advindas com o parto.

Cabe lembrar que o aborto é produto das práticas realizadas no abortamento, mas teve seu significado ligado ao uso comum e ao tipo penal. Conforme Alves (1999, p. 78):

O aborto pode ser estudado a partir de vários aspectos, mas é preciso analisá-lo enquanto conduta criminalizada que apresenta seu conceito primeiramente na Medicina. Desse locus, derivam-se as consequências jurídicas, religiosas e éticas, sendo que as primeiras variam entre países e culturas distintas. Assim, o aborto é a interrupção da gestação com a morte do feto acompanhada ou não da expulsão do produto da concepção do útero materno. A gravidez pode ser interrompida e o feto permanecer no claustro materno. Outras vezes, há expulsão do produto da concepção antes de sua viabilidade no mundo exterior. O feto, neste caso, é incapaz de sobreviver extra-uterina. Para a configuração do crime de aborto não é suficiente a simples interrupção da gestação, com a expulsão do feto, pois este pode ser expulso em condições de sobrevivência e, em seguida, ser morto por outra ação punível. A morte do feto é pressuposto essencial para a configuração do aborto. Se, em decorrência da ação abortiva praticada pelo 17 sujeito ativo, a gravidez é interrompida, mas o feto sobrevive, haverá tentativa de aborto.

Por esse conceito pode-se entender como o Código Penal trata essa conduta tipificada, sendo praticada por mulheres que não desejam levar a gravidez a termo. (ALEGRETTI, 2005, p. 90).

O aborto hoje é um dos assuntos mais polêmicos que a Bioética abriga, envolvendo conceitos de vida, morte e religião. Esse tema é bastante controvertido em razão das pesquisas médicas realizadas nessa área. A sua prática por pessoas que não apresentam habilidade profissional para realizar o aborto pode causar graves lesões à mulher, inclusive levando à sua morte. O aborto, por ser punido criminalmente, exceto nos casos em que a lei prevê excludentes de ilicitude, leva mulheres a realizá-lo de forma precária, em ambiente doméstico ou em clínicas clandestinas, para furtarem-se da punição criminal. (ALEGRETTI, 2005, p. 91).

De acordo com o ordenamento jurídico penal, considera-se aborto o provocado pela gestante, ou provocado por terceiro com o seu consentimento (art. 124 do CP), provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP) ou o aborto provocado com o seu consentimento (art. 126 do CP) e nas formas qualificadas do art. 127 do mesmo diploma legal todas essas práticas serão penalmente puníveis. Já os casos previstos no ordenamento jurídico (art. 128 do CP) que não constituem ato ilícito são:

I – em caso de perigo, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante;
II – quando a gravidez é resultante de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, se incapaz, de seu representante legal. (ALEGRETTI, 2005, p. 91).

Nesse momento, devem ser relevados dois aspectos importantes sobre esse assunto:

a) o direito brasileiro considera a gravidez um mero fato, que tem limites fisiológicos – a concepção e o início do parto. Há pouca ou nenhuma preocupação com a higidez psicológica da gestante, ou, mesmo, do embrião, como futura pessoa. A angústia pela deformação do próprio corpo, a preocupação se a criança vai nascer sadia, a afetividade, a certeza das

deformações diagnosticadas intra-uterinamente, a incerteza sobre que tipo de vida futura a criança vai ter são questões que passam ao largo da abordagem jurídico penal ortodoxa. Fêmeas irracionais parem sem essas preocupações e o tratamento legal visível parece não fazer diferença entre elas e as racionais [...]

b) o bem jurídico tutelado, no caso do aborto, é a vida ou o direito à vida? resposta a essa pergunta deve ser precedida de profunda reflexão. A lei pátria não protege a vida, em seu valor intrínseco ou sagrado, mas o direito ao feto de viver e de continuar vivendo. O tratamento legal indica que o embrião é um sujeito de direito, pois... tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica, além de que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A discussão é importante, à medida em que alcança o cerne do positivismo jurídico: quem concorda que o embrião é sujeito de direito e, portanto, seus interesses devem ser protegidos adotará o projeto positivista, que não admite a imbricação do direito com a moral e com a política e cujo primado é a lei; quem concorda com a proteção do feto porque a vida é inviolável e tem valor intrínseco e sagrado orientar-se sobre princípios e concorda, via de regra, que o direito é valor social e, portanto, aceita a intervenção direito/moral e direito/política. (ALEGRETTI, 2005, p. 93-94).

Sob essas condições, a mulher na sua gestação passa por diversas modificações físicas, psíquicas e hormonais. As alterações iniciam-se com a gestação, tornando-se mais agudas no final desse período. Assim, nos casos em que o feto apresente anomalias ou que impossibilite a vida, o abortamento deve ser realizado no início da gestação, ou melhor, nos casos em que a mulher optar pelo abortamento, para que o corpo e a mente possam se recuperar mais facilmente do que quando a intervenção é realizada em período tardio. Acredita-se que era essa a “intenção” do legislador em seu artigo 128. (ALEGRETTI, 2005, p. 94).

O Código Civil diz que a personalidade jurídica do indivíduo começa a partir do nascimento dela com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro. Dessa discrepância doutrinária para discutir quando começa a personalidade do ser humano surgindo duas teorias.

A teoria Natalista teve sua origem na doutrina Romana, que não considerava o nascituro como pessoa humana. Para esta, teoria o feto adquire personalidade após o nascimento, e subordina-o à três condições essenciais; nascimento, vida e a vitalidade. (MUTUO; NARLOCH, 2005).

Segundo Reinaldo Pereira e Silva (2002, p. 106):

A teoria da natalidade é expressão de certa doutrina romana segundo a qual o conceito, nas entranhas maternas, não possui individualidade alguma, sendo apenas uma parte da mulher [...]. Esta teoria, apesar de rechaçada pelas descobertas no campo da embriologia humana, ainda é culturalmente muito influente.

Ela é amparada por diversos juristas como Pontes de Miranda, Caio Mário da

Silva Pereira e Silvio Venosa, e tal teoria, segundo César Fiuza, é aquela em que: “[...] o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida” (FIÚZA, 2004, p. 117). Silvio Venosa (2005, p. 374) expõe que o nascituro é um sujeito com uma expectativa de direitos. Para ele apenas “[...] há a mera possibilidade ou simples esperanças de se adquirir um direito”. Esta teoria não considera o nascituro como pessoa, mas sim uma mera ficção jurídica.

De acordo com o artigo 2º do CC, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Fiuza (2004, p. 114) afirma:

O nascituro não tem direitos propriamente dito. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer.

A segunda teoria, chamada de Concepcionista diverge da natalista para explicar o início da personalidade do feto. Baseada no direito francês e tendo seguidores como Teixeira de Freitas e Clóvis Bevilacqua, esta teoria postula que desde o momento da concepção o nascituro é portador de personalidade, e por isso é considerado um ser humano e, dessa forma, um sujeito de direitos. (GONÇALVES, 2008, p. 80).

Os seguidores dessa corrente atribuem direitos ao nascituro, desde o momento da concepção, portanto deve-se reconhecê-lo também como pessoa - tendo em vista que os direitos são atributos exclusivamente as pessoas. Sendo assim, esta corrente entende que o nascituro tem personalidade jurídica sendo sujeito de direitos e, portanto, é pessoa. (SEMIÃO, 2001, p. 35).

Carlos Roberto Gonçalves, (2004, p. 81), tratando da teoria da personalidade, destaca que não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou qualifica-se a capacidade, não a personalidade. Esta é integral ou não existe. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Portanto, para os adeptos dessa teoria, todo ser que apresenta sinais característicos de ser humano adquire essa capacidade, são pessoas de existência real. Segundo autor Elimar Szaniawski, (1993, p. 64), as pessoas chamadas de pessoas “por nascer” possuem personalidade e capacidade desde a concepção.

Devemos considerar em que medida a hipótese que defende o debate sobre o aborto é um debate sobre valores intrínsecos e não sobre direitos ou interesses do feto. A contradição principal está nesta que é uma espécie de brecha na lei: em certos casos, como em estupros ou em situações de fetos anencéfalos, alguns juízes já permitiram o aborto.

Ao legitimar certas práticas abortivas, os tribunais caem em contradição e se afastam da moral cristã, visto que esta não aceita o aborto em hipótese alguma. O embasamento

dos juristas conservadores acaba por se tornar menos sólido, visto que a lei não se aplica a todo e qualquer caso de gestação. A crise surge na impossibilidade de ser decidido entre quem deve ser privilegiado pela lei: a mulher ou o feto, sendo este o grande conflito entre o direito e a moral. Em sua obra *Domínio da Vida*, Dworkin (2003, p. 11-12) expõe:

Enquanto o debate for colocado nesses termos polarizados, os dois lados não poderão raciocinar em conjunto, pois nada terão sobre o que raciocinar ou ser razoáveis. Um dos lados acredita que o feto humano já é um sujeito moral, uma criança não nascida, a partir do momento da concepção. O outro acredita que um feto recém-concebido não passa de um aglomerado de células sob o comando não de um cérebro, mas apenas de um código genético, e que nesse caso, é uma criança tanto quanto um ovo recém fertilizado é um frango. Nenhum dos lados é capaz de oferecer um argumento que o outro possa aceitar - não há nenhum fato biológico à espera do ser descoberto, nenhuma analogia moral esmagadora à espera de ser inventada que possa resolver o problema. Trata-se de uma questão de convicções inatas.

No Brasil, os serviços de aborto legal são unidades de referência no Sistema Único de Saúde (SUS) para o atendimento de mulheres nas situações descritas pela lei. Um serviço de saúde é reconhecido como uma unidade de referência para o aborto legal por meio de uma decisão do Ministério da Saúde (MS). (BRASIL, 2005).

Os serviços para o aborto legal no SUS foram projetados para cuidar de vítimas de estupro e mulheres em risco de morte, duas situações em que o CP não pune os médicos, nem as mulheres que praticam o aborto. Políticas do MS não restringem a assistência médica em casos de aborto para o setor público. No entanto, presume-se que o aborto será realizado em hospitais públicos devido ao modelo de atenção da equipe multiprofissional e devido à Portaria 1.508/2005, pelo Ministério da Saúde, que regulamenta a assistência para o aborto legal em SUS. (BRASIL, 2005).

O médico pode opor-se a um pedido de aborto. Ao alegar a objeção de consciência, o médico deve solicitar autorização para não cumprir a sua obrigação e a mulher deve ser atendida por outro médico. Orientações técnicas do Ministério da Saúde não reconhecem o direito à objeção de consciência, quando existe um risco de morte, quando não há nenhum outro médico ou quando a falta de atenção médica prejudica as mulheres, mas os casos recentes revelam a não adesão ao critério normativo. (DINIZ D, 2005).

No outro extremo, a objeção de consciência é entendida como um direito individual não só de médicos, mas de todas as pessoas envolvidas direta ou indiretamente nos cuidados de saúde. Sempre que a integridade moral de uma delas for desafiada pela exigência de uma paciente. No caso de aborto legal, a tese da integridade garante que os médicos, psicólogos, assistentes sociais, enfermeiros, farmacêuticos ou pessoal administrativo, cada um em seu próprio papel, tenha o direito de recusar assistência ou prestação de serviços devido a motivações pessoais. Essa tese assume uma sobreposição entre os papéis do profissional de saúde e um ser humano moral; antes de ser um médico no

serviço de saúde do Estado, a pessoa é membro de uma comunidade moral que determina a sua consciência, incluindo os limites entre o que é certo e errado. (BRASIL, 2005).

O novo CEM Brasileiro (2010, p. 4) reconhece o direito à objeção de consciência, mas impõe restrições à sua prática: o médico não é obrigado a fornecer serviços que contradizem os ditames de sua consciência, exceto em caso de urgência ou de emergência ou quando a recusa pode prejudicar a saúde do paciente.

Portanto, fica garantido aos médicos e demais profissionais da saúde o direito legítimo de recusar a praticar atos contrários à sua moral, desde que isso não coloque em risco a vida de terceiro. Cabe ao médico, ainda, nas situações em que recusar a realizar o procedimento de aborto dar todas as informações para a paciente, esclarecendo todas as suas dúvidas, inclusive quanto ao dever do Estado em garantir que o método ocorra de forma segura para a gestante. Fica o médico obrigada a encaminhar a paciente para um local onde tenha um serviço habilitado e capacitado para realizar o aborto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida, o exercício da objeção de consciência, especialmente na medicina, é uma questão altamente complexa, porque muitos interesses estão envolvidos em conflito. Em conclusão, objeção de consciência é um instrumento de grande valor democrático, na medida em que permite salvaguardar a integridade moral de uma pessoa e colaborar na construção de um pluralismo real. No entanto, devem ser considerados os contextos, práticas e dinâmicas em cada caso, pois o acesso ao aborto legal nos serviços de saúde em que ele está autorizado, é um direito da mulher. Conclui-se que o médico tem direito à objeção de consciência apenas quando não prejudica a saúde da mulher, quando é possível alocar imediatamente outro profissional de saúde para realizar o procedimento e quando essa objeção não causa atraso na prestação do serviço de saúde ou constrangimento para a paciente.

Sabe-se que, em em vários países, já ocorreram mudanças em relação aos direitos reprodutivos, restando o Brasil como um dos poucos países ocidentais onde não se autoriza a prática do aborto. Nos países em que essa prática é autorizada, a objeção de consciência médica diz respeito à recusa do médico em realizar este procedimento, motivado por parâmetros éticos, morais ou religiosos.

Sobre esta temática, conclui-se que cada estado democrático deve estar comprometido com a criação de espaços para a convivência de várias crenças. Existem barreiras significativas e assimetrias na área de reprodução e sexualidade entre os próprios profissionais e entre os profissionais e as mulheres.

Finalmente, cabe citar a responsabilidade criminal do médico, uma vez que o seu exercício pode ter consequências sobre os direitos jurídicos protegidos pelo direito penal, como a vida e a integridade pessoal e liberdade individual. A discussão assume que não é

possível aplicar uma ação de responsabilidade inteiramente objetiva, mas deve haver um julgamento de ponderação entre os vários direitos e deveres de todos os envolvidos no ato médico e a relação médico-paciente sob observância de disposições constitucionais, bem como o sistema penal substancial e a ética médica.

REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Carlos Artidorio. **Revisão Crítica do Conceito do Crime de Aborto**: a busca de um consenso possível. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária. São Paulo, v. 3, n. 334, p. 91-116, ago. 2005.

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: UNAMA, 1999.

BELLO P. **Derecho penal, objeción de conciencia y hecho religioso**. Disponível em: http://www.ical.es/locus/51/articulos/derecho_penal.pdf. Acesso em 30 jun. 2019.

BONILLA JJ. **De nuevo sobre la objeción de conciencia sanitaria**. Disponível em: <http://andoc.es/actas.pdf>. Acesso em 30 jun. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Vade Mecum**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida, Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FALCÃO, Rafael de Lucena. **Direito à vida: a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico**. Disponível em: www.egov.ufsc.br. Acesso em 05 mai. 2019.

FIÚZA, César. **Direito Civil**. Curso completo. 8 ed. rev., atual., ampla. Belo horizonte: Del Rey. 2004.

GARCÍA FERNÁNDEZ D. Hasta la objeción de conciencia sirve para proteger al embrión humano. **Revista el mundo del abogado**, México, 104, p. 26-28, 2007.

GARCIA, María Cebria. **Objeciones de conciencia a intervenciones médicas**: doctrina y jurisprudencia. Thomson Aranzadi: Pamplona, 2005.

GÓMEZ M. **La responsabilidad penal del médico**. Valencia: Tirant lo Blanch; 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2008.

Grande Enciclopédia Barsa. São Paulo: Barsa Planeta Internacional LTDA, vol. 14, 2005.

LEE, G. M., SOTELO, G.; CASA, O. **La objeción de conciencia en la práctica del médico**. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/rfm/no49-3/RFM49310.pdf>. Acesso em 30 jun. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MUÑOZ B. **La objeción de conciencia**. Disponível em: en: http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/objecionConciencia/La_Objecion_de_Conciencia.pdf. Acesso em 30 jun. 2019.

MUTUO, Eliza; NARLOCH, Leandro. **Vida**: o primeiro instante. Revista Super Interessante, n.219, nov. 2005. Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante>. Acesso em: 20 abr. 2019.

PELAYO Á. La objeción de conciencia sanitaria. En: BARRANCO, M. C., GARRIDO, M. I. **Libertad ideológica y objeción de conciencia**. Pluralismo y valores en derecho y educación. Madrid: Dykinson; 2011.

PLATÃO. **A imortalidade da alma**. Disponível em:<<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/ResultadoPesquisaObraForm.do>> Acesso em 10 jun. 2016).

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis e criminais do biodireito**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Reinaldo Pereira; LAPA, Fernanda Brandão. **Bioética e Direitos Humanos**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua tutela**. 2 ed São Paulo. Revista dos Tribunais. 1993.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 7ª edição, São Paulo, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CAPÍTULO 21

ORTOTANÁSIA: DEIXAR MORRER OU TENTAR FAZER VIVER? E A RELAÇÃO ENTRE A “MORTE DIGNA” E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Data de aceite: 01/03/2021

Maria Carolina de Almeida Neves

Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Direito Digital e Compliance pelo Damásio Educacional

José Geraldo Romanello Bueno

Pós-Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP) e Professor Doutor de Direito Civil na Universidade Presbiteriana Mackenzie

RESUMO: O direito à vida não constitui um dever de meramente existir, mas, sim, um direito de viver uma vida digna, com qualidade, bem-estar físico, mental e social. A morte sempre existiu, no entanto, vem diminuindo significativamente, tendo em vista o aumento da expectativa de vida dos brasileiros e o fato de a medicina vir buscando a cura para todos os males que contornam a vida, utilizando de métodos científicos que vem evoluindo com o passar dos anos, no entanto, existe uma limitação até mesmo para este avanço. Levando em consideração a impotência da medicina em alguns casos, existem discussões a respeito do direito de viver e morrer dignamente. A pergunta que paira sobre a mente de muitos é, o que deve ser feito quando não há cura para alguma doença que atinge o indivíduo? No Brasil não temos uma legislação sobre tal tema. O artigo em questão busca explicar o direito a morte digna, como sendo um direito implícito em nossa Constituição Federal de 1988, tratando o conflito que passa a existir entre a

inviolabilidade da vida, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a morte digna. Através dos estudos realizados no presente trabalho, pôde-se perceber, que a ortotanásia não viola o direito a vida, constituindo um direito fundamental implícito, visto que busca preservar a dignidade do paciente em estado terminal, além de proporcionar uma morte digna ao paciente.

PALAVRAS-CHAVE: Ortotanásia, morte digna, dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The right to life does not constitute a duty of merely living, but the right to live a life with dignity, quality, as well as physical, mental and social well-being. Death has always existed; however, it has decreased significantly, due to an increase in life expectancy of Brazilians and the fact that medicine keeps seeking a cure for all evils surrounding mankind, utilizing scientific methods that have been evolving over the years. However, there is a limitation even for these advances. Taking into consideration the inability of medicine in certain cases, discussions about the right to live and die with dignity arise. The question that hangs over many people's heads is: what should be done when the cure for some illness that strikes an individual does not exist? In Brazil, there is no legislation about such an issue. The article in question seeks to explain the right to a dignified death as being an implicit right in our Federal Constitution of 1988, addressing the existing conflict between the inviolability of life, as well as the principle of human dignity and its connection with a dignified death. Through the studies performed in this assignment, you will see

that orthothanasia does not violate the right to life, constituting a fundamental implicit right, since it seeks to preserve the dignity of a terminally ill patient, besides providing a dignified death to the patient.

KEYWORDS: Orthothanasia, dignified death, dignity of the human person.

1 | INTRODUÇÃO

Muitos são os direitos atribuídos a todos os seres humanos, no entanto, o que merece ser mais tutelado é o direito à vida, que não é entendido como um dever, e sim, um direito de viver uma vida saudável, com qualidade, bem-estar físico, mental e social. O direito à vida, é inerente a todos os seres humanos, ou seja, não surgiu pela imposição de uma norma, é uma prerrogativa própria do ser humano, excedente a vontade do Estado.

A morte e a vida são conceitos opostos, porém existe uma ligação entre eles, uma vez que a vida é o início de um ciclo, enquanto a morte, por sua vez, coloca fim a um ciclo. Embora saibamos que a vida é o início e a morte o fim, não temos a consciência do que seria a morte. A morte sempre existiu, sempre foi um tema discutido. Algumas pessoas sempre tiveram medo da morte e outros tinham a convicção de que a morte decorre da vida e não tinha como evita - lá, como Felipe II, o rei da Macedônia, que designou um empregado para que diariamente lhe lembrasse de que um dia ele iria morrer.

Apesar de a morte sempre ter existido, com o avanço da ciência, da tecnologia e da medicina, a morte tem se afastado do homem nas últimas décadas, se comparada há dez anos a expectativa de vida dos brasileiros aumentou mais de três anos, isso se deve a uma série de fatores também ligados a evolução farmacêutica e atualmente existem diversos meios artificiais de prolongar a vida, que, no entanto, em algumas situações acabam por prolongar a dor e o sofrimento do paciente e da família. Nesse sentido, surge o questionamento, o que deve ser feito quando um paciente encontra-se em estado terminal, sem ter alternativas para que haja a cura? Dentre os direitos fundamentais existe o direito à vida, o direito a “morte digna” tem sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana? Seria certo ou ético prolongar a vida através de meios artificiais mesmo com a consequência de aumento da dor e do sofrimento do paciente e da família? Assim, o presente trabalho se justifica, pela necessidade de estudar o tema “morte”, igualmente sobre qual o melhor comportamento a ser tomado diante de pacientes em estado terminal levando em consideração a dignidade da pessoa humana, bem como avaliar as diversas formas de terminalidade da vida.

2 I REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Direito à vida

2.1.1 *A tutela jurídica da vida humana*

Quando se fala em proteção da vida humana, surge o questionamento, o que se entende por vida? Trata-se de um termo proveniente do latim “*vita*”. Para o dicionário Dicio significa, antes de tudo, uma reunião daquilo que diferencia um corpo vivo do morto, aquilo que define um indivíduo do nascimento até a morte. Consoante o mesmo dicionário, são trazidos como sinônimos de vida, o espírito, a existência e como antônimo, a morte. Definir o conceito de “vida” não é um trabalho fácil, visto que envolve uma série de convicções, sendo elas filosóficas, religiosas, jurídicas, éticas, médicas, dentre outras.

Faz-se necessário determinar o momento em que a vida humana se inicia e neste aspecto disserta Jorge Miranda:

Todas as Constituições, pela própria natureza do objeto, rodeiam seus conceitos de conceitos exógenos, vindos de outros setores e ramos do Direito ou extrajurídicos, sejam políticos, econômicos, filosóficos, est. E com estes entra largamente a realidade constitucional a agir. Sem embargo, todos esses elementos e conceitos, desde que aprendidos em disposições constitucionais, devem ser interpretados em conexão com os demais, situados no mesmo plano e, assim, analisados não tanto no seu sentido originário quanto no sentido que lhes advém da sua colocação sistemática. (JORGE, Miranda, 1996, p. 230).

No mesmo diapasão, no liame científico, Barchifontaine, assevera sobre o início da vida:

Segundo a visão da genética, a vida humana começa na fertilização, quando espermatozoide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica; já na visão da embriologia a vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez; sob a visão neurológica: o mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. (BARBHIFONTAINE, Cristian de Paul, p. 147).

Segundo José Afonso da Silva “todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é, algo que não se pode dividir, sob a pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, uma pessoa”. (SILVA, 2005,p. 197).

Importante salientar que é do direito à vida que decorrem todos os direitos da

personalidade, sendo eles: direito à liberdade, à igualdade, à segurança, a propriedade, ao nome, dentre outros, nos moldes do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹. Neste sentido, o direito à vida consiste em um direito fundamental expresso no artigo supramencionado, sendo uma cláusula pétrea, não sendo possível haver emenda no sentido de modificar tal direito, nos moldes do artigo 60, § 4º, inciso IV, da referida lei maior², que disserta que: “não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”. A proteção à vida é vista não somente no artigo 5º da Lei Maior, mas também nos artigos 194³ e 196⁴ que garantem o direito à saúde, o inciso XLVII⁵, do artigo 5º, por sua vez, traz a inadmissibilidade da pena de morte.

Ao contrário do que muitos acreditam, a legislação brasileira protege a vida humana desde a fecundação, conforme nota-se no artigo 2 do Código Civil⁶, o qual disserta que a lei resguarda o direito do nascituro desde a concepção, prevendo assim o direito à existência (ROCHA, 2008, p. 133). A proteção pode ser notada pelo enquadramento dado ao aborto nos artigos 124 a 128 do Código Penal Brasileiro, os quais dissertam sobre a prática de aborto, seja ele praticado pela gestante ou com seu consentimento, por terceiro, com o consentimento, trazendo apenas a excludente de ilicitude quando praticado por médico em casos de necessidade ou gravidez resultante de estupro.

Segundo Pedro Lenza, o direito à vida “abrange tanto o direito de não ser morto, privado de vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna” (LENZA, Pedro, 2012, p. 970).

Maria Helena Diniz disserta sobre o tema:

No mundo atual deverá haver de consciência pelo mais primário e indeclinável dos direitos, que é o do respeito pela vida humana. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida, pois qualquer atentado a ele estaria eivado de inconstitucionalidade. A vida é um

1 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01.jun.2016. Art. 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:

2 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 01.jun.2016.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

3 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

4 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

5 Art. 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: XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

6 BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 01.jun.2016. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes. (DINIZ, 2014, p.22).

Quanto ao direito à vida, assevera Adriana Maluf:

A vida é o bem supremo da existência, seu valor mais precioso, disso ninguém duvida. Vem antes de qualquer outro direito, ou seja, prevalece sobre todos os demais – o princípio do primado do direito à vida prevalece então em face dos outros direitos nos casos de conflito. De sua proteção emanam todos os direitos e deveres dos homens. Seja oriundo das leis, dos códigos morais, dos costumes, da ética. (MALUF, 2013, p. 166-147).

É mister salientar, que há proteção da vida também no plano internacional, dentre diversos diplomas regulamentados, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinado no ano de 1969, e ratificado no Brasil em 1992, com isso foi trazida a proteção da vida humana, conforme se verifica no artigo 4º, *in verbis*:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Desta forma, a vida é um bem jurídico tutelado, um direito fundamental inerente

ao ser humano, desde a sua concepção, momento em que resta comprovada a formação da pessoa. (MALUF, 2013, p.149). Não sendo possível que esta seja banalizada e desrespeitada.

2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

No que tange aos diplomas internacionais, o primeiro a proclamar a dignidade da pessoa humana foi a Carta das Nações Unidas⁷, de 1945. A declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu preâmbulo expressa “o 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 do mundo”.

Somente em 1988 que tal princípio passou constar como fundamento da República Federativa do Brasil, com o advento da Constituição Federal. O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor inerente a toda a sociedade, todo ser humano é abrangido por este princípio, sendo, de acordo com o artigo 1º, Inciso III, da Constituição Federal, um dos princípios fundamentais e fundamento do Estado Democrático de Direito, portanto, é parte do rol dos direitos fundamentais protegidos pela Lei Maior. É definido como o princípio mais amplo expresso na lei.

Na percepção filosófica, o termo dignidade, originário do latim “*dignitas*”, significa merecimento, nobreza, valor. Nas palavras de Renata da Rocha, significa o “modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito, solenidade, gravidade, brio, distinção, prerrogativa, título, honraria, função ou cargo de alta graduação”. (ROCHA, Renata da, 2008, p. 146).

A formulação do princípio foi dada por Immanuel Kant, em Fundamentação da Metafísica dos Costumes, onde defendia a maneira como as pessoas deveriam ser tratadas, afastando totalmente a visão de pessoas serem tratadas como objetos, criou assim o princípio que asseverava que nenhuma equivalência poderia compreender uma dignidade, sendo que a dignidade encontra-se acima de todo e qualquer preço. (KANT, 2004, p.58).

Alexandre de Moraes conceitua a dignidade da pessoa humana como:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável pela própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. (MORAES, Alexandre de, 2002, p.128-129)

Para Ingo Sarlet:

a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando

7 NAÇÕES UNIDAS BR. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/carta/>> Acesso em 01.Jun.2016.

se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto se afirmar que nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. (SARLET, 2012, p.51-52)

O princípio da dignidade da pessoa humana não traz consigo um conceito restrito, mas uma diversidade de valores inerentes a sociedade. É um princípio mutável em alguns aspectos, pois se adéqua as modificações da sociedade e evolui da mesma forma que a sociedade.

O conceito do princípio da dignidade da pessoa humana é um tema de muitos debates, com uma série de definições, existindo a visão religiosa, filosófica, moral e política. Assim, conclui-se que o conceito no âmbito subjetivo busca garantir os direitos fundamentais, assegurando a dignidade da pessoa humana e respeitando os direitos inerentes ao ser humano.

2.3 A relação da “morte digna” e o principio da dignidade da pessoa humana

Segundo Célia Maria Dias Madruga, médica nefrologista, o morrer com dignidade significa “ser respeitado como ser humano pleno de corpo, alma e espírito. Se tivermos dificuldades na compreensão do direito de morrer de forma digna, é apenas necessário lembrar-nos que para nós a morte também faz parte da vida”.⁸

Nota-se que o direito de morrer dignamente é implícito na Constituição Federal de 1988, visto que, está subentendido na lei maior, deriva da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Deve ser considerado que o direito à vida abrange não somente o viver, mas as etapas de nascer, crescer e morrer, assim, jaz clara sua relação com a dignidade da pessoa humana.

O direito à morte digna decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que, segundo Sarlet, o direito à morte digna “não equivale à criação propriamente dita de um novo direito, mas, sim, à definição (ou redefinição) do campo de incidência de um direito fundamental já consagrado na Constituição Federal, ampliando seu âmbito de proteção”. (SARLET, 2011, p.139).

O princípio da dignidade da pessoa humana é a coluna do instituto da “morte digna”, Roxana Borges assevera que “o direito de morrer dignamente é a reivindicação por vários direitos, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, refere-se ao desejo de ter uma morte humana, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil”. (BORGES, 2007, p.232).

Embora o direito à vida seja irrenunciável, este não consiste no dever de o indivíduo apenas existir de forma indigna. Conforme bem pondera Gisele de Lourdes Friso, será que o ser humano teria o dever de estender a vida por maior tempo possível, mesmo que isso
8 MADRUGA, Célia Maria Dias. Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba. Disponível em <http://www.crm-pb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21888:morrer-com-dignidade&catid=46:artigos&Itemid=483> Acesso em 01.jun.2016.

sacrificasse sua dignidade? (FRISO, 2009, p. 141). No entanto, não deve ser confundida a “morte digna” com decidir sobre viver ou morrer, visto que a “morte digna” consiste em não prolongar a dor e o sofrimento quando não existe possibilidade de viver. Diferentemente de escolher morrer, quando ainda existe a possibilidade de viver e a pessoa está buscando o caminho que considera mais fácil para si.

É respeitada a dignidade do ser humano através da não postergação da vida, permitindo que está encerre-se em seu devido tempo, neste sentido, Maria Helena Diniz disserta:

Não se pode, indefinidamente, evitar o óbito, por ser um mal que fatalmente ocorrerá, havendo moléstia invencível. É preciso dar ênfase ao paradigma de cuidar e não curar, procurando aliviar o sofrimento. Não há como evitar a morte; ela sempre existiu e existirá; a vulnerabilidade humana torna-a inevitável, por maior que seja o avanço da tecnologia médica. (DINIZ, 2014, p. 409).

É importante levar em consideração que, muitas vezes, o paciente em estado terminal não tem condições físicas, psicológicas e mentais para decidir sobre sua própria vida e, é por isso, que muitas pessoas utilizam de diretivas antecipadas para manifestarem sua vontade sobre tais questões. A diretiva antecipada consiste no testamento vital, que é um documento onde a pessoa, estando em pleno gozo de suas capacidades, informa os tratamentos e procedimentos aos quais deseja ou não ser submetida nos casos de doenças que ameacem sua vida.⁹

De acordo com Maria Helena Diniz, sobre o testamento vital:

Pelo enunciado n. 527, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, na V Jornada de Direito Civil: “É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar sua vontade”. (DINIZ, 2014, p. 481)

O Conselho Federal de Medicina, editou a resolução 1995 em agosto de 2012, dispondo expressamente sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, o documento dispõe, recomendando aos médicos o respeito à autonomia dos pacientes, bem como define as diretivas antecipadas de vontade e a vontade do paciente prevalece sobre os desejos da família.¹⁰

9 TESTAMENTO VITAL. Disponível em <<http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em 01.jun.2016.

10 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.995/2012. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>>. Acesso em 01.jun.2016. Art.1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

A dignidade traz a permissão de o indivíduo fazer as escolhas que considera melhores para sua vida. Se o indivíduo pode escolher durante toda sua vida, o que o impede de escolher em relação ao morrer? E se o paciente está em estado terminal, sendo certa e inevitável sua morte em curto espaço de tempo, se mantido os tratamentos, que não estão tendo resultado, está havendo proteção da vida? Está sendo respeitada a dignidade da pessoa humana? Ou está sendo postergada a morte e, conseqüentemente, aumentando o sofrimento do paciente e de toda sua família?

Desta forma, o paciente terminal ao optar pela “morte digna”, escolhendo a ortotanásia, tem a efetivação do direito fundamental implícito na constituição de 1988, de morrer dignamente, bem como tem respeitado o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.4 As diversas formas de terminalidade da vida

Conforme já relatado, é garantido ao ser humano a proteção da vida, existindo a inviolabilidade de tal direito, a ser tutelado pelo Estado. O direito à vida não constitui um dever, tanto que não existem punibilidades para as tantas tentativas de suicídios falhas que existem. Tal direito, por conseguinte, garante uma vida digna, com qualidade, bem estar físico, social e psicológico, ou seja, viver uma vida da melhor maneira possível.

O problema se funda nos casos de pacientes terminais, quando o sofrimento é tamanho que atenta contra a dignidade da pessoa humana. Qual seria a melhor forma para se amenizar o sofrimento do paciente e de seus familiares? Sabendo a existência do direito à vida, pode se dizer que o direito a “morte digna” tem sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, estando assim implícito em nossa Constituição Federal de 1988? E, com isso, surge o questionamento se seria ético prolongar a vida através de meios artificiais, mesmo ocasionando dor e sofrimento. Tal atitude não atenta contra a dignidade do paciente?

Neste sentido, cumpre trazer alguns conceitos. Inicialmente, um paciente em estado terminal, nas palavras de Antônio Pereira Filho, médico Conselheiro do CREMESP 2008-2013, é “aquele que vai morrer em um período curto de tempo (de 3 a 6 meses) ou que não possui chance de cura, mesmo com tratamento médico”. Além disso, cumpre listar alguns dos elementos caracterizantes, como presença de doença avançada, progressiva e sem cura, falta de possibilidades de respostas aos tratamentos, presença de sintomas intensos, impacto emocional no paciente, família e equipe de cuidados, prognóstico de vida inferior a seis meses.

Diante disso, as diversas formas de terminalidade de vida são questionadas quanto a sua possibilidade de aplicação aos pacientes que encontram-se em estado terminal, sendo, eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia, que analisaremos a seguir em tópicos separados.

2.4.1 Eutanásia

Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, acerca do termo:

O termo eutanásia foi criado no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon. Deriva do grego *eu* (boa), *thanatos* (morte), podendo ser traduzido como “boa morte”, “morte apropriada”, morte piedosa, morte benéfica, fácil, crime caritativo, ou, simplesmente, direito de matar. (FREIRE DE SÁ e OLIVEIRA NAVES, 2015, p.375).

O termo eutanásia foi utilizado pela primeira vez por Francis Bacon em 1623. No entendimento de Bomtempo, ocorre a eutanásia quando:

O paciente, sabendo que sua doença é incurável ou ostenta situação que o levará a não ter condições mínimas de uma vida digna, solicita ao médico ou terceiro que o mate antecipadamente, visando evitar os sofrimentos e as dores físicas e psicológicas que lhe sobrevirão com o desenvolvimento da doença ou sua condição física. (BOMTEMPO, 2011, p.75).

Muitos justificam a prática da eutanásia por um dos diálogos de Platão, onde ele cita uma afirmação de Sócrates, dizendo “o que vale não é o viver, mas o viver bem”. (DINIZ, 2014, p.493). Segundo Maria Helena Diniz, o médico não deve praticar à eutanásia.

Nos casos em que há a prática de eutanásia, a morte não ocorre no tempo que ocorreria normalmente, esta é adiantada, seja por ação ou omissão médica ou de terceiro. Na legislação penal brasileira, não existe previsão específica para a eutanásia, podendo esta ser enquadrada no artigo 121, § 1º, do Código Penal¹¹, sendo, deste modo, uma espécie de homicídio privilegiado. Ainda que no Brasil a eutanásia seja considerada crime, existe um Projeto de Lei N. 125/96 passando pelo Congresso Nacional que busca definir critérios para a legalização da “boa morte”. (MALUF, 2013, p. 434).

Entretanto, cumpre informar que a eutanásia não consiste na solução para o paciente em estado terminal ter um tratamento digno, que obedeça ao princípio da dignidade da pessoa humana. A legalização de tal prática traria consequências nefastas a vida das pessoas. A eutanásia é regulamentada pelos Códigos de Ética Médica como algo nocivo e é debatida utilizando como embasamento a existência de punibilidade a prática do aborto, bem como o fato de que fora abolida a pena de morte, desta forma, não haveria qualquer possibilidade de legalizar a prática. Além de que, deve ser levado em consideração que, por diversas vezes, pode vir a ocorrer falhas em diagnósticos, o que faria com que muitas pessoas quisessem morrer acreditando ter uma doença, quando na verdade houve um erro de diagnóstico.

11 BRASIL. Código Penal (1940). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 01.jun.2016. Art. 121. Matar alguém: § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

2.4.2 Suicídio Assistido

O termo suicídio tem origem da junção das palavras *sui*, que significa si mesmo e *caederes*, que significa ação de matar, ambas advindas do latim, é o ato que consiste em pôr fim, intencionalmente, a própria vida.

O suicídio assistido consiste na “hipótese em que a morte advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou por médico”. (DINIZ, 2014, p.483). Nesta modalidade, difere da eutanásia, no sentido de que, neste caso o paciente necessita de alguém para auxiliá-lo, assisti-lo na prática.

No que concerne ao referido instituto, Maria Helena Diniz, pondera:

Apesar de vezes se levantarem a favor do suicídio assistido, é preciso lembrar que, de acordo com o Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais da Associação Médica Americana, os médicos não podem participar do suicídio de pacientes, mesmo em caso de morte certa e de atroz sofrimento. Poder-se-ia encarregar o médico da triste e penosa missão de induzir seu paciente a matar-se, tornando-se o verdugo de quem deveria cuidar? Será que o paciente que reclama a morte estaria na integridade de suas faculdades mentais? A vontade de suicidar-se não seria uma razão mais do que suficiente para duvidar de sua saúde mental? No Brasil, inadmissível seria não aceitar a acusação, sob a alegação de inexistência de norma, contra a assistência ao suicídio, pois a Constituição Federal consagra o direito à vida, e o Código Penal pune tal ato ao prescrever, no art. 122: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena – reclusão, de 2 a 6 anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 a 3 anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. (DINIZ,2014, p.492)

Enquanto que, no Brasil, o médico ou qualquer pessoa que induz, ou instigue ou auxilie alguém a se suicidar, comete o crime previsto no artigo 122do Código Penal¹², é válido mencionar que, no Estado norte-americano de Oregon, foi aprovada uma Lei sobre Morte Digna (Measure 16), primeira legalização de suicídio assistido, ocorreu em 1994. Tal lei estabelece os critérios para que uma pessoa possa receber a prescrição dos medicamentos e informações que possibilitaram sua morte.¹³

Como bem assevera Maria Helena Diniz, mesmo sopesando o fato de que muitos são adeptos ao suicídio assistido, cumpre ressaltar que é defeso os médicos participarem de suicídio de pacientes. Caso o suicídio assistido passasse a ser aceito e houvesse regulamentação legal que permitisse a sua prática, esta regulamentação traria pretextos para que muitos quisessem acabar com suas vidas por não querer mais viver em meio a determinado sofrimento. Tal regulamentação poderia trazer uma série de consequências negativas para a vida das pessoas, visto que, muitos tentariam enquadrar-se na hipótese

12 BRASIL. Código Penal (1940). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.> Acesso em 01.jun.2016. Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

13 BALLOTPEIDIA. The encyclopedia of American Politicis. Disponível em: <[https://ballotpedia.org/Oregon_%22Death_with_Dignity%22_Measure_16_\(1994\)](https://ballotpedia.org/Oregon_%22Death_with_Dignity%22_Measure_16_(1994)).> Acesso em 16.jun.2016.

para possibilitar o suicídio assistido. Deficientes físicos, pessoas que sofreram amputações, graves acidentes e não conseguem mais desempenhar atividades e dependentes químicos, por exemplo, poderiam tentar utilizar do suicídio assistido, acreditando ser a solução aos problemas, quando, na verdade, é apenas o fim de suas vidas e de futuras mudanças que poderiam ocorrer.

2.4.3 *Distanásia*

A palavra *distanásia* provém do grego, onde *dis* significa afastamento e *thanatos* quer dizer morte, ou seja, consiste em um afastamento da morte, um prolongamento da vida apenas biológica do paciente. Tal método utiliza-se de meios artificiais para adiar a morte e, por consequência, prolongar a vida e o sofrimento do paciente.

Maria Helena Diniz, expõe:

Pela *distanásia*, também designada obstinação terapêutica ou futilidade médica, tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a *distanásia* é morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte. (DINIZ, 2014, p.507-508).

Nota-se que este método traz muita dor e sofrimento, não somente ao paciente, mas também para toda família, além de que, em algumas circunstâncias tal prolongamento ocorre mesmo que contra a vontade do paciente. A conduta de manter um tratamento contra a vontade do paciente pode ser tratada como constrangimento ilegal.

Diante de todo o exposto e o abordado quanto aos demais institutos, defendo que a maneira mais digna aos pacientes em estado terminal é utilizar-se da *ortotanásia*, conforme tratarei adiante, vejo que os demais institutos não respeitam a dignidade da pessoa humana e podem trazer consequências nefastas à vida dos seres humanos.

2.4.4 *Ortotanásia*

Conforme já mencionado, os institutos anteriores, sendo a *eutanásia*, *suicídio assistido* e *eutanásia*, não são consideradas boas opções aos pacientes em estado terminal, ressalta-se que existem defensores de tais institutos. No entanto, pelo que nota-se, a *ortotanásia* consiste no melhor método a ser utilizado pelos pacientes em estado terminal, visto que busca preservar a dignidade do paciente e garantir uma morte com dignidade, sendo que o animus não é matar e sim cuidar e preservar a dignidade do paciente.

A expressão *ortotanásia*, deriva do grego, onde “*orto*” significa correto e “*thanatos*” significa morte, significando “boa morte” ou “morte sem dor”. *Ortotanásia* é o termo utilizado pelos médicos que define a “morte natural”, sem interferência da ciência, assim permitindo ao paciente uma morte digna e sem sofrimento, deixando que a doença evolua e que a vida não seja mais prolongada por meios artificiais e, assim, acabar ou diminuir o sofrimento.

Não se trata de antecipação da morte, mas deixar que esta ocorra no momento certo, de acordo com a evolução do próprio quadro clínico do paciente.

Segundo Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, a ortotanásia é lícita, uma vez que ocorra sem que haja o encurtamento da vida. (LEITE, 2001, p. 283). Contudo, embora acabe por ocorrer o encurtamento da vida do paciente, não restará configurado como eutanásia, em virtude de que o *animus* era de aliviar o sofrimento do paciente.

Maria Helena Diniz, pondera sobre o tema, dizendo que:

(...) a ortotanásia, é a eutanásia por omissão, consistente no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais para prolongar a vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa sob o prisma físico, emocional e econômico, acatando solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares. (DINIZ, 2014, p. 499-500)

Segundo Adriana Maluf, a ortotanásia na prática:

configura-se como prática omissiva, ou seja, a suspensão do tratamento, dos medicamentos, ou mesmo de deixar de utilizar os meios artificiais de prolongamento da vida, em face de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa em todos os seus aspectos. (MALUF, 2013, p. 435)

A ortotanásia poderia ser considerada como uma modalidade de omissão de socorro, nos moldes do artigo 135 do Código Penal¹⁴. Segundo Edmilson de Almeida Barros Junior, a omissão de socorro sob o ponto de vista da medicina “é caracterizada como a simples possibilidade da existência de danos ao paciente pela falta de atendimento. Não é necessária a existência de nenhum dano, basta o perigo de este ocorrer”. (BARROS JR, 2011, p.59).

A ortotanásia, ora, morte natural, tem amparo legal nos países como Canadá, França, Japão, Estados Unidos, Inglaterra, dentre outros. Analisando o instituto e a afirmação dada acima, onde sugere que a ortotanásia se enquadraria em omissão de socorro, surge o questionamento se a prática configura crime no âmbito penal. Há muitos anos é sustentado que não configura crime, porém, desde que preencha alguns requisitos necessários, tais como; paciente em estado terminal, doença grave e sem possibilidade de cura e pedido do paciente. Nesse sentido, Celso Demanto, assevera que prática não configura crime de homicídio, o animus não é de matar, e sim de aliviar o sofrimento e a dor do paciente, o autor entende também que não pode ser considerada espécie de omissão de socorro, pela ausência de dolo, visto que a vida do paciente está sendo mantida de forma artificial. (DELMANTO, 2007, p.348).

Valido mencionar, a Resolução do Conselho Federal de Medicina Nº 1.805, de 2006,

14 BRASIL. Código Penal (1940). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01.jun.2016. Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (...).

que fora publicada em 28 de Novembro de 2006, que disserta:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.¹⁵

Diante do exposto, resta claro que, nos casos em que o paciente terminal vem vivenciando sofrimento desumano, o médico deve fazer o possível para amenizar o sofrimento do paciente. A ortotanásia tem fundamento, quando utilizada pelos médicos respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo em mente que a dignidade da pessoa humana consiste em um valor constitucional supremo, esta deve estar presente em todas as relações humanas.

Desta forma, entende-se que a ortotanásia, ou seja, morte natural, é inerente a dignidade da pessoa humana dos pacientes terminais. É notório que a maioria das pessoas tem dificuldades em finalizar ciclos, bem como entender que em tudo existe um começo, meio e fim. A vida humana, assim como tem início, chega o momento de findar-se, é certo que não cabe a nós, seres humanos, escolher por quanto tempo iremos viver, mas, com certeza, podemos escolher como queremos viver, assim sendo, podemos escolher viver com dignidade, aguardando até que a morte ocorra em seu tempo natural.

3 | METODOLOGIA

A presente pesquisa teórica explicativa busca a compreensão do assunto estudado, ou seja, a ortotanásia, assim como a compreensão das demais formas de terminalidade da

¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM Nº 1.805/2006. Disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 01.jun.2016.

vida, como a eutanásia, suicídio assistido e distanásia.

Para a elaboração deste estudo foi por meio de abordagem qualitativa, foi utilizada uma metodologia Teórico Jurídica, embasada em pesquisa bibliográfica e no direito comparado, estudando as áreas de Direito Penal, Constitucional e Bioética, foi realizada uma abordagem ampla e conceitual do tema, a fim de nortear o andamento da pesquisa.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Procurou-se com a pesquisa entender as formas de terminalidade da vida, sendo elas, a eutanásia, suicídio assistido, distanásia e ortotanásia e buscou analisar qual respeita a dignidade da pessoa humana e garante uma “morte digna”, além de analisar a relação existe entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a “morte digna”.

A partir de estudos doutrinários, e com consulta de publicações científicas que auxiliaram a abordagem do tema, foram elaborados diversos tópicos para tratar de cada forma de terminalidade da vida, bem como a relação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a “morte digna”.

Como conclusão, a ortotanásia é a melhor forma de respeitar a dignidade do paciente em estado terminal, levando em consideração os requisitos necessários, além de respeitar a vontade do paciente e preservar sua integridade, não visando encurtar a vida, mas sim tutelar esta nas melhores condições.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ideias arroladas no presente artigo, não buscam defender a vida como um mero dever de existir, mas sim um direito de viver uma vida com qualidade e dignidade.

A vida sempre foi o bem de maior importância a todos os seres humanos, visto que, é dela que decorrem todos os direitos inerentes ao ser humano, estando devidamente tutelado o direito à vida no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, onde é garantida a inviolabilidade do direito à vida, cláusula pétrea, não podendo ser objeto de emenda constitucional.

É importante ter em mente que morrer faz parte do viver, embora exista uma série de avanços tecnológicos, descobertas na medicina, evolução na indústria farmacêutica, bem como diversos novos tratamentos, que por diversas vezes podem prolongar uma vida saudável, por outro lado, existem situações em que a vida é prolongada com aumento do sofrimento do paciente e de seus familiares, sendo impedida por muitas vezes a ocorrência da morte em seu tempo natural. O fato de prolongar a vida, por muitas vezes tem tornado o processo de morrer ainda mais doloroso, isto verifica-se em casos em que as pessoas encontram-se mantidas em leitos hospitalares, dopadas com uma série de remédios, sem poder sair do leito e sem ter qualquer contato com os familiares, bem como pacientes

com câncer em estágio avançado sendo submetidos a tratamentos, mesmo sem haver expectativa de melhora, apenas o desgastado mais e tornando a vida um fardo, uma dor, uma tristeza e, tudo isso, apenas para garantir alguns dias a mais de existência.

Considerando a dignidade da pessoa humana, a medicina deve preocupar-se com o bem estar do paciente, utilizando de cuidados e meios que melhorem a qualidade de vida, e não tratamentos que tragam desconforto e procrastinação da vida com consequente aumento do sofrimento, acabando por diminuir ainda mais a vontade de viver de um paciente, quando um paciente tem expectativa de melhora a vida tem um sentido, no entanto, quando os tratamentos só adiam a morte por um curto período, a forma com que o paciente irá encarar a vida é como um fardo.

Diante de todo o estudo realizado, conclui-se ser a ortotanásia, ou morte natural, a melhor forma de ter tutelada a dignidade da pessoa humana dos pacientes terminais, todavia, deve prevalecer a vontade dos pacientes de não se submeter a tratamentos fúteis, que tenham o objetivo de procrastinar o sofrimento e a dor. A prática da ortotanásia não consiste em violação da vida, pois não busca abreviar a vida, nem mesmo prolongar a vida de forma que atinja a dignidade do paciente.

É clara a importância do testamento vital, onde o paciente deixa por escrito quais tratamentos deseja ou não ser submetido, essas disposições são muito úteis para que a autonomia da vontade do paciente seja respeitada, evitando, assim, que os familiares decidam por sua vontade, acabando por desrespeitar a dignidade do paciente e causar-lhe maior sofrimento.

No entanto, se não existe a vontade expressa do paciente e este não se encontra em pleno gozo de suas capacidades mentais para declara-la, seria ético o médico decidir pela ortotanásia, visto que a aplicação de tratamentos ineficazes apenas atentam contra a dignidade do paciente, porém, o fato de não existir lei no Brasil que autorize a prática, acaba sendo limitada a atuação do profissional de saúde. Embora o Código de Ética Médica recomende a humanização da morte, isto não garante aos profissionais da saúde que não sofrerão sanções caso pratiquem tal conduta.

A omissão legislativa no que concerne ao assunto “ortotanásia” limita a atuação dos médicos. O legislador brasileiro deveria adotar uma postura, permitindo a regulamentação do assunto em discussão, com a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana no momento de sua morte, passando, portanto, a tutelar a vida do começo ao fim.

Devem ser evitados os demais institutos como a eutanásia, suicídio assistido e distanásia, visto que, esses não respeitam a dignidade do paciente, além de que, tanto a eutanásia como o suicídio assistido, são enquadrados como crime.

O direito a uma “morte digna” é um direito implícito em nossa Constituição Federal, diretamente ligado ao direito à vida, haja vista que a vida tem início, meio e fim, não tendo como evitar a morte, assim, o direito a “morte digna” está ligado também ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É obvio que o direito deve proteger e tutelar a vida humana, mas, além disso, deve também garantir o direito à “morte digna”. A morte é inerente a vida, não há como fugir. De que adianta ter a vida prolongada se a pessoa deixou de viver e passou apenas a existir? Como diria o poeta Mario Quintana “morrer, que me importa? (...) O diabo é deixar de viver”.

Desta forma, o direito a “morte digna” encontra-se inerente ao princípio da dignidade e, neste momento, respondo a pergunta: Deixar morrer ou tentar fazer viver? Há de se deixar morrer com dignidade, ao invés de fazer viver uma vida indigna, quando na verdade já não se vive mais, apenas existe, na tentativa de suportar o sofrimento.

APOIO

PIBIC Mackenzie.

REFERÊNCIAS

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida*. In: MIGLIORE, Alfredo D. B.; SCALQUETTE, Ana Claudia; LIMA, Cíntia R. P.; BERGSTEIN, Gilberto (Coord.). São Paulo: LRT, 2010.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional*. Revista Síntese Direito de Família. São Paulo. v. 13, n. 68, 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direito de personalidade e autonomia privada*. Coleção Professor Agostinho Alvim, Coordenador Renan Latufo. 2.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROS JR., Edmilson de Almeida. *Código de ética médica comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9.ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KOVÁCS, Maria Júlia. *Educação para a morte: temas e reflexões*. São Paulo: Casa do Psicólogo: FAPESP, 2003.

LEITE, Maria Celeste Cordeiro. *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Ed., t.II, 1996, BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.p.63, apud ROCHA, Renata da. *O Direito à vida e a pesquisa com células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa com células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SICHES, Luis Recasens. *Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*, 2003, p.254, apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SITES

BALLOTPEDIA. The encyclopedia of American Politicis. Disponível em: <[https://ballotpedia.org/Oregon_%22Death_with_Dignity%22,_Measure_16_\(1994\)](https://ballotpedia.org/Oregon_%22Death_with_Dignity%22,_Measure_16_(1994))>. Acesso em 16.jun.2016.

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 01.jun.2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 01.jun.2016

BRASIL. Código Penal (1940). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01.jun.2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM N° 1.805/2006. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 01.jun.2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.995/2012.

MADRUGA, Célia Maria Dias. Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba. Disponível em <http://www.crm-pb.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21888:morrer-com-dignidade&catid=46:artigos&Itemid=483>. Acesso em 01.jun.2016

NAÇÕES UNIDAS BR. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em 01.Jun.2016.

TESTAMENTO VITAL. Disponível em <<http://testamentovital.com.br/diretivas-antecipadas-de-vontade/>>. Acesso em 01.jun.2016.

CUIDADOS PALIATIVOS: O ENFERMEIRO COMO FACILITADOR COM OBJETIVO DE PROMOVER O ENTENDIMENTO DO SIGNIFICADO DO CUIDAR NO PROCESSO DA MORTE

Data de aceite: 01/03/2021

Catiane Rios do Nascimento

Graduado em Enfermagem pela Universidade Estácio de Sá. Campus Norte Shopping Rio de Janeiro, RJ, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/8023679438273354>

Verônica Cristina Vieira Barbosa

Graduado em Enfermagem pela Universidade Estácio de Sá. Campus Norte Shopping Nova Iguaçu, RJ, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/7099006190298640>

Claudia dos Santos Medeiros

Graduado em Enfermagem pela Universidade Estácio de Sá. Campus Norte Shopping Rio de Janeiro, RJ, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-5389-5854>

Marília Rodrigues de Souza

Graduado em Enfermagem pela Universidade Estácio de Sá. Campus Norte Shopping Rio de Janeiro, RJ, Brasil
<http://lattes.cnpq.br/0879503060944991>

Valesca Pereira da Cruz Motta

Graduado em Enfermagem pela Universidade Estácio de Sá. Campus Norte Shopping Rio de Janeiro, RJ, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-5259-8460>

RESUMO: O surgimento dos Cuidados Paliativos foi como uma filosofia de cuidados integrais, a pacientes em estado terminal com alívio da dor e do sofrimento. Estes cuidados oferecem a ação de uma equipe interdisciplinar,

e cada profissional reconhece o limite da sua atenção que contribuirá para que o paciente, em estado de finitude, tenha uma boa morte.

Objetivo: Assim, este estudo teve como objetivo compreender os significados do cuidar na visão dos enfermeiros e dos respectivos familiares, em cuidados paliativos, trazendo a possibilidade de revelar suas implicações no cotidiano do trabalho, além de perceber todo o processo da morte.

Metodologia: Trata-se de um estudo de pesquisa descritivo com abordagem qualitativa, por meio de levantamento bibliográfico. **Resultados e**

Discussão: Desta forma, observa-se que para alcançar resultados que levam ao entendimento da morte digna, é primordial que o enfermeiro empregue uma linguagem simples e explicativa, destacando a importância de uma assistência especializada ao paciente terminal. **Conclusão:** Esta pesquisa visa ampliar o conhecimento do significado das práticas dos cuidados paliativos tendo o Enfermeiro como ponte para melhor entendimento desse processo, e fornecer subsídios a futuros estudos que tratarão da temática.

PALAVRAS-CHAVE: Cuidados Paliativos. Cuidados de Enfermagem. Paciente Terminal. Morte.

PALLIATIVE CARE: THE NURSE AS A FACILITATOR WITH THE OBJECTIVE OF PROMOTING THE UNDERSTANDING OF THE MEANING OF CARING IN THE DEATH PROCESS

ABSTRACT: The emergence of Palliative Care was like a philosophy of comprehensive care for terminally ill patients with relief from pain

and suffering. This care offers the action of an interdisciplinary team, and each professional recognizes the limit of their attention that will contribute to the patient, in a state of finitude, to have a good death. **Objective:** Thus, this study aimed to understand the meanings of caring in the view of nurses and their families, in palliative care, bringing the possibility to reveal its implications in the daily work, in addition to perceiving the entire process of death.

Methodology: This is a descriptive research study with a qualitative approach, through bibliographic survey. **Results and Discussion:** Thus, it is observed that to achieve results that lead to the understanding of dignified death, it is essential that nurses use simple and explanatory language, highlighting the importance of specialized assistance to terminal patients. **Conclusion:** This research aims to expand the knowledge of the meaning of palliative care practices with the nurse as a bridge for a better understanding of this process, and to provide subsidies for future studies that will deal with the theme.

KEYWORDS: Palliative Care. Nursing Care. Terminal Patient. Death.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca a partir de pesquisa bibliográfica, explicitar de uma forma geral, como entender o significado do cuidar no momento da morte, com o enfermeiro como principal facilitador para um cuidado integral ao paciente terminal. O estudo histórico, social e psicológico é indispensável para melhor entendimento das possíveis manifestações emocionais que o paciente possa vir a demonstrar.

Desde do surgimento da Enfermagem, o cuidado a vida é primordial da profissão, cuja sua totalidade de trabalho gira em pró da vida, realizando procedimentos voltados à cura das enfermidades e à recuperação da saúde. Contudo, nós profissionais da saúde, nos defrontamos com o salvamento de vidas e também com momentos de morte, e com a realidade dura de compreender e atender essa última etapa do ciclo vital (1).

Desde 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) assumiu a filosofia dos cuidados paliativos (CP) como uma filosofia terapêutica humanizada no cuidado de pacientes sem prognóstico de cura, especialmente, quando a doença se encontra em fase terminal (1).

Uma abordagem mais humana é trazida pela prática dos Cuidados Paliativos, que contém importantes conceitos e atitudes integrais no alívio da dor na situação de terminalidade, vivenciada em âmbito hospitalar e domiciliar. O relacionamento de diferentes esferas de saber, de diversas culturas e personalidades neste momento pode, muitas vezes, deixar mais complexa a vivência da possibilidade de morte para todos os envolvidos, principalmente em culturas que tentam evitar contato com ela (2).

Considerando a morte como um processo natural; oferecer um cuidado que não acelere a sua morte, sem prolongar com medidas desnecessárias; proporcionar o alívio da dor e de outros sintomas, integrando os aspectos psicológicos e espirituais na estratégia do cuidado; oferecer apoio aos familiares para que suportem o período do luto: é uma das

diretrizes dos Cuidados Paliativos (3).

Contra uma corrente de pensamentos que tem uma visão de morte isolada em leitos e lares, os cuidados paliativos surgiu como uma alternativa de cuidado em sua totalidade. Cuidados esses voltados à pacientes sem possibilidade de cura para suas doenças, com o dispositivo de equipe interdisciplinar, trazendo cuidados alternativos e integrais para os pacientes, pautados no direito dos mesmos de viver e morrer com dignidade, e sua prática deve ser guiada pelo cuidado dos profissionais com compaixão e empatia pela pessoa que está morrendo e pelos seus familiares (4).

Toda ação profissional deve ser pautada na atenção e respeito aos princípios bioéticos de beneficência, não maleficência, autonomia do paciente e justiça, utilização de recursos na definição dos cuidados em saúde. O enfermeiro tem o dever de manter e respeitar a dignidade, a autonomia e capacidade de decidir do paciente, quando consciente acerca de seu futuro; algo que na prática parece não acontecer sempre. Quando constatado que já não há cura e que o paciente se encaminha para o fim da vida, não significa que não há mais o que fazer, ao contrário a partir daí surgem inúmeras possibilidades a serem oferecidas ao paciente e sua família, como sua autonomia, suas escolhas e desejo (5).

METODOLOGIA

Trata-se de um artigo de natureza descritiva com abordagem qualitativa, por meio de levantamento bibliográfico. Na base de dados Lilacs, Bdenf e Medline retirados da Biblioteca Virtual em Saúde (BVS), realizou-se cruzamento dos seguintes descritores: Cuidados Paliativos, Cuidados de Enfermagem, Paciente Terminal e Morte.

Classificam a pesquisa bibliográfica da seguinte forma: quando elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, revistas, publicações em periódicos e artigos científicos, jornais, boletins, monografias, dissertações, teses, material cartográfico, internet, com o objetivo de colocar o pesquisador em contato direto com todo material já escrito sobre o assunto da pesquisa. Na pesquisa bibliográfica, é importante que o pesquisador verifique a veracidade dos dados obtidos, observando as possíveis incoerências ou contradições que as obras possam apresentar (6).

A pesquisa descritiva tem como objetivo conhecer e interpretar a realidade sem interferir na mesma para modificá-la, mantendo seu foco na descoberta e na observação de fenômenos para, em seguida, descrevê-los, classificá-los e interpretá-los (7).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados apontam que cuidar de pacientes terminais exige muito mais do que conhecimentos técnico-científicos, requer a compreensão a fundo de sua individualidade, a partir de um relacionamento interpessoal de valorização da pessoa humana, contribuindo conseqüentemente, com o processo de humanização dos cuidados paliativos. Com isso

apresentamos duas categorias: Significado do cuidar para uma boa morte e Atuação do enfermeiro em cuidados para uma morte digna.

CATEGORIA 1: SIGNIFICADO DO CUIDAR PARA UMA BOA MORTE

Essa categoria tem a finalidade do cuidar em enfermagem para uma boa morte relacionado a promoção do conforto ao paciente que significa em aliviar os desconfortos físicos como a dor e a angústia respiratória, oferecendo suporte social e emocional a pessoa em processo de terminalidade e a sua família, possibilitando a presença de seu ente querido no momento da morte, assegurando a manutenção da integridade e do posicionamento corporal com medidas de higiene e de prevenção de lesões na pele, evitando os odores e o surgimento de feridas que estigmatizam e provocam o sofrimento (8).

Para realizar o cuidado humanizado e estar com o doente, o enfermeiro dispõe de uma ferramenta essencial, ou seja, ele próprio. Tornando-se fundamental transcender a si próprio, para ser capaz de fornecer os cuidados de enfermagem terapêuticos aos doentes, como a autoconsciência, esclarecimento dos valores, exploração dos sentimentos, senso de ética e responsabilidade (9).

Podemos dizer que o cuidar, em cuidados paliativos, é uma arte, em que as relações humanas assumem um papel de destaque e permitem a preservação da qualidade de vida da pessoa mesmo numa situação complexa, proporcionam uma morte tranquila e promovem um processo de luto. Assim, a significação e a compreensão dos cuidados paliativos têm uma amplitude que transpassa a própria palavra.

CATEGORIA 2: ATUAÇÃO DO ENFERMEIRO EM CUIDADOS PARA UMA MORTE DIGNA

Nesta categoria configura-se como se dará o processo em aliviar o sofrimento e melhorar a qualidade de vida na terminalidade.

É de grande importância que o cuidado seja prestado de forma humanizada, no que se refere ao paciente terminal, o cuidar não se restringe apenas à execução de atividades técnicas, mas envolve o paciente como um todo, dotado de histórias, sentimentos e expectativas, mais do que um simples cuidado técnico, ouvir o que o paciente deseja expressar, acalmar, acolher, e valorizá-lo em todas as suas dimensões (10).

A avaliação da dor é o ponto fundamental para o planejamento do cuidado, desta forma aliviar a dor consiste em uma das práticas primordiais nos cuidados paliativos, pois busca, acima de tudo, o bem-estar e o conforto do paciente. Seu manejo pode ser feito através de intervenções farmacológicas e não farmacológicas, entre outras (11).

Outra avaliação importante é a preservação da autonomia desses pacientes, pois todo indivíduo tem direito da tomada de decisão sobre sua assistência, portanto o enfermeiro deve sensibilizar seus familiares com objetivo de entender seus desejos e atitudes para

que não haja desrespeitos das suas decisões.

CONCLUSÃO

Cuidados paliativos são tratamentos em evolução, e indispensável diante do grande crescimento de número de casos de doenças crônicas degenerativas no Brasil e no mundo (12). Um fator alarmante é o número de casos já em estágio avançado que chegam às unidades. Os profissionais que realizam esses cuidados vivenciam situações, que os colocam frente a frente com o momento da morte e do morrer diariamente e precisam desempenhar procedimentos mesmo quando o objetivo não é a cura. Conciliam racionalidade e sensibilidade nas interações dos profissionais de saúde com o paciente e sua família assegurando a sua dignidade.

Portanto, concluímos que esse cuidado prestado pelos enfermeiros não é tão simples assim, requer um conhecimento e reconhecimento que esta filosofia de cuidado se dar, em conjunto com uma equipe multidisciplinar, necessita de uma prática e uma dedicação total a esses pacientes que se encontram fragilizados, com medo e receio do que será o amanhã para eles. Temos que estar preparados para realizarmos procedimentos técnicos aliados com os teóricos, e também ter uma escuta qualificada para que o cuidado seja entendido pelo paciente em sua convalescência, e por seus familiares, pois pelo tempo e a demanda da doença os mesmos passam a receber nossa atenção e de toda a equipe.

REFERÊNCIAS

1 ALMEIDA, C.S.L.; SALES, C.A.; MARCON, S.S. O Existir da Enfermagem Cuidando na Terminalidade da Vida: um estudo fenomenológico. São Paulo: Revista Escola Enfermagem, 2014.

2 ARANTES, M.C. Comportamento da Equipe de Saúde Frente ao Paciente Terminal na UTI. São Paulo: Instituto Brasileiro de Terapia Intensiva, 2010.

3 HERMES, H.R.; LAMARCA, I.C.A. Cuidados Paliativos: uma abordagem a partir das categorias profissionais de saúde. Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Sociais, Escola Nacional de Saúde Pública, FIOCRUZ, 2013.

4 FLORIANI C.A.; SCHRAMM F.R. Cuidador do Idoso com Câncer Avançado: um ator vulnerado. Rio de Janeiro: Caderno Saúde Pública, 2007.

5 SANTANA, J.C.B.; CAMPOS, A.C.V; BARBOSA, B.D.G.; BALDESSARI, C.E.F.; PAULA, K.F.; REZENDE, M.A.E.; DUTRA, B.S. Cuidados Paliativos aos Pacientes Terminais: percepção da equipe de enfermagem. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2009.

6 PRODANOV, C.C.; FREITAS, E. C. Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico; 2º ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

7 VIEIRA, A.V. As Tipologias, Variações e Características da Pesquisa de Marketing. Curitiba: Revista FAE, 2002.

8 SILVA, R.S.; PEREIRA, A.; MUSSI, F.C. Conforto para uma Boa Morte: perspectiva de uma equipe de enfermagem intensivista. Rio de Janeiro: Escola Anna Nery vol.19 n° 1, 2015.

9 CHERNICHARO, I.M.; SILVA, F.D.; FERREIRA, M.A. Humanização no cuidado de enfermagem nas concepções de profissionais de enfermagem. Escola Anna Nery Revista Enfermagem, 2011.

10 POTT, F.S.; STAHLHOEFER, T.; FELIX, J.V.C.; MEIER, M.J. Medidas de Conforto e Comunicação nas Ações de Cuidado de Enfermagem ao Paciente Crítico. Brasília: Revista Brasileira de Enfermagem vol. 66 n° 2, 2013.

11 PESSINI, L.; BERTACHINI, L. Humanização e Cuidados Paliativos. São Paulo: Editora Loyola 3° ed.; 2004.

12 SOUZA, G. História dos Cuidados Paliativos. Porto Alegre: AMGH editora Ltda., 2011.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Ambiguidades 4, 65

Argentina 77, 78, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91

Atuação empresarial 150

B

Biodireito 43, 116, 215, 216, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 229, 230, 231, 232, 233, 264, 265, 282, 283

C

Constitucionalismo 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 89, 91, 92, 249

Cuidados paliativos 284, 285, 286, 287, 288, 289

D

Desinvestimento estatal 174

Direito 1, 3, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 68, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 98, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 146, 147, 148, 150, 151, 152, 153, 155, 158, 163, 167, 172, 173, 177, 179, 187, 188, 189, 190, 192, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 207, 208, 209, 213, 214, 215, 216, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 238, 239, 241, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 279, 280, 281, 282, 283, 286, 287, 290

Direito animal 9, 11, 15, 94, 95, 105, 106, 116, 117, 118, 119, 120, 123, 124, 126, 127

Direitos fundamentais 26, 27, 51, 62, 80, 88, 106, 108, 109, 110, 114, 123, 128, 129, 132, 134, 135, 151, 152, 190, 191, 196, 197, 201, 208, 216, 232, 234, 238, 246, 257, 258, 267, 271, 272, 283

Direitos não-humanos 43, 44, 45, 56

L

Licitações 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 173

M

Maus-tratos 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 111, 124, 133, 136

Meio ambiente 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 13, 15, 17, 25, 26, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 39, 40, 41, 55, 69, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 89, 90, 91, 95, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 106, 116, 119, 123, 132, 231, 290

Moradia 16, 17, 18, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 254

Multiculturalismo 43, 44, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 62

N

Natureza 2, 14, 16, 17, 20, 21, 22, 24, 27, 32, 33, 35, 47, 48, 58, 59, 62, 64, 65, 66, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 80, 82, 87, 99, 103, 109, 111, 113, 115, 116, 117, 120, 123, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 138, 139, 140, 145, 146, 148, 150, 151, 167, 168, 173, 175, 221, 223, 228, 230, 238, 268, 269, 272, 276, 286

O

Objecção médica 251

Oncologia 234, 235, 237

Online dispute resolution 204, 205, 208, 209, 212, 214

Ortotanásia 266, 274, 277, 278, 279, 280, 281, 282

P

Pequenas empresas 34, 41, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163

R

Retórica verde 1, 7

S

Sustentabilidade ambiental 16, 25, 27

T

Terceiro setor 137, 138, 147, 148, 149, 150, 151

Titularidade de direitos 108, 128, 134, 135

Tratamento de resíduos sólidos 30, 35

Tutela ambiental 9, 10, 11, 13, 86

Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

3

- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉ contato@atenaeditora.com.br
- 📷 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
- 📘 www.facebook.com/atenaeditora.com.br



Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

3

- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉ contato@atenaeditora.com.br
- 📷 @atenaeditora
- 📘 www.facebook.com/atenaeditora.com.br

