

conceito jurídico

ano I | | abril de 2017 | | nº 04



Tereza Rodrigues Vieira

Animal e Direito: o afeto como base de família multiespécie **pág. 6**

conceitojuridico.com

Exemplar de assinante. Venda proibida.



zakarewicz
editora

ANIMAIS BIOÉTICA E DIREITO



OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Marcelo Ferreira Machado

Reflexões iniciais acerca do
PL nº 4.302/98



DOCTRINA

Eduardo Luiz S. Cabette

Relativizando a tortura ou
o retorno da barbárie



CONJUNTURA

Allan Titonelli Nunes

O equívoco da tentativa de
aumentar a arrecadação por
meio da elevação da tributação

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO

conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Celso Bubeneck, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Alice Monteiro de Barros, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Edson de Arruda Camara, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Francisco Fausto Paula de Medeiros, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Gomes de Barros, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Yousef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: MC Coelho - Produção Editorial

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.



zakarewicz
editora



Em edição especial, a revista **Conceito** convidou renomados articulistas para discorrerem sobre algumas das infindáveis discussões acerca da relação entre os animais humanos e os animais não humanos, enfrentando os principais desafios bioéticos e jurídicos oriundos dessa delicada convivência.


Ao se inteirar sobre os direitos dos animais, o leitor se depara com uma das mais perversas falhas humanas: a violência. Quer na forma de maus-tratos e abusos, quer em condutas como ferir, mutilar, abandonar ou submeter a trabalho excessivo, a violência contra animais é, na verdade, uma prática criminosa.

A unanimidade entre os autores, que serve à reflexão do leitor, é que o animal é ser senciente, que possui direitos fundamentais e merece viver com dignidade.

A ética universal não permite que animais domésticos, de circo, de rodeios, cobaias em laboratórios e nenhum outro sofra maus-tratos. Nessa perspectiva, a proteção é um dever de toda a sociedade e do poder público, os quais não podem se omitir ante a violação dos direitos dos animais não humanos.

Conforme a lição da Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal Tereza Rodrigues Vieira, a qual publicou recentemente a obra "Animais, Bioética e Direito", coordenada por ela e pelo professor Camilo Henrique Silva, ao conceder entrevista exclusiva para esta edição da **Conceito Jurídico** afirmou que:

O Direito brasileiro enfrenta questão nova e pungente, os direitos dos animais. Contudo, para ter sucesso na proteção dos animais não humanos frente às diversas e controvertidas relações com os seres humanos, precisa se inovar, rever conceitos e pré-conceitos tradicionais, alterando substancialmente a legislação civil e criminal. A Constituição Federal de 1988 fundamenta o legislador na elaboração de normas civis e penais para uma verdadeira revolução legislativa em favor dos animais. Destarte, basta romper as barreiras do preconceito para, numa mudança de paradigma, garantir aos animais uma existência digna e livre de sofrimento imposto pelo homem.

Para os mencionados autores, "A luta em defesa do direito dos animais é plural, e é singular". Trata-se de responsabilidade inerente a todos os seres humanos, os quais têm o dever moral de respeitar os não humanos, já que na contemporaneidade a chamada família multiespécie, entre pessoas e animais de companhia, principalmente cães e gatos, tornou-se uma realidade. 

Adriana Zakarewicz

SUMÁRIO

3

EDITORIAL

Adriana Zakarewicz

6

ENTREVISTA

Animal e Direito: o afeto como base da família multiespécie

Tereza Rodrigues Vieira

9

PAINEL
ECONÔMICO

É irracional resistir ao ajuste fiscal?

Francisco Pessoa Faria

12

PROPOSTAS E
PROJETOS

Um novo monstro na República

Germano Silveira de Siqueira e
Guilherme Guimarães Feliciano

14

DIREITO E
BIOÉTICA

Quebra do sigilo médico

Eudes Quintino de Oliveira
Júnior

16

PAINEL DO LEITOR

**O futuro do Direito e o
Direito do futuro**

Luiz Flávio Filizzola D'Urso

18

DESTAQUE

Aspectos relevantes da delação premiada

Sebastião Ventura Pereira da
Paixão Júnior

20

CAPA

**A legalização da violência
com os animais**

Vanice Orlandi

68

DIREITO
EMPRESARIAL

Alerta ao ex-sócio

Leonardo Honorato Costa

70

VISÃO JURÍDICA

O futuro da arbitragem

Arnoldo Wald

73

ENFOQUE

A Culpa da coisa

Sergio R. do Amaral Gurgel

76

TENDÊNCIAS

**Reflexões iniciais acerca do
PL 4.302/98 que altera a
natureza restrita do trabalho
terceirizado no Brasil**

Marcelo Ferreira Machado

84

IN VOGA

A violação da Constituição Federal e da segurança jurídica nas suspensões de segurança em reintegração de posse

Pedro Puttini Mendes

88

PORTAL JURÍDICO

13 medidas práticas e objetivas para solucionar os problemas do sistema prisional

Cândido Furtado Maia Neto

94

CONJUNTURA

O equívoco da tentativa de aumentar a arrecadação por meio da elevação da tributação

Allan Titonelli Nunes

97

CONTEXTO

Uma reforma das garantias para ampliar o acesso ao crédito

Fábio Rocha Pinto e Silva

100

DOCTRINA

Relativizando a tortura ou o retorno da barbárie

Eduardo Luiz Santos Cabette

109

PONTO DE VISTA

Procurando sair da crise

Antonio Oliveira Santos

ESPAÇO RESERVADO PARA APOIADORES

Animal e Direito: o afeto como base da família multiespécie

POR TEREZA RODRIGUES VIEIRA



ARQUIVO PESSOAL

Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal; Mestre e Doutora em Direito pela PUC-SP; Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense, UNIPAR. Advogada em São Paulo. Tereza Rodrigues Vieira publicou recentemente a obra *Animais, Bioética e Direito*, coordenada por ela e pelo professor Camilo Henrique Silva. Trata-se de uma coletânea de artigos que abarca importantes temas relacionados à temática “homem e animal não humano”.

Considerando-se que os lares brasileiros possuem, hoje, mais animais de estimação que crianças, seja nos grandes centros ou nas pequenas cidades, tenha a família filhos ou não é de extrema importância discutir alguns aspectos da chamada família multiespécie entre pessoas e animais de companhia, principalmente cães e gatos.

REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *O que a levou a estudar a temática animal no Direito?*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA – Por ser um assunto fascinante e crer que os animais não têm recebido do Direito a devida consideração como seres sencientes, ou seja, a capacidade de um animal não humano de sentir prazer, dor, sofrimento e manifestar felicidade. Não é um assunto de interesse apenas dos biólogos, zoólogos, veterinários.

REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *Quais são os principais dilemas jurídicos na área animal?*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA – Muitos. Posso citar alguns exemplos. Os animais têm “dono”? É justa a separação entre filhotes e pais poucos dias após o nascimento? O egoísmo humano nos conduz a retirar os filhotes dos pais e os comercializar? Se não podemos separar pais e filhos humanos, como explicar o porquê da permissão de isso ocorrer com os animais? Qual o motivo que leva alguns casais a considerar seus animais de estimação como filhos? Prender o cachorro em correntes ou guias, por exemplo, pode ser considerado maus tratos? Devemos legislar sobre a proteção dos animais de companhia ou esses devem ser tratados como “coisas”?

REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *O animal faz parte da família?*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA – O conceito de família tem sido recriado para abrigar novos arranjos que não mais cabem nos modelos tradicionais. Não se está aqui atribuindo aos animais o status de pessoa humana, mas seres dotados de sensibilidade, portanto, merecedores de cuidados especiais.

REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *Na área de família também há controvérsias que ensejam debates?*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA – Sem dúvida. O afeto criado entre os tutores (ou guardiães, em vez de “donos”) e o animal de companhia, principalmente cães e gatos, também gera consequências jurídicas quando o casal decide se separar, uma vez que não pode ser tratado como coisa. Com quem fica o animal de estimação quando o casal se separa? A competência é da Vara Cível ou Vara de Família? É possível guarda compartilhada? Quais os critérios a serem observados pelo juiz para determinar uma possível guarda? Deve haver pagamento de alimentos para o animal de estimação? O animal de companhia faz parte do grupo familiar? A família multiespécie é um modelo de família? Quem tem legitimidade para reclamar caso o animal não esteja sendo bem tratado pela família?

REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *Existe um vínculo afetivo entre a família e os animais de companhia?*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA – Sim, pois o lar é o ambiente onde a família convive e troca afeto, proteção e solidariedade. Os animais de companhia estão presentes nos lares de alto luxo ou debaixo da ponte onde a pessoa em situação de rua faz sua morada. Não são pai e filho, mas a guarda deve ser responsável, como a de um filho, pois não é uma “coisa”. Analogamente, pode ser aplicado o Estatuto da Criança e do Adolescente. A morte de um animal, mesmo que por velhice, causa forte sofrimento na família. Alguns até se valem de ajuda psicológica em caso de luto pela perda animal.

REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *De que forma os animais contribuem para o bem-estar da família?*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA – Os animais de estimação, principalmente cães e gatos, são conhecidos pelo bem que fazem aos humanos no que concerne à auto-estima, à segurança, saúdes cardíaca e vascular, redutor de estresse, melhoram a interação social, comunicação e auxiliam a afastar a depressão. Maus tratos demonstram falta de afeto, indicando descaso.

REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *A senhora é a favor de pesquisas com animais?*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA – É um tema difícil, pois não queremos que os animais sejam usados nas pesquisas, porém desejamos viver mais. Queremos que o país importe medicamentos para curar nossas graves doenças, e nem nos importamos como foram testados. Invadimos laboratórios para libertar os animais usados em pesquisas, porém não invadimos os frigoríficos que matam milhares e milhares de animais todos os dias para consumo no país e exportação.

Dever-se-ia substituir o seu uso pelas metodologias alternativas. Os governos poderiam contribuir para o desenvolvimento de novos métodos alternativos do uso do animal. Seria responsabilidade dos órgãos responsáveis validar e certificar com rapidez e precisão estas novas alternativas. Os custos destes métodos alternativos e dos simuladores devem ser barateados para que ninguém mais faça uso de animais. Não é justo que sintam dor, sofrimento ou estresse para sanar a agonia apenas dos humanos. Não defendemos que animais são pessoas, mas que eles merecem consideração, uma vez que são dotados de sensibilidade e afeto.


REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *O que acha de animais presos?*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA – Os pássaros, por exemplo, não devem viver enjaulados para serem contemplados. A beleza animal é encantadora, seja por sua formosura, imponência, cores, elegância, inteligência, fidelidade etc., mas animais domésticos não devem ficar presos. Alguns tipos de pássaros que estão presos em pequenos espaços poderiam atravessar o mundo voando. Prendem-se em aquários animais que poderiam conhecer a imensidão dos oceanos ou rios. Como separar a admiração do desejo de domínio?

REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *Que mensagem gostaria de deixar aos leitores?*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA – Não devemos esquecer que somos responsáveis pela proteção dos animais, independente de quem seja o seu guardião. Deve possuir a guarda aquele que tiver condições de conceder ao animal uma vida saudável, sem qualquer tipo de sofrimento ou maus-tratos. A inexistência de uma lei específica não pode ser motivo para que seus sentimentos e necessidades sejam ignorados. As crianças devem ser educadas, na escola e na casa, para o respeito aos animais, sem donos, mas com guardiães e sem exploração ou aprisionamento. Não são coisas, mas vidas que se relacionam com membros de outras espécies. Quando aprisionamos, estamos protegendo ou maltratando o animal?

REVISTA CONCEITO JURÍDICO – *A senhora publicou recentemente a obra “Animais, Bioética e Direito”. Qual o seu conteúdo?*

TEREZA RODRIGUES VIEIRA – A obra *Animais, Bioética e Direito* é coordenada por mim e pelo professor Camilo Henrique Silva. Com o auxílio de outros professores e advogados a obra aborda as temáticas que envolvem o *status* jurídico dos animais no Brasil, a personalidade jurídica, os animais de estimação como ente familiar, além da responsabilidade civil dos *petshops* e das clínicas veterinárias pelos danos causados aos animais. Ademais, há estudos sobre a possível disputa pelo animal em caso de divórcio, as políticas públicas destinadas aos animais, a exploração do trabalho animal, a mídia e os animais, a prática do rodeio, os abusos cometidos na pesquisa em animais, o sacrifício de animais em rituais religiosos, a zoofilia e, também, a responsabilidade de todos na defesa dos animais. 

É irracional resistir ao ajuste fiscal?

■ POR FRANCISCO PESSOA FARIA



“A construção de um ajuste fiscal duradouro exigiria um discurso e postura política que não são vistos na atual conjuntura. Exigiria que em troca do “sangue, suor e lágrimas” de hoje não se oferecesse apenas um seguro contra o inevitável acerto de contas futuro, mas também medidas imediatas que efetivamente garantissem que o enorme sacrifício não fosse desperdiçado.”

O Executivo, parte importante dos analistas econômicos e os principais meios de comunicação estão convencidos de que é preciso desatar o nó fiscal para que o Brasil volte a crescer, assim como concordam que esta tarefa passa pela reforma previdenciária. Tal convergência pode dar a falsa impressão de que a aprovação das mudanças que darão sustentabilidade à Previdência são favas contadas. Trata-se de uma avaliação muito otimista, que peca por não considerar, em sua devida dimensão, a oposição às mudanças – não a oposição “já esperada” de algumas forças da sociedade civil, mas sim a do “eleitor comum”.

O referido eleitor, que sofre as consequências da grave crise econômica, diz apoiar reformas – mas desde que elas não atinjam seu bolso. É um eleitor visceralmente contra o aumento de impostos, e para convencê-lo a contribuir com mais uma cota de sacrifício seria necessário incorporar à agenda do ajuste outros itens tão urgentes quanto os que são discutidos na reforma da Previdência, mas esquecidos por nós, economistas: combate à corrupção, eficiência dos gastos públicos e maior justiça tributária.


Muitos associam a oposição ao ajuste das contas públicas apenas a motivações não republicanas (como interesses corporativos e cálculos eleitorais) ou à ignorância, a qual faria a população – incapaz de perceber a escolha clara entre os sacrifícios no presente ou o caos iminente – tomar atitudes irracionais. É claro que as intenções inconfessáveis e o desconhecimento estão presentes no atual debate, mas é preciso considerar que há muito mais por trás da resistência a medidas que impliquem mais tributos ou contribuição: a avaliação de que parte relevante do esforço não será utilizado para efetivamente melhorar o país.

Já que a metáfora do orçamento doméstico vem sendo bastante usada para defender as duras medidas de limitação de gastos e a necessidade de aumento de contribuição da população, vamos utilizar esta figura de linguagem para começar a expor nosso ponto de vista. Imagine que o síndico do prédio em que você mora comunique que a taxa de condomínio será majorada pela enésima vez para cobrir uma dívida no banco e o pagamento da folha salarial. Mas imagine, ainda, que você percebeu que aquele sujeito, o síndico, no cargo há anos, apresenta claros “sinais exteriores de riqueza”: compra sempre o carro mais caro, viaja constantemente

para o exterior e acabou de reformar seu apartamento. Você não entende direito como ele consegue tal proeza, como também não entende porque o síndico não cancelou a realização das festas de final de ano ou os caríssimos serviços de paisagismo. Nessas condições, não é razoável que você resista ao aumento, já que seu síndico não parece confiável?

O brasileiro aparentemente também não acredita nos “síndicos do Condomínio Brasil”, em especial aqueles do Executivo e Legislativo. Na pesquisa *Datafolha* divulgada no final de 2016 (que revelou que 60 % da população opunham-se à PEC 55) há uma pergunta sobre como as pessoas avaliam os gastos públicos. Pois bem: para 89% os recursos (independente do fato de serem suficientes ou não) estão sendo mal aplicados em serviços para a população. Levando em conta essa percepção, não parece justo dizer que a resistência ao ajuste fiscal é irracional.

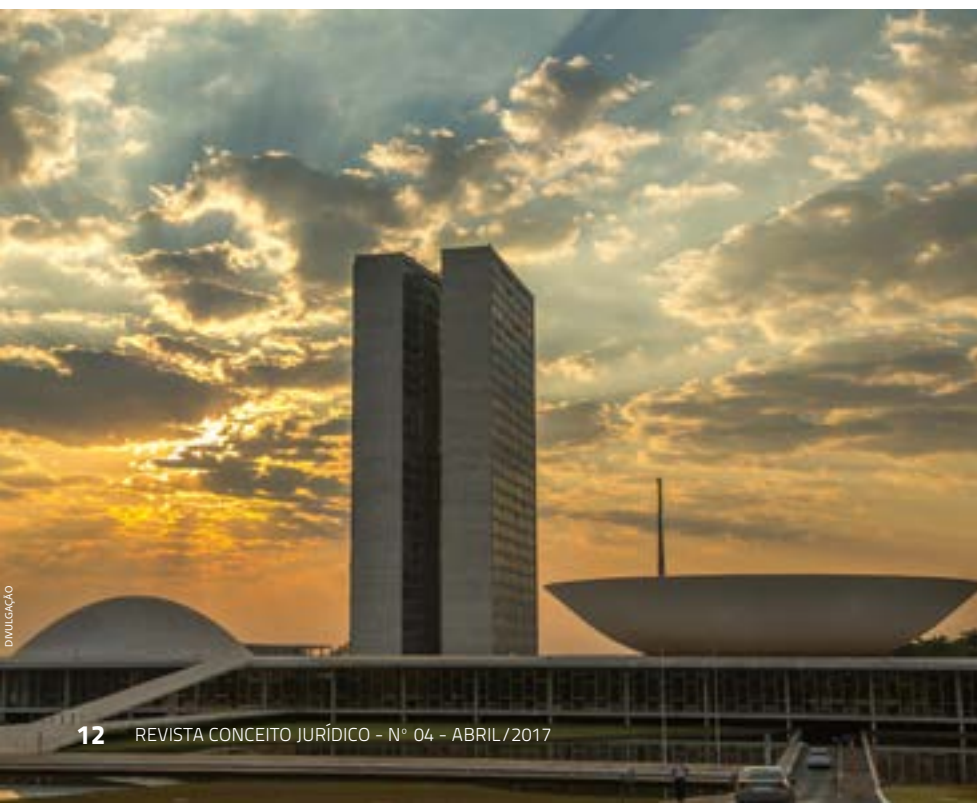
Em qualquer momento e local esse posicionamento da população já seria importante entrave às medidas propostas pela atual equipe econômica. No Brasil de hoje, a tarefa de quem se propõe a combater déficit é ainda mais difícil, pois o eleitorado, felizmente, sofisticou-se. Por um bom período, a formalização do emprego avançou no país e, com isso, cresceu o número de pessoas que passaram a pagar taxas e impostos diretos, percebendo-se, portanto, *contribuintes*. E de 2013 para cá as pessoas aprenderam que ir para as ruas tem um impacto sobre a condução da política, percebendo-se *cidadãos*. Ou seja, os brasileiros finalmente estabeleceram a conexão entre taxaço e representação, e passaram a exigir dos políticos que seus impostos sejam gastos eficientemente. O cidadão contribuinte brasileiro surge com séculos de atraso em relação a seus congêneres inglês e norte-americano (*No taxation without representation!*), mas aparece em meio a uma revolução tecnológica que vem alterando de forma significativa as relações econômicas, sociais e políticas: sua “militância” foi potencializada pela internet, tendo sido vários os episódios recentes em que os parlamentares modificaram suas posições em função da divulgação de notícias na mídia ou nas redes sociais. O que nos leva de volta ao início do texto e ao pessimismo em relação à reforma da Previdência, uma vez que é difícil um Parlamento composto por membros para quem um mandato (e um foro privilegiado) torna-se quase um *habeas corpus* ter a determinação suficiente para aprovar medidas que tenham oposição tão forte do eleitorado, que atua através da permanente ágora virtual.

Estando essas premissas corretas, a construção de um ajuste fiscal duradouro exigiria um discurso e postura política que não são vistos na atual conjuntura. Exigiria que em troca do “sangue, suor e lágrimas” de hoje não se oferecesse apenas um seguro contra o inevitável acerto de contas futuro, mas também medidas imediatas que efetivamente garantissem que o enorme sacrifício não fosse desperdiçado. E que além de simulações de dívida pública e cálculo atuariais também fossem adotados, como instrumento de convencimento da população, o apoio a leis de combate à corrupção e a iniciativas que tornem mais justo e eficiente o gasto público, além de uma discussão profunda sobre nosso sistema tributário. Mas dado que, como já disse alguém, o eleitorado brasileiro está na era digital e a política nacional é analógica, o mais provável é que tenhamos que esperar um pouco mais e nos satisfazer não com uma reforma da Previdência estrutural, mas sim com o remendo do momento. 

Um novo monstro na República

■ POR GERMANO SILVEIRA DE SIQUEIRA E GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

“Que o Parlamento saiba reconhecer as graves deficiências da reforma proposta, para que se ressalvem, ao menos, os direitos sociais mínimos e as garantias institucionais da cidadania e das carreiras que precisam ser reconhecidas em suas especificidades.”




O Governo Federal enviou ao Congresso a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 287/2016, que busca promover a terceira grande reforma previdenciária encaminhada sob os mais diversos matizes partidários, desde a promulgação da Constituição Federal em 1998. A proposta, em linhas gerais, pretende restringir a proteção previdenciária e assistencial, aumentar a arrecadação correspondente e culpabilizar o Estado social pelo quadro de deterioração econômico-financeira que acomete o Brasil. Para o Governo Federal, a crise econômica faz da reforma algo “inadiável”.

Contudo, ao contrário do que se diz, o alegado déficit da Previdência deve-se sobretudo às renúncias fiscais, desonerações e desvinculações de receitas patrocinadas pelos próprios poderes constituídos. No ano de 2015, o somatório dessas renúncias correspondeu a aproximadamente 50% de tal déficit, sendo que, nos últimos anos, o total de renúncias previdenciárias chegou a R\$ 145,1 bilhões. O quadro foi agravado pela completa ineficiência na realização da dívida ativa previdenciária, que representou, em 2015, não mais que 0,32% da dívida executável (R\$ 1.127.000.000 arrecadados, contra um estoque de R\$ 350.678.000.000). Além do mais, a conta é historicamente equivocada: pelo modelo constitucional de Seguridade Social, pois haveria que se acrescentar, nas entradas de caixa da previdência, os recursos arrecadados com as receitas sobre prognósticos (loterias), a Cofins, a CSLL e o PIS/Pasep, o que não é obedecido pelos sucessivos governos. Nesse orçamento único, apenas em 2014 o superávit seria de 53 bilhões de reais.

O que se propõe com a PEC, no entanto, é desconhecer a condição especial da mulher no mercado de trabalho, igualando a idade mínima para aposentadoria em 65 anos, além de reduzir drasticamente o valor das pensões, já restringidas por ocasião da Emenda Constitucional (EC) 41/2003, inadmitindo a acumulação com aposentadorias. Além disso, exigir que, para receber proventos de aposentadoria no valor máximo (“teto”) aos 65 anos, os segurados comecem a trabalhar aos 16 anos. Alterar a base de cálculo dos benefícios para considerar toda a vida contributiva do segurado (inclusive a porção equivalente a 20% das menores contribuições, que hoje são descartadas no cálculo). São inúmeras as evidências de patente retrocesso social, sem qualquer contrapartida.

Especificamente em relação aos servidores públicos, todos aqueles que até agora ainda têm assegurados a paridade e/ou integralidade dos vencimentos ao tempo da aposentadoria em razão de terem admitidos no serviço público antes da EC 47/2005 perderão essa garantia, desde que não contem, ao tempo da promulgação da PEC, com 45/50 anos ou mais. No que diz respeito à magistratura, agride-se, por via oblíqua, as garantias da vitaliciedade e da irredutibilidade, comprometendo-se uma das vigas mestras da independência política dos juízes.

Por tantas razões, o texto da PEC não pode prosperar. Há outros caminhos, e, acima de tudo, há a dimensão social da Previdência, que parece ter sido olvidada. Que o Parlamento saiba reconhecer as graves deficiências da reforma proposta, para que se ressalvem, ao menos, os direitos sociais mínimos e as garantias institucionais da cidadania e das carreiras que precisam ser reconhecidas em suas especificidades. 



GERMANO SILVEIRA DE SIQUEIRA é presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra)



GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO é vice-presidente da Anamatra.

Quebra do sigilo médico

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“A intenção da lei é fazer prevalecer a confiança pública depositada no profissional, justamente para que seu serviço possa ser executado com toda segurança, presteza, sem qualquer atropelo coativo. Assim, com a divulgação do segredo quebra-se o pacto convencional entre as partes, e a publicidade indevida passa a representar uma invasão à vida privada do paciente, acarretando não só a inconveniente persecução policial, que somente poderá ser iniciada mediante representação da vítima ou de seu representante legal, por se tratar de ação penal pública condicionada, mas também a quebra do dever ético e legal do médico.”

Repercutiu e muito pela mídia a notícia do vazamento de uma informação sigilosa a respeito do quadro clínico da paciente Marisa Letícia Lula da Silva, obtida junto ao seu prontuário médico, revelando a gravidade do seu estado de saúde, fato até então não comunicado pelos boletins médicos. O canal utilizado foi o compartilhamento via WhatsApp e se alastrou posteriormente com a espetacular velocidade da rede social.


A relação médico-paciente, além de criar um vínculo obrigacional, vem acobertada pela confiabilidade que deve orientar as partes envolvidas. Tamanho é o estreitamento da relação que todas as providências, procedimentos e informações relacionadas com o paciente devem acompanhar o documento chamado prontuário médico, de característica sigilosa e científica, pelo qual o paciente é seguido *pari passu* pela equipe multiprofissional que o assiste. Na definição ofertada pelo Conselho Federal de Medicina, “o prontuário médico é documento valioso para o paciente, para o médico que o assiste e para as instituições de saúde, bem como para o ensino, a pesquisa e os serviços públicos de saúde, além de instrumento de defesa legal” (Resolução CFM nº 1.638/2002).

Assim, na realidade, o paciente passa a ser o proprietário dos dados constantes no prontuário e sua guarda fica sob a responsabilidade do médico ou da instituição de saúde, não podendo repassá-los para terceiros, salvo se por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente ou representante legal. A finalidade é exclusivamente para preservar a vida privada e a intimidade do paciente, expressões blindadas pela Constituição Federal e Código Civil para resguardar o foro íntimo como o asilo inviolável do cidadão, nos moldes do *peace of mind* do Direito norte-americano.

Ora, ocorrendo a divulgação do segredo, sem justificativa legal, quebra-se o pacto convencionado entre as partes, e a publicidade indevida passa a representar uma invasão à vida privada do paciente ou familiares. Tão grande é a importância do sigilo médico que, mesmo que o fato seja de conhecimento público ou até mesmo que o paciente tenha falecido, permanece vivo para sempre.

É necessário, no entanto, que o médico tenha conhecimento do fato em razão de sua profissão, quer dizer, que tenha atendido ou prestado qualquer tipo de assistência ou realizado exames no paciente. Se, por ventura, tomou conhecimento quando não se encontrava nesta condição, evidente que fica descaracterizada a infração ética prevista no artigo 73 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1931/2009). Mesmo que se trate de pessoa conhecida publicamente, como era o caso da paciente Marisa Letícia, a divulgação do quadro médico feita por boletins, somente poderia ocorrer se os familiares autorizassem e na medida da autorização. O vazamento da notícia causou a quebra de confiança nos profissionais da área de saúde e ensejou toda sorte de comentários a respeito do real estado de saúde da paciente.

O núcleo do tipo do Código de Deontologia Médica vem sintetizado no verbo “revelar”, dando a entender que basta a divulgação, a propagação, por qualquer meio que seja idôneo para levar ao conhecimento de terceiros um fato sigiloso, de conhecimento restrito às pessoas encarregadas da prestação do serviço de saúde. O fato de ter sido revelado por meio de uma rede particular não descaracteriza a potencialidade de atingir um imensurável universo de pessoas.

Já no enfoque penal, segundo o artigo 154 do Código Penal, o ato de revelar o estado de saúde da paciente foi erigido à categoria de crime, sem justa causa, de segredo de que o agente tenha ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão e cuja revelação possa produzir dano a outrem. É importante observar que a definição de “segredo” no Código Penal corresponde a todo fato cuja divulgação a terceiro possa produzir um dano para seu titular. A intenção da lei é fazer prevalecer a confiança pública depositada no profissional, justamente para que seu serviço possa ser executado com toda segurança, presteza, sem qualquer atropelo coativo. Assim, com a divulgação do segredo quebra-se o pacto convencionado entre as partes, e a publicidade indevida passa a representar uma invasão à vida privada do paciente, acarretando não só a inconveniente persecução policial, que somente poderá ser iniciada mediante representação da vítima ou de seu representante legal, por se tratar de ação penal pública condicionada, mas também a quebra do dever ético e legal do médico. 



ARQUIVO PESSOAL

EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-Doutor em Ciências da Saúde, reitor da Unorp, advogado, membro *ad hoc* da CONEP/CNS/MS.

O futuro do Direito e o Direito do futuro

■ POR LUIZ FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO



“O desenvolvimento tecnológico traz muitas facilidades e conforto para as pessoas, mas, na mesma agilidade, origina novos temas e discussões que precisam ser enfrentados pela sociedade e pelo Direito.”

Não é nenhuma novidade que o mundo vem sofrendo diversas transformações, porém, ao se analisar apenas a evolução no campo da tecnologia, vê-se que estas mudanças estão ocorrendo de maneira cada vez mais rápida, o que provoca novas discussões e desafios no campo do Direito.

Um exemplo disso, amplamente discutido atualmente e que só passou a existir com o surgimento da internet, é o direito ao esquecimento, segundo o qual um indivíduo não pode sofrer uma pena eterna, com a permanência de suas informações na web, em antagonismo ao direito à informação ou liberdade de expressão. É exatamente este tipo de conflito, absolutamente novo, que chega aos tribunais para uma decisão, contemplando qual direito deve prevalecer.

Outro assunto extremamente moderno são as impressões 3D. À primeira vista, nenhum problema, uma vez que já existem no papel, e elas apenas migraram para um objeto em três dimensões, mas, na verdade, a questão é muito mais complexa.


Com as impressoras 3D, todos poderão realizar, com os códigos fornecidos, especialmente na “deep web” (também chamada de “web invisível”), impressões tridimensionais em suas casas, imprimindo, assim, os seus próprios objetos, inclusive os “de grife”.

Talvez, ao se aprofundar no estudo sobre o tema, este problema seja secundário, quando deparado com o quanto a tecnologia coloca em risco a questão da segurança. Um exemplo disso é que as impressoras 3D já são capazes de imprimir até mesmo armas de fogo, ficando a cada dia mais desenvolvidas e conseguindo uma maior eficiência, chegando a disparar até oito projéteis.

É uma questão impensada até então, mas imagine como ficará a luta pelo desarmamento e a segurança de todos, se cada indivíduo conseguir imprimir a sua própria arma de fogo, no conforto de seu lar. Isto, sem dúvida alguma, será um grande problema e um enorme desafio.

Por fim, e talvez o ponto a ser debatido com maior urgência, será quanto à utilização dos veículos (carros ou caminhões) autônomos – que já estão em fase de testes – e suas consequências jurídicas, uma vez que, neste tipo de automóvel, todos os comandos são gerados por um computador, ou seja, se houver uma falha (ou até mesmo um vírus) ocasionando um atropelamento, por exemplo, quem irá responder criminalmente e civilmente pela lesão ou morte, se não existir um motorista, ou ele não tiver controle algum sobre o veículo, equiparando-se a um passageiro tão somente?

Problema similar também pode ser enfrentando com o uso de drones para fazer entregas, que poderão causar acidentes, inclusive derrubando o item que está sendo carregado, podendo, assim, ferir alguém ou, também, invadir seu domicílio ou privacidade.

Portanto, o desenvolvimento tecnológico traz muitas facilidades e conforto para as pessoas, mas, na mesma agilidade, origina novos temas e discussões que precisam ser enfrentados pela sociedade e pelo Direito, desaguando, em breve, nos tribunais todos esses temas, o que levará os julgadores a se posicionarem sobre essas questões recentes e desafiadoras, para que, com suas decisões, permitam a continuidade da vida regrada, à luz da lei, por toda a sociedade. 



LUIZ FLÁVIO FILIZZOLA D'URSO é advogado criminalista, conselheiro estadual da OAB/SP, pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), com especialização em Garantias Constitucionais e Direitos Fundamentais pela Universidade de Castilla-La Mancha (Espanha), membro da Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa (CJLP) e integra o escritório de advocacia D'Urso e Borges Advogados Associados.

*Sebastião Ventura Pereira
da Paixão Júnior*



ARQUIVO PESSOAL

Aspectos relevantes da delação premiada

Criado pela Lei nº 12.850/2013, o instituto da colaboração premiada veio para ficar. Seu advento marcou profundas alterações dos princípios, regras e estratégias do sistema criminal. Aquele velho Direito Penal de cavar nulidades formais e, depois, desvendá-las no crepúsculo decisório está definitivamente superado. Isso está longe de significar que as garantias constitucionais do acusado perderam valor ou estatura normativa; a realidade é outra: o jogo mudou, tornando-se mais complexo, competitivo e cerebral.

A dúvida que fica é apenas uma: ao invés de simplesmente exacerbar punições, conseguirá o atual sistema encontrar um equilíbrio de justiça, evitando a condenação de inocentes e o abuso sancionatório?

A resposta virá com o passar dos dias da vida vivida, entre erros e acertos. O problema é que o erro penal pode aniquilar a liberdade humana, produzindo uma injustiça absolutamente irreparável. Por assim ser, a pressa de punir deve ser substituída pela prudência de bem julgar. Um sistema criminal eficaz não é o que condena muito, mas o que pune com rigor técnico, decência de fundamentos jurídicos e inteligente aplicação da pena. Aqui, o juízo é eminentemente qualitativo, e não quantitativo, pois pessoas não são números.

Conseguirá o atual sistema encontrar um equilíbrio de justiça, evitando a condenação de inocentes e o abuso sancionatório?

Trazendo dados para a realidade presente, é importante destacar que mais de 90% das condenações criminais nos Estados Unidos são fruto de instrumentos de colaboração premiada. À luz do pragmatismo norte-americano, a questão não refoge a um cálculo de custo-benefício, já que diante das limitações materiais e imateriais da política de segurança pública a delação premiada se traduz em ótimo mecanismo de potencialização punitiva, celeridade e redução de custos

processuais. No entanto, o mecanismo está longe de ser perfeito. Por exemplo, a pressão acusatória faz com que inocentes optem pela delação como forma de estancar o constrangimento e os dramas emocionais de uma acusação pendente. Algum idealista poderá dizer que jamais um inocente admitirá algo que não fez. Ledo engano. Um inocente com alta aversão ao risco poderá ser mais propenso a compor um processo do que um culpado disposto a tudo.

Então, a novidade chega ao Brasil, um país marcado por uma corrupção incontrollável em um reino de impunidade política. A advocacia tradicional pensou que tudo estivesse dominado. O julgamento do “Mensalão” mostrou que o suposto domínio ruiu, rolando como bola de neve na operação Lava Jato.

Sim, a essência da processualidade penal mudou; o formalismo excessivo foi abandonado em prol de uma maior análise da substância criminal. Em linguagem simples e livre do juridiquês, a situação é esta: não venham com firulas, pois queremos os fatos. E, assim, iniciou-se um tempo de grande vantagem da acusação sobre a defesa. Será isso, todavia, permanente?


Aquí, chegamos ao clímax dos interesses em colisão. Se dentre as muitas qualidades humanas é impossível prever o futuro, o exercício da razão pensante proporciona o poder da análise.

Quanto ao ponto, é possível dizer que inúmeros aspectos da Lei nº 12.850/2013 estão carentes de profundos enfrentamentos doutrinário e jurisprudencial. Logo, muito do que estamos vendo talvez não chegue inteiro ao seu final. Objetivamente, estamos vendo um acentuado protagonismo acusatório, pouca transparência nos critérios da oferta colaborativa ao acusado, precária motivação nas negativas de pleitos da defesa na mesa de negociação, tudo com importante desequilíbrio da necessária e profunda dialética processual em questões relativas à liberdade humana.

Ora, nos termos da lei, o juiz não participa do acordo (art. 4^a, § 6^o), mas tem o dever de analisar a juridicidade do acordado. Para tanto, o julgador poderá “conceder perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por privativa de direitos” (art. 4^o, *caput*), podendo ainda “recusar homologação à proposta” ou “adequá-la ao caso concreto” (art. 4^o, § 8^o). Ou seja, resta claro que o Poder Judiciário exerce inarredável controle jurídico sobre os termos e procedimentos da colaboração premiada, competindo ao juiz, no ato de sentenciar, a fidedigna apreciação dos “termos do acordo homologado e sua eficácia” (art. 4^o, § 11).

Deitadas as premissas acima, é provável que tenhamos um consistente aprofundamento do debate constitucional sobre os limites e possibilidades do instituto da delação premiada. Isso – frisa-se – não sugere que o firme combate à corrupção tenha que ser atenuado no Brasil. Ao contrário, temos que aperfeiçoá-lo dentro de uma pauta de cogente paridade de armas no dinâmico processo penal moderno.

Afinal, se a impunidade é danosa, a punição desmedida é cruel.

O devido processo legal deve, obrigatoriamente, ser justo. Aliás, sem justiça prática o Estado de Direito não passa de uma ideia vaga. A concretude desse ideal passa pela boa aplicação da lei. Se os homens não são anjos, é porque juízes, promotores e advogados não são deuses. Logo, a realização do sistema de Justiça requer, antes de arrogantes vaidades, pés no chão da vida, olhos para os dramas humanos e a decência da legalidade responsável. Será pedir muito? 



A legalização da violência com os animais

■ POR VANICE ORLANDI

A pesar de vedadas pela Constituição da República, as práticas que submetem animais à violência seguem impunes, toleradas e até promovidas pelo poder público, a quem cumpriria resguardá-los de quaisquer atos cruéis.

Explorados em fazendas, arenas, jaulas e laboratórios, são expostos a procedimentos que, embora aterradores, são legalmente admitidos, sem questionamento, clemência ou pudor.

Em nome de uma suposta ciência, da ganância econômica e até do entretenimento público, consente-se na subjugação, no aprisionamento e na eliminação da vida do animal. Determina-se o martírio nos experimentos científicos, na criação industrial, nos rodeios e nas vaquejadas, além da tormentosa morte na caça e nos abatedouros.

Apesar de cruéis, tais condutas não são analisadas à luz do artigo 32 da Lei nº 9.605/1998, que tipificou como crime ambiental praticar atos de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, nativos ou exóticos, domésticos ou domesticados.

Dessa forma, a abrangência da legislação pátria protetiva restringe-se às condutas dolosas não consentidas, que constituem uma minoria de casos isolados que vitimam os animais, ao passo que se exclui da esfera de alcance da lei punitiva, e até da norma inserta no art. 225, § 1º, inciso VII da Constituição da República, a crueldade que se perfaz em práticas toleradas ou admitidas pelo poder público.

É interessante notar que as lutas políticas travadas contra a realização de atividades que impõem sofrimento aos animais sempre resultam na edição de leis permissivas dessas mesmas atividades, como se a norma tivesse o condão de alterar a natureza das coisas e dos fatos, tornando moral, legítimo e honesto o que provoca dor e padecimento a seres vivos. Embora inconstitucionais, leis autorizativas de práticas cruéis acabam por produzir os efeitos legais a que se destinam, atuando como ferramenta processual em desfavor dos animais e da legislação que os protege.

É o caso das leis permissivas de realização de rodeios e vaquejadas e da utilização de animais em testes, pesquisa e ensino, dentre tantas outras.

Episódio recente revela manobra política ainda mais insólita. Tão logo o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual cearense permissiva das vaquejadas, uma proposta de emenda constitucional foi apresentada para estabelecer que não serão consideradas cruéis as manifestações culturais definidas na Constituição da República e registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro!

Ora, norma alguma, ainda que de natureza constitucional, pode legitimar como esporte, ou cultura, prática de natureza violenta, que impõe sofrimento físico e mental aos animais. Sua realização constitui crueldade, a despeito de norma que a autorize e a classifique como manifestação cultural.

Na denominada vaquejada, dois vaqueiros galopam, em velocidade, no encalço de um animal em fuga, que tem sua cauda tracionada e torcida para que tombe ao chão. O gesto brusco de tracionar, violentamente, o animal pela cauda pode lhe causar luxação das vértebras, ruptura de ligamentos e de vasos sanguíneos, estabelecendo-se, portanto, lesões traumáticas com o comprometimento, inclusive, da medula espinhal. Não raro, sua cauda é arrancada, já que o vaqueiro se vale de luvas aderentes.

Práticas brutais e abusivas, pelo princípio da moralidade, não deveriam ser objeto de regulamentação, mas sim severamente coibidas até a sua completa abolição.

Mas longe disso, dá-se à tutela jurídica dos animais as feições limitadas que interessam aos que os exploram, em completa desconsideração à sua condição de ser vivente, sensível e vulnerável.

Também esse é o caso da caça do javali, autorizada pelo Ibama por meio da Instrução Normativa nº 03/2013, como suposta forma de controle populacional dessa espécie. Convertidos em alvo de caça, javalis são perseguidos, capturados e abatidos, ou diretamente executados, no chamado “manejo de controle.”

A morte tenebrosa que surpreende com a brutalidade devastadora de rifles calibrosos surge pelas mãos de milhares de caçadores cadastrados pelo poder público, inclusive em São Paulo, cuja Constituição daquele estado proíbe a caça, sob qualquer pretexto, em todo o território paulista.

Com o uso de armamento pesado, muitos javalis alvejados agonizam, por dias, antes do óbito. Utilizados na maior parte das caçadas, cães são destroçados por aquela espécie, em uma luta sangrenta e desigual.

Importado, especialmente, da França e do Canadá, o javali europeu foi introduzido no país nos idos de 1990, para sua exploração comercial, atividade que malogrrou, resultando na soltura seguida da reprodução descontrolada desses animais. A

“Se alguma espécie é tida por nociva pelo órgão competente, medidas razoáveis e aceitáveis de controle populacional deveriam ser adotadas, em substituição à denominada caça de controle, prática que além de ser vedada pela Constituição do Estado de São Paulo, ainda incide na norma punitiva do artigo 32 da Lei nº 9.605/1998.”

despeito da problemática representada por essa espécie em outros países, o javali foi trazido ao Brasil sem análise alguma de sua potencialidade nociva e dos riscos envolvidos em sua importação. Violou-se o princípio da precaução, norteador das políticas públicas ambientais.

Nada justifica o violento massacre dessa espécie, hoje tida como exótica e invasora, mesmo porque tal medida mostra-se contestável também como forma de controle, já que a população dessa espécie permanece numerosa, apesar de perseguida e caçada, em muitas regiões, há mais de vinte anos, como é o caso do Rio Grande do Sul.

Com efeito, os incisos II e IV do artigo 37 da Lei nº 9.605/1998, declaram não constituir crime o abate de animal, quando realizado “para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente ou por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente”.

Referidos dispositivos instituem excludentes de ilicitude que deveriam ser aplicadas como medidas de exceção, e apenas diante da impossibilidade de utilização de método menos gravoso.

Tais excludentes, entretanto, assumiram foros diversos, oportunamente usadas como justificativa legal para legitimar a instituição da caça, em afronta à Constituição

da República, que em seu artigo 225, § 1º, inciso VII, enuncia incumbir ao poder público vedar as práticas que submetam animais à crueldade.

Se a norma constitucional não permite a submissão de animal à crueldade, e a própria Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 32, tipificou os atos de abuso, de maus-tratos, de ferir e de mutilar animais, decerto que o artigo 37, em seus incisos II e IV, não pode ser interpretado como permissivo da caça, sob pena de contrastar com a legislação pátria que rege a matéria.

Entendimento contrário conduziria à absurda conclusão de que a lei consente no extermínio de animais, mas pune quem deles abusa, ou os submete a maus-tratos, a ferimento ou a mutilações!

Se alguma espécie é tida por nociva pelo órgão competente, medidas razoáveis e aceitáveis de controle populacional deveriam ser adotadas, em substituição à denominada caça de controle, prática que além de ser vedada pela Constituição do Estado de São Paulo, ainda incide na norma punitiva do artigo 32 da Lei nº 9.605/1998.

Convém lembrar que a legislação tutela os animais, individualmente, considerados, o que independe de pertencerem, ou não, à uma espécie numerosa. Decorre daí que a existência de um grande número de javalis não pode ser tida como um salvo-conduto para matar.


Conforme manifesto subscrito por neurocientistas de vários países, a capacidade de sentir dor e, portanto, de sofrer, não difere entre humanos e animais, uma vez que as estruturas cerebrais que produzem a consciência no homem também existem nos animais.

Mas em oposição à sua natureza de criatura sensível, animais são economicamente explorados, como mercadorias e produtos de consumo. Indiferente à sua dor, nosso sistema jurídico não os reconhece como sujeitos de direito, dispensando-lhes o mesmo tratamento legal conferido às coisas, como se a única forma de vida existente, valorosa e digna de proteção fosse a humana. Por sua vulnerabilidade, os animais deveriam ser acolhidos e resguardados; ao revés, são vítimas de uma crescente e impiedosa exploração econômica.

As normas jurídicas são editadas com os olhos postos, unicamente, nos direitos dos homens, dentre os quais o de explorar todas as outras espécies, prerrogativa a que o homem se arroga.

Sem constrangimento moral algum, o homem colocou-se no topo de uma hierarquia por ele mesmo engendrada.

Como se fosse o único ser passível de sofrimento, apenas o homem vem merecendo do Estado a garantia de não ser submetido à crueldade e o benefício de ter seus direitos e interesses particulares sempre reconhecidos e preservados. Nessa esteira, ficam protegidos, legalmente, até os direitos mais censuráveis como o de se entreter com o sofrimento e a morte dos animais, na caça, nos rodeios, nas vaquejadas e num sem-fim de procedimentos cruéis.

Um sistema jurídico que não busca despertar a compaixão, não se inspira pela virtude, e ainda admite e legaliza a violência com seres vivos merece ser revisto e submetido a princípios morais mais elevados, dignos, ao menos, de um povo que atingiu um certo grau civilizatório, em seus séculos de existência. 



VANICE TEIXEIRA ORLANDI é advogada e psicóloga, com especialização em Psicologia da Educação. Presidente da União Internacional Protetora dos Animais (UIPA), associação civil fundada em 1895, que instituiu o *Movimento de Proteção ao Animal* no Brasil.



O reconhecimento dos direitos dos animais na família pluriespécie

■ POR VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

A partir da Revolução Industrial, os avanços da tecnologia e a consolidação da sociedade globalizada alteraram as estruturas sociais, incluindo as entidades familiares, as quais também sofreram inúmeras mudanças.

O modelo tradicional de família, que outrora se baseava no sistema patriarcal, em que a procriação e o patrimônio consistiam na finalidade do matrimônio, deixou de ser o sustentáculo da sociedade, sendo substituído por outro conceito de família, marcado pela pluralidade e pelo afeto.

Destaca-se que a família pós-moderna pode ser caracterizada como um instrumento para a concretização da felicidade e da realização pessoal daqueles que a compõem.

Percebe-se, ainda, que as demandas reivindicatórias pela promoção de igualdade de gênero, intentadas, em especial, na segunda metade do século XX, fizeram com que a mulher se projetasse para o mercado de trabalho, deixando de pertencer exclusivamente aos âmbitos privado e doméstico.

“Ao longo da História, os animais foram considerados um meio para a satisfação dos anseios e das necessidades do ser humano, sem que houvesse, no entanto, qualquer limitação para a sua exploração. Muito embora o ordenamento jurídico pátrio considere os animais como semoventes, quando da ruptura dos vínculos conjugais as disputas pelos animais de companhia não se assemelham às disputas patrimoniais, mas equivalem aos litígios que envolvem crianças e adolescentes, pois se discute a guarda, o direito de convivência e o pensionamento em favor daqueles.”

Tais fatores, associados ao alto grau de competitividade do mercado de trabalho, fizeram com que as famílias passassem a realizar de maneira mais consciente o planejamento familiar, sendo que, atualmente, é comum o número de casais que optam por não ter filhos, substituindo-os por animais de companhia.

Vistos outrora como mero instrumento para a satisfação do homem, os animais passaram, gradualmente, a serem vistos em sua plenitude, sendo, inclusive, considerados, pelas próprias entidades familiares como integrantes dessa relação.

Quando da ruptura do vínculo conjugal, frequentemente os animais de companhia são trazidos às disputas judiciais. No entanto, percebe-se que tais conflitos não se assemelham às disputas patrimoniais, mas se referem à guarda, à alimentos, ao direito de visitação, bem como à convivência familiar.

Desta feita, ante o crescente debate acerca dos direitos dos animais, surgem questionamentos quanto a sua condição jurídica: seriam eles vistos como meros objetos ou como sujeitos de direito?

Os animais possuem proteção jurídica em torno da manutenção da sua espécie, do cuidado da vida e em relação aos maus-tratos, no entanto, caso sejam

reconhecidos como seres sencientes questiona-se se estes poderiam, consequentemente, ser considerados como sujeitos de direitos.

Utilizando-se do método teórico, o presente artigo visa demonstrar que a classificação atribuída aos animais pelo Código Civil como seres semoventes não é coerente com a sua condição de ser vivo e sensível. Assim, demonstraremos que na ruptura dos vínculos parentais os institutos do Direito de Família que visam a proteger a criança e o adolescente devem ser aplicados, por analogia, aos animais de companhia.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

No decurso da história o ser humano exerceu o seu poder sobre os demais seres vivos e coisas, justamente por acreditar ser a sua espécie a única a ter sentimentos, raciocínio e sensações.

Tal crença se baseou na interpretação de determinados trechos bíblicos que relatavam a criação da Terra sob a perspectiva criacionista, os quais são entendidos que, após fazer o homem a sua imagem e semelhança, o criador deu-lhe o domínio sobre os peixes, as aves, os animais e sobre a terra e tudo que nela habitasse.

Por ser considerado a imagem e semelhança de Deus, o homem outorgou a si próprio a autoridade sobre as demais espécies.

Os primeiros estudos em prol dos interesses dos animais surgiram na Grécia Antiga, a partir da obra *Sobre a piedade*, do filósofo Teofrasto (372 a.C. – 287 a.C.).

Naquela época, já havia, portanto, posicionamento contrário ao sacrifício de animais. Teofrasto defendeu o princípio do respeito à vida, independentemente de quem a detivesse, sustentando, ainda, a teoria de que os animais seriam dotados de sensibilidade e que deveriam ser enquadrados na comunidade moral, uma vez que possuíam características próximas às dos humanos.

Apesar de alguns se manifestarem em prol do bem-estar dos animais, estes eram utilizados exclusivamente para proporcionar vantagens aos humanos, tais como transporte, alimentação, vestuário, segurança, dentre outros.

No período Greco-romano, destacaram-se outros filósofos e pensadores em prol dos animais, como Ovídio, Plutarco, Porfírio e Sêneca.

Plutarco e Porfírio defendiam a ideia de que os animais seriam seres com desenvolvimento racional, capazes de entender e pensar. Sêneca e Ovídio, por sua vez, defendiam a teoria de que os animais seriam seres sencientes, podendo sentir dor, alegria, dentre outros. As teorias acima citadas, versaram acerca dos animais de um modo geral.

Apenas no século XVIII iniciaram-se as discussões acerca da integridade e da posição social dos animais.

Inspirado pelos textos filosóficos já existentes, Humphry Primatt, em 1776, publicou a sua tese intitulada “Dissertation on the Duty of Mercy and the Sinn of Cruelty Against Brute Animals” (Uma dissertação sobre o dever de clemência e o pecado da crueldade contra animais brutos), em que defendeu a igualdade no tratamento para com os animais.

Em 1789, em meio à Revolução Francesa, Jeremy Bentham defendeu em sua obra “Uma introdução aos princípios morais e da legislação”, a inclusão dos animais capazes de sentir dor e sofrimento com interesses semelhantes na comunidade moral; sendo irrelevante a diferença de espécie.

Observa-se, portanto, que todas as produções apontam para a integração dos animais como seres dotados de direitos.

Diante da problemática do assunto e da necessidade de regulamentação própria, a Inglaterra, em 1822, apresentou as primeiras normas a favor dos animais na chamada *British Cruelty to Animal Act*, que versava acerca de atos de crueldade praticados contra os animais.

A Alemanha e a Itália, respectivamente nos anos de 1838 e 1848, criaram normas para regulamentar os casos peculiares dos animais.

No Brasil, as normas direcionadas à defesa dos animais surgiram somente em 1924, por força do Decreto nº 16.590.

Devido a necessidade de elaboração de normativa que tutelasse os animais em sua integridade e de forma ampla e irrestrita, no dia 27 de janeiro de 1978, foi proclamada, pela Unesco, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, sendo composta por artigos que abordaram os direitos dos animais relacionados, ao respeito, ao cuidado, ao tratamento, à liberdade, bem como de sua destinação como alimento ou experimento.

Observa-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, determina a proteção ao meio ambiente, bem como prevê a conscientização da população na construção de um ambiente ecologicamente equilibrado no intuito de garantir não somente à geração atual, mas, também, às gerações futuras, melhor qualidade de vida.

O meio ambiente pode ser compreendido como o conjunto de elementos que fazem parte do meio em que se vive, como a fauna, a flora e os elementos naturais e artificiais, sendo que tal conceito não se restringe, portanto, à natureza objetivamente considerada.

Denota-se que o constituinte operou significativa alteração da concepção social acerca da temática ambiental. A partir de então, a legislação foi direcionada para a solução dos problemas ambientais, para a conscientização da sociedade para os interesses difusos, em especial para a construção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O intuito da alteração paradigmática é a melhoria da qualidade de vida da população presente e para as futuras gerações, na busca da sobrevivência da espécie humana, ameaçada pelo próprio homem.

Destarte, com a publicação da Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, como também regula os crimes contra os animais não humanos, o Brasil foi considerado um dos países mais evoluídos no âmbito da legislação ambiental.

Em que pese o ordenamento jurídico pátrio prever normas constitucional e infraconstitucional no intuito de tutelar o meio ambiente, afirma-se que a pretensão tanto do constituinte quanto do legislador ordinário restou adstrita ao patrimônio ambiental, sem, no entanto, apresentar ampla tutela aos animais não humanos, pois são considerados integrantes da fauna, e não sujeitos.

Ressalte-se que o sistema constitucional, em seu § 1º do art. 225, atribui aos animais uma função ecológica de fauna, prevendo, ainda, a garantia de um tratamento ético, sendo-lhes vedado tratamento cruel.

Portanto, denota-se que o bem jurídico tutelado é a sadia qualidade de vida humana, sendo tanto o meio ambiente, a fauna e os animais individualizados instrumentos utilizados para a consecução daquele fim.

O Código Civil, ainda que não verse especificamente acerca dos animais não humanos, apresenta normas que, ainda que indiretamente, versam acerca destes.

Segundo o art. 82 do Código Civil brasileiro, são “móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”, sendo, por tal definição, considerados os animais como coisas, bens móveis, semoventes.

Afirma-se, pois, que para o Código Civil brasileiro os animais são considerados como meros objetos, sendo, portanto, desprovidos de qualquer dignidade.

Ocorre, no entanto, que com a evolução de movimentos que pugnam pela proteção animal, e, em especial, com o desenvolvimento de pesquisas científicas que demonstram que os animais possuem a capacidade de manifestar comportamentos intencionais, bem como, apresentam substratos neurológicos que geram a consciência, enquadrá-los na categoria de bens, não se faz coerente.

Para Dominique Lestel:

[...] é difícil considerar que os animais possam ser reduzidos a conjuntos mecânicos primitivos, porquanto o animal é também o mecânico do seu próprio corpo. Nesse sentido, torna-se difícil ver os animais como coisas, e vale mais representá-los como sujeitos cuja atividade se organiza com base na ação e na percepção. Os animais são compostos por órgãos e não por peças como as máquinas. São animados por um sujeito e não por um motor.

Observa-se, portanto, que, muito embora a problematização acerca da condição dos animais, bem como de seus direitos, já se fizesse presente ao longo da história, a inserção dessa temática no âmbito jurídico é recente, sendo ainda necessária a sua regulamentação, pois a hodierna concepção jurídica acerca da natureza do animal não é apta para contemplar as suas demandas.

RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO

Ao longo da História é possível perceber que os animais não possuíam valor significativo para os homens e, por isso, foram dominados e utilizados sem qualquer preocupação acerca de sua condição de ser vivo.

Destaca-se, no entanto, que ao se analisar a evolução histórica e social, observa-se que o homem não apenas exerceu seu domínio em relação aos animais, mas também sobre a sua própria espécie, por exemplo: em relação aos negros e às mulheres.

Com a evolução do pensamento humano, foi possível a conquista de direitos considerados fundamentais e universais aptos a defender e atribuir a todos a condição de plena igualdade.

A dominação promovida pelo especismo, ou seja, a concepção de que o ser humano teria a prerrogativa de explorar o animal de forma livre por considerar-se superior, em muito se assemelha com a dominação que o homem exerceu sobre o próprio homem em momento anterior, pois, ante uma falsa premissa de superioridade, subjugou e dominou o outro como se fosse detentor de tal direito.

O especismo, segundo Singer, “é o preconceito ou a atitude tendenciosa de alguém a favor dos interesses de membros da própria espécie, contra os de outras”.

Verifica-se, ainda, que o termo foi criado na década de 1970, pelo cientista e filósofo Richard D. Ryder, e foi conceituado como a “atitude preconceituosa e parcial em relação a seres de outra espécie, tal qual o racismo em relação aos seres humanos”.

Ocorre, no entanto, que tal perspectiva vem sendo combatida com maior intensidade, pois, não se admite que sob tal concepção se legitime a exploração animal.

Ao tutelar a integridade animal, no inc. VII, § 1^a do art. 225 da Constituição Federal, o constituinte, vedou que atos de crueldade fossem praticados contra os animais, reconhecendo, conseqüentemente, que estes seriam seres sencientes, ou seja, dotados de estrutura orgânica que lhes possibilitaria vivenciar sentimentos e sensações, sendo, portanto, capazes de sentir dor, prazer, tristeza, alegria, afeto, dentre outros.

Philip Low, por meio da Declaração de Consciência de Cambridge (*The Cambridge Declaration on Consciousness*), afirma que os humanos não são os únicos que possuem consciência, podendo os animais não exibir comportamentos intencionais.

A partir de tal concepção, não seria crível que a percepção jurídica acerca dos animais se mantivesse enquanto semoventes. Destaca-se, ainda, que a discussão acerca da possibilidade de os animais serem considerados sujeitos de direitos se faz presente não apenas no Brasil, mas também, em outros ordenamentos jurídicos alienígenas, como se observa nos Códigos Civis da Áustria, da Alemanha e da Suíça.²³

No ano de 1990, após a alteração do Código Civil alemão, (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*), os animais deixaram de ser considerados coisas e passaram a ser tutelados por leis especiais, sendo que, em 1994, o art. 20 da Lei Fundamental da Alemanha passou a tutelar os animais.

A Suíça, por sua vez, um dos países mais avançados no que se refere a normas de proteção dos animais, reconheceu em sua Constituição, no ano de 1992 a “dignidade da criatura”, sendo que desde o ano de 1987 possui legislação específica que regulamenta a tutela dos animais de companhia.

Em 2001, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América considerou a possibilidade de os animais serem sujeito de direitos, contudo a caça e a pesca continuam a ser praticadas até hoje.

No ano de 2014, a Assembleia Nacional francesa aprovou a alteração no Código Civil francês, com a finalidade de considerar os animais como seres vivos dotados de personalidade, e não mais como bens móveis.

Verifica-se, pois, que diversos países avançaram em sua legislação para tutelar plenamente o direito dos animais, sendo que o Brasil não pode quedar-se inerte a tão necessária demanda.

Dentre as diversas correntes que demandam em favor da alteração da condição jurídica dos animais, encontra-se a que pugna pelo reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direitos.

Não se pode confundir “pessoa” com “sujeito de direito”. Conforme o art. 1º do Código Civil, pessoa é todo ente capaz de direitos e deveres na ordem civil, sendo o conceito de sujeito de direito mais abrangente que o de pessoa.

Segundo Lorena Xavier Costa, o sujeito de direito é o ente pelo qual o legislador “outorga direitos, independentemente de ser este ente pessoa ou não. Ele é apenas o destinatário dos comandos legais que regulam determinada relação jurídica, tornando-se, assim, seu elemento subjetivo”.

Paulo Lôbo assevera que:

[...] o atributo pessoa é conferido pelo direito, não sendo conceito extraído da natureza, sendo, desta maneira, cultural e histórico. A resistência do Direito em reconhecer os animais como sujeito de direito sobrepõe-se a questão jurídica, sendo de caráter político social [...].

Ressalte-se, que o direito também atribui o conceito e a natureza jurídica de pessoa a entidades que não têm existência física, como as pessoas jurídicas. Acrescente-se

que há também entidades que o Direito não considera pessoa e atribui capacidade de agir, por exemplo, a massa falida, o espólio, o condomínio edilício, etc.

Nem toda pessoa possui capacidade para agir em juízo, embora dotada de personalidade, por exemplo, os incapazes, que dependem de representação. Dessa forma, os animais, na qualidade de sujeitos de direito, necessitariam como os incapazes de representação perante o nosso ordenamento jurídico.

O próprio Código de Processo Civil de 2015, no art. 75, elenca os sujeitos de direito que são representados em juízo, por exemplo: a União, pela Advocacia Geral da União; os estados, o Distrito Federal, por seus procuradores; a massa falida, pelo administrador judicial; o espólio, pelo inventariante; dentre outros.

Ressalte-se, que nem todo sujeito de um direito é também sujeito de um dever, por exemplo, o nascituro que, apesar de ser um sujeito de direito, não lhe foi atribuído deveres.

A ideia de coisificação dos animais está ultrapassada, e muito da legislação alie-nígena já conta com avanços na proteção de seus direitos, concedendo aos animais um tratamento diferenciado, e pode-se citar nesse sentido a Constituição do Equador, a qual em seu art. 71 estabeleceu que os animais são titulares de direitos, objetivando, assim, o equilíbrio do meio ambiente em benefício humano.

Acerca do tema, Edna Cardozo Dias afirma que “[...] os animais são sujeitos de direitos e que seus direitos são deveres de todos os homens”, portanto, os animais não podem ser tratados como meio para a satisfação das necessidades e anseios do homem.

Logo, os animais são sujeitos de direitos civis e constitucionais, de acordo com a sua condição, merecendo proteção jurídica.

APLICABILIDADE DAS NORMAS QUE REGEM O DIREITO DE FAMÍLIA PARA O MELHOR INTERESSE DO ANIMAL NA FAMÍLIA PLURIESPÉCIE

Com a evolução da concepção de entidade familiar, bem como com o desenvolvimento de novas tecnologias que influenciaram sobremaneira nas relações humanas, bem como com o desenvolvimento de novos nichos de mercado, muitas famílias decidem não ter filhos, quer seja pela inaptidão para o exercício da parentalidade, ou, ainda, em decorrência da extrema preocupação com a carreira profissional.

Desta feita, não raro os filhos são substituídos por animais de companhia, sendo estes considerados como se de fato fossem entes familiares. Não raro que os casais que optam por não exercer a parentalidade e, ao invés disso, adotam animais de companhia, desenvolvam para com estes uma relação de extremo carinho e afeição, atribuindo-lhes tratamentos similares aos empreendidos para as crianças, como festas de aniversários, presentes de natal, dentre outros.

Assim, estabelecido o vínculo afetivo entre o animal de companhia e seus cuidadores, se ocorrer a ruptura do vínculo conjugal poderão surgir litígios que envolvam os animais de companhia e que devem ser observados e solucionados a partir da aplicação de institutos do Direito de Família, sendo que a competência para tanto é, por excelência, das varas de família.

Assim como as crianças e os adolescentes, os animais de companhia, por serem vulneráveis, devem dispor de tratamento peculiar diante das disputas familiares, visando ao seu melhor interesse. É claro que esta comparação deve ser vista com cautela, porque os animais jamais conseguirão ser independentes como as crianças quando crescerem.

Nessa mesma perspectiva é que se faz necessário uma legislação adequada às circunstâncias dos animais, regulamentando, inclusive, sua condição como integrante de família pluriespécie. O reconhecimento desta modalidade de família é irrefutável, e não se pode mais afirmar que os animais são coisas, atribuindo-lhes, por consequência, a condição de bens.

Hodiernamente, verifica-se a existência de julgados neste sentido, por exemplo: no início de 2016, no Estado de São Paulo, o juiz Fernando Henrique Pinto, da 2ª Vara de Família e Sucessões de Jacareí, por não considerar o animal como coisa, utilizando-se, por analogia, da legislação que disciplina a guarda de incapazes, regulamentou liminarmente a guarda alternada de um cachorro entre seus donos que passavam por processo de separação judicial.

Destaca-se que o Poder Judiciário vem sendo cada vez mais requisitado para solucionar a questão. Em maio de 2016, o juiz titular Leandro Katscharowski Aguiar, da 7ª Vara Cível da comarca de Joinville, ao receber ação que discutia a posse e propriedade de um animal de companhia, indicou como competente a vara de família e enfatizou em sua decisão:

Penso que a questão de fundo versa, necessariamente, sobre a declaração, ainda que incidental, da posse e propriedade do animal, cuja discussão, por sua vez, envolve o direito de família [...] Quem sabe se valendo da concepção, ainda restrita ao campo acadêmico, mas que timidamente começa a aparecer na jurisprudência, que considera os animais, em especial mamíferos e aves, seres sencientes, dotados de certa consciência.

Afirma-se, portanto, que os animais de companhia ocupam um espaço cada vez maior na entidade familiar, recebendo de seus integrantes carinho, afeto e atenção, sendo, por vezes, tratados como se filhos fossem, e tal fato não pode ser ignorado pelo Judiciário.

Assim, é imprescindível a criação de um estatuto jurídico apropriado, que atenda de forma específica às demandas e que também seja adequado às singularidades deste tipo de relação, no qual os interesses dos entes familiares que compõem a família pluriespécie devam ser levados em consideração, como o afeto e o cuidado, lembrando que ambos sentem dor, amor, prazer, felicidade, alegria, tristeza etc., possibilitando que os cônjuges ou companheiros solicitem a guarda, alimentos, bem como o direito ao exercício de visitação, conforme o princípio do melhor interesse daquele que é o mais vulnerável na relação, ou seja, priorizando o seu bem-estar físico e psicológico.


CONSIDERAÇÃO FINAIS

Ao longo da História, os animais foram considerados um meio para a satisfação dos anseios e das necessidades do ser humano, sem que houvesse, no entanto, qualquer limitação para a sua exploração.

Com a descoberta de que os animais seriam, na realidade, seres dotados de capacidade de vivenciar sensações, aliado aos crescentes movimentos de defesa animal, normas foram criadas com o intuito de vedar tratamentos degradantes em favor destes.

Verificou-se, ainda, que devido às alterações estruturais da sociedade pós-moderna, alguns casais deixaram de concretizar a parentalidade, optando pela inclusão de animais de companhia nas relações familiares.

Muito embora o ordenamento jurídico pátrio considere os animais como semoventes, quando da ruptura dos vínculos conjugais as disputas pelos animais de companhia não se assemelham às disputas patrimoniais, mas equivalem aos litígios que envolvem crianças e adolescentes, pois se discute a guarda, o direito de convivência e o pensionamento em favor daqueles.

Desta feita, para que se contemple a tutela dos direitos dos animais como seres vivos e sencientes, até que não se edite legislação específica é necessária a adoção da perspectiva de que estes, na realidade, seriam sujeitos de direitos, sendo, conseqüentemente, aplicáveis às lides em que eles figurem como centro da disputa os institutos do Direito das Famílias, reconhecendo assim a família pluriéspecie. 

REFERÊNCIAS

- BÍBLIA, ANTIGO TESTAMENTO, Gênesis, cap. 1, v 26 e 27, trad. José Luiz Gonzaga do Prado. *A Bíblia Sagrada*: Edição Pastoral. São Paulo: Paulus, 2003, p. 15.
- PESSOA JUNIOR, Osvaldo. *Teoria do Conhecimento & Filosofia da Ciência I: A Ciência Aristotélica e seus Sucessores*. São Paulo, 2014. 4 p. Notas de aula. p. 20.
- TRINDADE, Gabriel Garmendia da. *Animais como pessoas: A abordagem abolicionista de Gary L. Francione*. Jundiaí: Paco Editorial, 2014, p. 37-38.
- FELIPE, Sônia Teresinha. *Fundamentação ética dos direitos animais*. 2008. Disponível em: <<http://www.pensataanimal.net/component/content/article?id=200:fundamentacao-etica>>. Acesso em: 15 maio 2016.
- SOUZA, Joseth Filomena de Jesus Souza. *O olhar da bioética sobre a representação social de animais no contexto da educação humanitária*. 2012, 87 f. Dissertação (Mestrado em Bioética), Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 19.
- FELIPE, Sônia Teresinha. *Fundamentação ética dos direitos animais*. 2008. Disponível em: <<http://www.pensataanimal.net/component/content/article?id=200:fundamentacao-etica>>. Acesso em: 15 maio 2016.
- FELIPE, Sônia Teresinha. *Fundamentação ética dos direitos animais*. 2008. Disponível em: <<http://www.pensataanimal.net/component/content/article?id=200:fundamentacao-etica>>. Acesso em: 15 maio 2016.
- CAMPOS, Daniel Rodrigo de. *O legado de Humphry Primatt*. 2007. 39 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Filosofia). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007, p. 6-8.
- GALVÃO, Pedro. *Os animais têm direitos?* Universidade de Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://criticanarede.com/animais2.html>>. Acesso em: 18 jun. 2016.
- RODRIGUES, Danielle Tetu. *O direito & os animais: Uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 63.
- RODRIGUES, Danielle Tetu. *O direito & os animais: Uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 63.
- _____. *O direito & os animais: Uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 63.
- Declaração Universal dos Direitos dos Animais*. UNESCO, 1978.
- COELHO, L. F. *Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito*. 1. ed. Curitiba: Bonijuris, 2011.
- _____. *Fumaça do bom direito: ensaios de filosofia e teoria do direito*. 1. ed. Curitiba: Bonijuris, 2011.
- LESTEL, Dominique. *As origens animais da cultura*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- SILVA, Leonardo Dantas. *Alguns documentos para a história da escravidão*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1988.
- Declaração Universal dos Direitos Humanos*. ONU, 1948.
- SINGER, P. *Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler; Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF M. Fontes, 2010, p. 11.

- LOURENÇO, D. B. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: S. Fabris, 2008, p. 405.
- MOLNTO, Carla Forte Maiolino. *Sciência Animal*. Revista do Conselho Regional de Medicina Veterinária, Curitiba, v. 16, 2005.
- BEKOFF, Mark. *Os animais são conscientes e devem ser tratados como tal*. Disponível em: <<http://ethosanimal.com.br/animais-sao-conscientes-tratados>>. Acesso em: 03 jul. 2016.
- RODRIGUES, Dantas, *Direitos dos animais*. 2015. Disponível em: <<https://www.publico.pt/sociedade/noticia/direitos-dos-animais-1710167>>. Acesso em: 03 jul. 2016.
- ARAÚJO, F. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 287.
- CASPAR, J. O art. 20ª da Lei Fundamental da Alemanha e o novo objetivo estatal de proteção aos animais. In: MOLINARO, C. A.; MEDEIROS, F. L. F.; SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. (Org.). *A dignidade e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 473-492.
- ALVES, D. Lei determina que agressor de animais pague pelos cuidados das vítimas. *Agência de Notícias de Direitos Animais*, São Paulo, 23 julho 2013. Disponível em: <<http://www.anda.jor.br/>>. Acesso em: 23 jul. 2016.
- OLEDO, Maria Izabel Vasco de. *A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado*. Revista Brasileira de Direito Animal. v. 11. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2012.
- Mudança no Código Civil Francês Considera Animais Seres Sensíveis*. Disponível em: <http://pt.rfi.fr/franca/20140416-mudanca-no-codigo-civil-frances-considera-animais-seres-sensiveis>. Acesso em 08 maio 2016.
- BRASIL. Código Civil. 2002. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. Anne Joyce Angher (org). 19 ed. São Paulo: Rideel, 2016.
- COSTA, Lorena Xavier da. *Sujeito de direito e pessoa: conceitos de igualdade?* Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi7s4WSusHNAhUHEpAKHbDICxkQFggpMAI&url=http%3A%2F%2Fapl.unisuam.edu.br%2Fvistas%2Findex.php%2FlegisAugustus%2Farticle%2Fview%2F534%2F445&usq=AFQjCNG7QPNOqQfFX7AaElgHNTFAsc8tfA&sig2=2ciJhz-GJtflhCSAymkTwA&bv=bv.125596728,d.Y2l>>. Acesso em: 20 maio 2016.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Código de Processo Civil. 2002. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. Anne Joyce Angher (org). 19. ed. São Paulo: Rideel, 2016.
- PACHECO, Cristiano de Souza Lima. *A Constituição do Equador e o direito dos animais em um mundo em transformação*. 2012. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8406/6025>>. Acesso em: 03 jul. 2016.
- DIAS, Edna Cardozo. *Tutela Jurídica dos Animais*. 2000. Tese. Curso de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2000, p. 37.
- BRASIL. Instituto brasileiro de geografia e estatística (org). *Presença de animais no domicílio. In: Pesquisa nacional de saúde 2013: acesso e utilização dos serviços de saúde, acidentes e violências*. 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94074.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016.
- TJSP, Comunicação Social. *Liminar determina guarda alternada de animal de estimação*. 2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=30364>>. Acesso em: 18 maio 2016.
- MEDEIROS, Ângelo (resp). *Juiz entende que cão não é objeto e remete disputa por animal para Vara de Família*. 2016. Disponível em: <<http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/juiz-entende-que-cao-nao-e-objeto-e-remete-disputa-por-animais-para-vara-de-familia>>. Acesso em: 21 maio 2016.



VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN é Sócia-Proprietária da Advocacia Galdino. Advogada - OAB/PR 13.953. Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa (Portugal); Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; Professora Associada na Universidade Estadual de Maringá; Professora, da graduação e do mestrado, no Centro Universitário Cesumar de Maringá; Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)- Regional de Maringá/PR; Presidente do Instituto de Direito e Bioética (IDB).

A tutela dos animais pela personalidade: melhor caminho?

■ POR KALLINE CARVALHO GONÇALVES ELER



“O conceito de pessoa reverencia uma aquisição axiológica, uma categoria ética que importa no reconhecimento recíproco por seres de *igual valor*, o que exclui a ideia de personalidade animal. Embora os animais não tenham o mesmo valor e o mesmo *status* moral dos seres humanos, apresentam um valor moral relevante, devendo ser protegidos. Portanto, não podem ser maltratados e submetidos a sofrimentos sem propósito sendo essa a perspectiva que coaduna melhor com a essência de uma humanidade solidária.”

Verifica-se, na atualidade, uma adesão crescente às correntes que dividem a humanidade em dois grupos antagônicos: os homens e as pessoas, sendo somente este último grupo titular de direitos.

Erigiu-se, a partir de uma compreensão equivocada do entendimento lockeano sobre identidade pessoal, a ideia de que nem todos os homens são pessoas. O termo “pessoa” tem sido reservado exclusivamente para aqueles que detêm racionalidade e autodeterminação, em suma, consciência, o que incluiria algumas espécies de animais.

O presente trabalho, a partir das discussões entre os autores denominados aqui de substancialistas e personistas e da fenomenologia de Edmund Husserl (2006), questiona se os animais podem ser compreendidos juridicamente como pessoas e se a personalidade jurídica é o melhor instrumento para sua efetiva proteção.

A compreensão acerca da pessoa aponta o caminho de uma resposta para muitos problemas atuais da Bioética. Entretanto, como será demonstrado, o conceito de pessoa não é unânime e, por conseguinte, os problemas da Bioética serão respondidos de forma bastante diferente.

PESSOA: UM CONCEITO NUCLEAR PARA O DIREITO E PARA A BIOÉTICA

A palavra “pessoa” apresenta um conceito multifacetado que foi construído culturalmente e, por isso, para o Direito essa palavra não carrega toda a sua semântica. O termo foi redefinido a fim de facilitar a sua operacionalização e, assim, *pessoa* passou a ser um conceito técnico-jurídico da Ciência do Direito.

Pessoa, no Direito, é aquela que estabelece relações jurídicas, decorrendo daí a definição de personalidade jurídica como a aptidão genérica para figurar no polo ativo ou passivo de uma relação jurídica. O ordenamento jurídico reconhece a existência de dois tipos de pessoas: as naturais e as jurídicas.

Neste sentido técnico-jurídico formal, a noção de pessoa não coincide com a noção de ser humano, resultando tal estrutura em verdadeiro desprestígio da pessoa humana em razão de restar reduzida a simples elemento da relação jurídica¹ (MEIRELLES, 1998).

Nessa ótica tradicional, a pessoa humana é, equivocadamente, vista como uma construção abstrata do Direito, uma vez que ser pessoa equivale a ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Esse conceito de pessoa, como sinônimo de sujeito de uma relação jurídica não distingue pessoa natural e pessoa jurídica, uma vez que ambas são dotadas de personalidade.

O positivismo jurídico não conseguiu oferecer uma proteção efetiva à pessoa humana, visto que as relações jurídicas eram tratadas a partir de uma lógica formal que desconsiderava o homem e o seu contexto. A neutralidade das normas com relação a seu conteúdo e a concepção do homem como sujeito abstrato impediam uma proteção real dos valores existenciais da pessoa humana, o que era relegado a uma proteção indireta.

A valorização das dimensões do ser começou a ser impulsionada pelo ambiente do pós-Segunda Guerra, quando se comprovavam os efeitos nocivos de um formalismo estrito, defendido pelo positivismo jurídico². Era necessário uma retomada dos valores e uma efetiva proteção da pessoa diante da insuficiência do conceito técnico-jurídico para abarcar as mais variadas situações em que a pessoa deveria ser protegida.

Em razão dessa conjuntura histórica, houve uma significativa mudança no pensamento, pois todos os institutos jurídicos deveriam, agora, ser concebidos pelos valores promocionais da pessoa humana – primeira e última *ratio* do Direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana, que já estava previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tornou-se o mais importante cânone interpretativo dessa época, sendo positivado na maioria das Constituições³ do pós-Segunda Guerra Mundial.

A realidade ôntica da pessoa humana tem primazia sobre qualquer construção técnico-formal, precedência assegurada pela ordem constitucional pátria. A proteção constitucional é dirigida à *dignidade* da pessoa, considerada em todas as suas emanações. Nessa nova ordem constitucional, a pessoa humana passa a centralizar os institutos jurídicos, na medida em que o ser é valorizado, justificando a própria existência de um ordenamento jurídico.

A percepção da necessidade de uma proteção jurídica devida em razão da dignidade humana desenvolveu-se não apenas a partir da barbárie nazista, mas também como decorrência do desenvolvimento tecnológico na área da Biomedicina onde, novamente, o ser humano tornou-se terreno de conquista.

Nesse contexto de novas possibilidades de intervenção artificial da vida humana, observa-se o crescente retorno da discussão acerca do conceito de pessoa tanto pelo Direito quanto pela Bioética.

A pessoa humana é a referência central dessas duas grandes áreas. Todos os institutos existentes na ordem jurídica encontram garantia tão somente em função do seu fim de permitir o desenvolvimento da personalidade humana (função promocional).

Entretanto, diante dos novos dilemas contemporâneos, um grupo denominado animalista questiona a centralidade do ser humano na Bioética e no Direito, propondo que aos animais seja também atribuída personalidade jurídica para que os seus interesses sejam resguardados.

PERSONISTAS *VERSUS* SUBSTANCIALISTAS – O DEBATE ACERCA DA PESSOA

É a partir do pensamento de Locke (1999) que o conceito de pessoa calcado em uma consciência pensante começou a ser difundido de forma mais decisiva. O filósofo inglês diferenciou os conceitos referentes à substância, homem e pessoa para explicar os critérios definidores da identidade pessoal de um indivíduo, isto é, buscou encontrar aquilo que era permanente na identidade; que faz com que uma pessoa continue sendo a mesma pessoa apesar de eventuais alterações físicas e psicológicas.

Em relação aos seres vivos, Locke (1999, I, cap. XXVII, § 4º, p. 436) assevera que “a sua identidade não depende de uma massa das mesmas partículas, mas de outra coisa qualquer, visto que nelas a variação de grandes quantidades de massa não modifica a sua identidade”. Para exemplificar seu raciocínio, cita a figura de um carvalho que, ainda podado, continua sendo o mesmo carvalho e, de igual forma, o cavalo, estando gordo ou magro, não deixa de ser cavalo. O autor conclui, então, que “a *substância*, na qual o “eu” pessoal consiste num determinado momento, pode variar num outro momento sem alterar a identidade pessoal” (LOCKE, 1999, I, cap. XXVII, § 13, p. 445, grifo no original).

Locke (1999) prossegue em seu argumento e traça duas ideias distintas para ser humano e pessoa. Em sua concepção, o ser humano diz respeito tão somente a uma condição biológica. A palavra “pessoa”, por sua vez, designa:

[...] um ser inteligente pensante, que possui raciocínio e reflexão, e que pode pensar a si própria como o mesmo ser pensante em diferentes tempos e espaços; é-lhe possível fazer isso devido apenas a essa consciência que é inseparável do pensamento e, pelo que me parece, é essencial para este, sendo impossível para qualquer um compreender sem *aprender* que consegue compreender. Porque, uma vez que a consciência acompanha sempre o pensamento e é o que faz com que cada um seja ele próprio e, desse modo, se distinga de todas as outras coisas pensantes, é somente nisto que consiste a identidade pessoal, ou seja, a singularidade de um ser racional (LOCKE, 1999, p. 443, grifo no original).

É a consciência contínua que faz com que cada qual chame seu ser de próprio e é também a consciência o fator distintivo de um *eu* dos demais seres pensantes. A definição da identidade pessoal não evoca um problema de tipo de substâncias, como compreendia Descartes (1989), mas de união de estados de consciência. O que interessa à Locke⁴ (1999) é este *eu* pensante e consciente unido às suas partes corporais e não tanto descobrir se a este *eu* está agregado uma alma imaterial à maneira cartesiana.

As condições de identidade dos homens e das pessoas não são, portanto, as mesmas, na concepção lockeana, tendo em vista que a identidade destas últimas forma-se pela consciência. Esta retrocede em direção a uma ação ou pensamento passado, permitindo ao indivíduo reconhecer-se como sendo o mesmo *eu* agora e no passado. A identidade da pessoa é, assim, a invariabilidade de um ser racional.

Visto que é pela consciência que possui dos pensamentos e ações do presente que o *eu* é agora para *si próprio*, e assim será o mesmo eu na medida em que a mesma consciência se possa alargar a ações passadas ou futuras; e não seriam duas pessoas, pela distância temporal ou pela alteração da substância, tal como um homem não seria dois homens por vestir hoje roupa diferente da de ontem, independentemente de ter dormido muito ou pouco tempo: a mesma consciência une essas ações distantes numa mesma pessoa, independentemente das substâncias que contribuíram para a sua produção (LOCKE, 1999, I, cap. XXVII, § 12, p. 444, 445, grifo no original).

Percebe-se que a consciência desempenha um fator fundamental no conceito de pessoa lockeano, pois é ela que reúne as ações separadas em uma mesma pessoa. Aquele que possui consciência de suas ações presentes, passadas e futuras é, então, considerado pessoa.

O *eu* é essa coisa consciente e racional, qualquer que seja a substância que o constitui, que é sensível e consciente do prazer e da dor, é capaz da felicidade ou da infelicidade e, assim, está ocupado consigo próprio, tanto quanto essa consciência o possa abranger (LOCKE, 1999, I, cap. XXVII, § 19, p. 451).

A partir do pensamento de Locke (1999), surgiu a questão do critério externo escolhido por terceiros para determinar a identidade de um indivíduo. Segundo

essa concepção, a personalidade está indubitavelmente associada à consciência, sendo impossível relacionar a identidade pessoal a qualquer outra coisa que não seja a consciência, ou que vá para além daquilo que a consciência consegue atingir. A consciência constrói o *eu* e, por isso, somente ela pode definir a identidade. Através da autoconsciência atual o ser vivo não toma consciência apenas da sua identidade, mas ao contrário, manifesta sua identidade como identidade pessoal.

As reflexões lockeanas acerca da identidade pessoal exerceram grande influência em autores da contemporaneidade como Peter Singer (1994), John Harris (1999) e Hugo T. Engelhardt (2008), dentre outros que, em consonância com as ideias de Locke (1999), diferenciam os conceitos de ser humano e pessoa, entendendo que *pessoa* remete, necessariamente, a um ser dotado de autoconsciência e reflexão, características que não são encontradas em todos os seres humanos.

Dos autores citados, destaca-se o emblemático pensamento de Singer (1994) que defende a igualdade para os animais sencientes sob o argumento de que são pessoas. O autor adota a sensibilidade como critério para distinguir os seres que têm interesse e merecem proteção moral daqueles que não devem recebê-la, chegando à conclusão de que todos os seres sencientes, ou seja, aqueles capazes de sofrer e de sentir prazer, possuem interesse, pois perseguem seu bem-estar e, quando sofrem, esse sofrimento deve ser levado em consideração.

Se o ser sofre, não pode haver nenhuma justificativa de ordem moral para nos recusarmos a levar esse sofrimento em consideração. Seja qual for a natureza do ser, o princípio da igualdade exige que o sofrimento seja levado em conta em termos de igualdade com o sofrimento semelhante (SINGER, 1994, p. 67).

Por esse argumento, experimentos científicos com animais cujo intuito seja encontrar novos remédios e cura para certas doenças seriam moralmente indefensáveis, a não ser que os pesquisadores estivessem preparados para realizar tais experimentos em seres humanos com lesões graves e irreversíveis. Do contrário, a preferência por conservar essas vidas humanas revelaria um preconceito dos cientistas em favor da própria espécie, violando o princípio da igualdade (Singer, 1994, p. 77-78).

Singer (1994) acusa de especismo aqueles seres humanos que atribuem peso maior aos membros de sua própria espécie diante de um conflito de interesses com as outras espécies e qualifica como pessoa os animais sencientes que possuem as características da racionalidade e da autoconsciência.

O autor defende o *status* de pessoa dos animais superiores a partir das experiências que comprovam, por exemplo, a capacidade dos símios (gorilas, orangotangos e chipanzés) de aprender sinais próprios da linguagem humana; de usar os sinais para referir-se a acontecimentos passados⁵ ou futuros; de articular interações e desenvolver atividades cooperativas que exigem planejamento⁶ e, ainda, a existência da consciência de si⁷. Por outro lado, sustenta que alguns seres humanos não são pessoas, pois não detêm a capacidade de enxergar a si mesmos como *eus* contínuos e autônomos, e, por isso, não devem receber a mesma proteção das pessoas.

Portanto, devemos rejeitar a doutrina que coloca as vidas de membros de nossa espécie acima das vidas de outras espécies. Alguns membros de outras espécies são pessoas; alguns membros da nossa espécie não o são [...] O ato de tirar a vida de pessoas é mais sério

do que o de tirar a vida de não-pessoas. Assim, parece que o fato de, digamos, *matarmos um chimpanzé é pior do que o de matarmos um ser humano que, devido a uma deficiência mental congênita, não é e jamais será uma pessoa* (SINGER, 1994, p. 126-127, grifos nossos).

Harris (1999, p. 297) também se posiciona contrário ao especismo sob o argumento de que a superioridade moral dos seres humanos parte de uma estipulação arbitrária que reivindica a preferência apenas dos seus interesses individuais, sem qualquer fundamento moral legítimo.

O autor busca responder qual o fundamento mais sólido que confere *status* moral privilegiado para a vida de alguns seres. Nesse caminho, refuta o especismo em favor dos seres humanos, comparando tal atitude ao nazismo, ao racismo e ao machismo. Todas essas formas são consideradas imposições arbitrárias de uma superioridade com base na raça e no gênero que devem ser rechaçadas, assim como aquelas apoiadas na nacionalidade e na religião.

Harris (1999) chega à conclusão de que somente aqueles que possuem as capacidades de pensar, refletir e autodeterminar-se podem ser chamados pessoas. Em síntese, pessoa é a criatura que possui a aptidão de valorar a própria existência, o que inclui, animais, máquinas, extraterrestres, deuses, anjos, demônios, se verificada essa condição. Por outro lado, uma vez ausente essa capacidade valorativa em embriões humanos e adultos com lesões cerebrais irreversíveis, ausente também será a personalidade, o que faz com que esses seres sejam humanos, mas não pessoas e, portanto, estarão em uma categoria moral inferior, não existindo interesses merecedores de ponderação.

Engelhardt (2008) trilha o mesmo caminho sustentando que, em termos de moralidade secular, as pessoas, e não os seres humanos, são especiais. Para o autor, a existência de uma comunidade moral secular requer a cooperação entre estranhos morais que devem estar aptos para participar das controvérsias morais e resolvê-las por meio de acordos. Nesses termos, a ênfase não está no ser humano, mas na pessoa, entendida como agente moral competente, autoconsciente e racional que desempenha um papel na comunidade moral.

Essas quatro características, a autoconsciência, a racionalidade, o sentido moral e a liberdade, identificam as entidades capazes de discurso moral, capazes de dar permissão. O princípio do consentimento, e sua elaboração na moralidade secular do respeito mútuo, aplica-se apenas a essas criaturas. Só diz respeito a pessoas, cuja noção (isto é, de ser pessoa) é definida em termos de capacidade de entrar nesta prática de resolver controvérsias morais por meio de acordo (ENGELHARDT, 2008, p. 174).

A capacidade de dar permissão é primordial para o conceito de pessoa de Engelhardt (2008), que defende uma teoria contratualista no âmbito moral e, nesses termos, embriões, fetos, bebês, deficientes mentais e aqueles que se encontram em coma irreversível são humanos, mas não pessoas. Pertencer à espécie humana não é suficiente para lhes conferir posição privilegiada na comunidade moral secular. Essas entidades, a despeito de não estarem no mesmo patamar ético das pessoas, poderão, no entanto, ser respeitadas em comunidades particulares, pois existe para tais comunidades o direito moral secular de agir, dentro do seu círculo, conforme suas visões morais de direitos e obrigações.

Os autores mencionados compõem o grupo, aqui, denominado personista ou dualista, pois dissociam ser humano e pessoa. Singer (1994) fundamenta seu conceito no critério da racionalidade e da auconsciência; Harris (1999) adota o critério da capacidade de valorar a própria existência e, Engelhardt (2008), por fim, enfatiza a capacidade de dar permissão. A pessoa, para tais autores, assimila-se a uma soma de atividades em lugar de ser reconhecida como o ato fundante do indivíduo que pertence a uma natureza racional.

A adoção desse entendimento que diferencia pessoas e seres humanos traz como consequência inevitável a possibilidade de que as pessoas tenham o poder de impor seus interesses aos seres humanos não pessoas sem qualquer preocupação de respeito, uma vez que inexitem limites morais e direitos exigíveis.

Os posicionamentos apresentados conduzem a consequências éticas semelhantes: qualquer ser que não manifeste as características anteriormente expostas não é merecedor do *status* de pessoa e, portanto, em relação a ele, inexitem quaisquer obrigações morais, sendo lícito o aborto, infanticídio, descarte de embriões, causar a morte de deficientes mentais e de pessoas em coma irreversível, etc. Ao se adotar o pensamento dos personistas, a atitude que surge é de indiferença frente aos seres humanos mais frágeis. O respeito apenas se dirige a um número limitado de indivíduos seletos, que tenham a sorte de possuir certas qualidades julgadas essenciais.

O critério da autoconsciência revela, todavia, um reducionismo intelectualista que considera tão somente uma parte da pessoa – o exercício atual da consciência – como se fosse o todo. Consequentemente, discrimina os seres humanos conforme suas capacidades intelectuais, atribuindo aos indivíduos intelectualmente mais pobres um valor inferior aos demais.

Em oposição ao conceito reducionista de pessoa, outro grupo de autores contemporâneos retoma o entendimento de Boécio (2005) acerca da pessoa com algumas variações. Essa vertente, denominada substancialista ou ontológica, é defendida por autores como Robert Spaemann (2010), Laura Palazzani (1992) e Roberto Andorno (2012) que, em linhas gerais, identificam o conteúdo do termo *pessoa* com a essência humana.

Esses autores rechaçam a definição de pessoa a partir da autoconsciência, pois a autoconsciência é dada pelo fato de termos, primeiramente, uma natureza propensa a essa capacidade racional. O ser humano tem uma natureza que pode manifestar-se em autoconsciência; é portador de uma unidade e continuidade e, por conseguinte, ainda que um ser humano deixe de possuir algumas das suas capacidades racionais, em determinado momento da vida, não deixará de ser pessoa, merecendo, pois, o mesmo respeito que é devido a todos os seres humanos, independentemente das condições fáticas em que se encontrem. A pessoa, portanto, não se confunde com o exercício efetivo de alguma capacidade ou função.

A pessoa não se confunde com suas propriedades; do contrário, deixaria de ser pessoa quando não mais as possuísse. É porque os homens são tratados como pessoas que o desenvolvimento dessas habilidades torna-se possível. A pessoa só conseguirá enxergar-se como agente autônomo e imputável se a continuidade de si mesma e se o seu desenvolvimento natural não forem interrompidos.

Palazzani (1997, p. 140) argumenta que a presença da função sensitiva ou da condição para o seu exercício pressupõe a existência de um sujeito; é a existência

do sujeito que possibilita o exercício de certas funções e não o exercício de certas funções que constitui o ser do sujeito.

Andorno (2012, p. 118) salienta que, se o ser da pessoa repousar inteiramente na autoconsciência, isso implica que a pessoa virá a ser gradualmente. Entretanto, o ser pessoal, dotado de unicidade, não pode, por princípio, vir à existência gradualmente, pois apenas as coisas constituídas por uma multiplicidade de elementos podem começar a existir em diversos graus.

Apenas em plural há pessoas, pois o *eu* define-se a si mesmo como pessoa em relação às demais pessoas. A relação do indivíduo com seu semelhante é parte constitutiva da sua existência. O relacionamento intersubjetivo é o que permite ao indivíduo a tomada de consciência de si mesmo e, nesse sentido, o termo *pessoa* remete a um diálogo, pois só é possível conhecer-se através do outro.

As relações intersubjetivas, entretanto, não estão justapostas à realidade pessoal; são constitutivas da própria realidade ontológica de modo que o homem é em relação. Essa abertura relacional não significa que o homem não é um ser em si. O *ser em si* e o *ser com* estão apenas em aparente dicotomia. As duas dimensões em sua totalidade estão na estrutura da pessoa. Pessoa é uma realidade única, porém complexa. A complexidade dessas duas dimensões existenciais integra a unidade da realidade ontológica da pessoa (GONÇALVES, 2008, p. 150).

ANIMAIS COMO PESSOAS?

O ordenamento civil, conforme se extrai do art. 82^º, define os animais como bens móveis, passíveis, portanto, de ser objeto de transações econômicas. O Direito não lhes atribui personalidade e, por isso, não figuram nas relações jurídicas como sujeitos de direito. A despeito da limitação legal, questiona-se se aos animais deveria ser reconhecida a personalidade.

Singer (1994) e Harris (1997), como já salientado, defendem a personalidade de qualquer ser que apresente uma consciência racional e, por essa concepção, os animais superiores são pessoas.

Ressalta-se, contudo, que Singer (1994), apesar de aplicar o princípio da igual consideração de interesses a todos os animais sencientes, estabelece graus distintos de proteção, incorrendo em contradição, pois os interesses dos seres sem consciência não são considerados integralmente pelo fato de não serem pessoas; sendo tais seres tidos como substituíveis. Singer (1994) recai no próprio especismo ao qual combate quando privilegia os seres que possuem consciência de si, conferindo somente a eles proteção moral plena.

Autores como Francione (2010) superam esse obstáculo utilitarista defendendo a abolição do direito de propriedade dos animais como o único meio de real libertação destes. Nesse sentido, diferentemente de Singer (2004) que sustenta que os animais são iguais em interesses, mas só alguns são pessoas, Francione (2010) advoga pela personalidade de todos os seres sencientes.

O autor, todavia, não consegue explicar por que o alívio do sofrimento deveria permanecer como o único bem moral a ser tutelado e empregado como critério para estabelecer a personalidade dos seres vivos, ou por que a personalidade seria o único instrumento para proteger a vida dos animais; também não consegue responder como os animais poderiam ser agentes morais e exercer seus julgamentos na comunidade dos humanos; em suma, como seria exercida a alteridade.

Os argumentos levantados por Singer (1994) e Harris (1999) em relação à consciência animal podem ser refutados, primeiramente, pela teoria de Lukács (2013) acerca da ontologia do ser social na qual o autor explica que a consciência animal é um produto das diferenciações biológicas e da crescente complexidade dos organismos. Quanto mais complexo for o organismo animal, tanto maior será a necessidade de órgãos refinados e diferenciados a fim de mantê-lo em inter-relação com o seu ambiente.

[...] gostaria apenas de destacar que o gradual desenvolvimento da consciência animal a partir de reações biofísicas e bioquímicas até estímulos e reflexos transmitidos pelos nervos, até o mais alto estágio a que chegou, permanece sempre limitado ao quadro da reprodução biológica. [...] Na natureza, a consciência animal jamais vai além de um melhor serviço à existência biológica e à reprodução e por isso, de um ponto de vista ontológico, é um epifenômeno do ser orgânico. Quanto aos fenômenos aparentemente análogos que se encontram nos animais domésticos, por exemplo o comportamento dos cães de caça, repetimos que tais hábitos só podem surgir pela convivência com os homens, como imposições do ser humano sobre o animal, enquanto aquele realiza por si mesmo o autodomínio como condição necessária para a realização no trabalho dos próprios fins autonomamente postos (LUKÁCS, 2013, p. 63-82).

Somente nos seres humanos a consciência ultrapassa a simples adaptação ao ambiente, pois estes, em razão da sua natureza, conseguem se dissociar do seu ambiente, distinguindo sujeito e objeto e colocando um fim que pode ser anteriormente pensado no seu agir.

A consciência⁹ pode ser melhor compreendida pela formulação husserliana que a analisa não como uma dimensão sensível nas quais estão presentes qualidades morfológicas, mas como um ponto de convergência das operações humanas. À medida, que dirigimos nosso olhar para o fluxo da vida, apreendemos a nós mesmos como sujeitos conscientes, como agentes ativos dotados de responsabilidade e liberdade para desvendar a realidade que nos rodeia.

Na essência do ser humano, a consciência está limitada a um conjunto de posições potenciais de ser. O ser humano, na qualidade de vivido intencional, tem a possibilidade de se tornar ciente do seu papel de agente ativo, assumindo, assim, o controle da sua história.

A consciência é a essência do ser humano e existe em ato ou potência. Logo, não se pode dizer que embriões, fetos, recém-nascidos, pessoas com má formação cerebral não são dotados de consciência.

A consciência encontra-se na dimensão metafísica e o seu desenvolvimento, ainda que em potencial, é inerente à essência humana. Se a consciência, da forma como é compreendida por Husserl (2006), é o elemento que caracteriza tanto o homem quanto a pessoa, qualquer homem é pessoa, ainda que não haja uma racionalidade atual. Portanto, inexistem quaisquer requisitos extrínsecos a serem cumpridos pelo homem para merecer a qualificação de pessoa, basta ser humano.

Chamamos todos os homens de pessoa porque se diferenciam dos demais seres pela sua dimensão espiritual¹⁰, fundamento da vida moral, que implicam responsabilidade e liberdade. Ainda que nem sempre e nem todos ativem a dimensão

espiritual, todos têm a condição de ativá-la e, em razão dessa potência, o atributo da personalidade não poderá ser retirado de nenhum ser humano.

Adotando-se o critério da consciência para definir a pessoa, conforme a percepção husserliana, chega-se à conclusão de que animais não são pessoas, pois sua consciência é limitada a uma condição biológica, não existindo qualquer possibilidade de reflexão¹¹ perceptiva, da reflexão que apreende a existência absoluta e reconhece o outro¹² como um ser de igual valor, fim em si mesmo.

No entanto, seria ainda possível sustentar a personalidade animal em analogia à personalidade dos entes coletivos. Essa perspectiva, contudo, ignora que a pessoa jurídica não possui um *status* de interesses apartado nem um valor inerente.

Atribui-se personalidade em razão dos interesses humanos, objetivando proteger a pessoa natural que desloca um capital para investir em uma atividade que acarreta benefício para toda a sociedade. Protege-se o patrimônio da pessoa natural contra os riscos do exercício da atividade, razão pela qual a pessoa jurídica apenas pode figurar em relações de caráter econômico, não de caráter existencial, estando, assim, sua capacidade¹³ de direito limitada pela sua natureza.

Lacerda (2013) aponta como equívoco principal dos animalistas o fato de encararem o conceito de pessoa não como um valor, mas como um nome convencional que designa a presença de certas características cognitivas. Pessoa não corresponde a uma realidade descritiva, mas a uma realidade ontoaxiológica, que implica o reconhecimento ético-recíproco de uma dignidade de *igual valor*. Pessoa significa ocupar um lugar único no espaço de relações constituídas por outras pessoas; é um ato de percepção do próprio *eu* e dos demais como possuidores de um lugar ímpar (SPAEMANN, 2010).

Reconhecer a personalidade dos animais significa ignorar essa realidade axiológica da pessoa. A personalidade animal também não é capaz de resolver satisfatoriamente os problemas relacionados à proteção dos animais. Ao contrário, corre-se o risco, de um lado, de não encontrar o fundamento adequado para proteger os animais e, de outro, de enfraquecer a defesa do ser humano como um fim em si mesmo.

Nesse sentido, Lacerda (2013) defende que os animais são seres que merecem consideração moral. Todavia, disso não decorre que os animais possam ser sujeitos, titulares de direitos ou dotados de valor intrínseco. Os animais merecem proteção moral, pois assim o homem se distancia do mal gratuito; evita seu próprio embrutecimento e exercita sua humanidade.

A proteção dos animais para ser eficaz não depende do reconhecimento do seu *status* de pessoa, pois pessoa pressupõe o reconhecimento de um ser de *igual valor*. A proteção dos animais corresponde à defesa da nossa própria humanidade, da nossa consciência racional que reconhece um ser vulnerável a sofrimento desnecessário e ameaça física.

A despeito da existência de uma gama variada de diplomas normativos¹⁴ destinados a proteger os animais, torna-se imperiosa uma efetiva conscientização socioambiental capaz de proporcionar mudanças no pensamento social no que tange à relação homem-animal.

Diante disso, ressalta-se a importância do art. 225, § 1º, VI da Constituição, que dispõe sobre a educação ambiental. O preceito constitucional encontra-se regulamentado pela Lei nº 9.795/1999, que define a educação ambiental em seu art. 1º:

Entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

A introdução de ideais biocêntricos em todos os graus de ensino apresenta-se como instrumento relevante para modificar os valores da sociedade e proporcionar o fortalecimento de uma cultura solidária que reconhece a proteção dos animais como algo essencial a nossa natureza humana e ao equilíbrio planetário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do marco teórico escolhido, tem-se que pessoa não é um conceito que surge após uma análise que busca determinar taxativamente suas características. O conceito de pessoa não pode ser construído a partir da constatação de determinadas qualidades específicas. A escolha de certas características para a definição da pessoa será sempre arbitrária e implicará a aceitação de que alguns detêm autoridade e poder para decidir em quais condições se é ou deixa de ser pessoa.

O conceito de pessoa reverencia uma aquisição axiológica, uma categoria ética que importa no reconhecimento recíproco por seres de *igual valor*, o que exclui a ideia de personalidade animal. Embora os animais não tenham o mesmo valor e o mesmo *status* moral dos seres humanos, apresentam um valor moral relevante, devendo ser protegidos. Portanto, não podem ser maltratados e submetidos a sofrimentos sem propósito sendo essa a perspectiva que coaduna melhor com a essência de uma humanidade solidária.

O cuidado com os animais precisa, entretanto, ser difundido para que as legislações protetoras alcancem o fim pretendido. Há, dessa forma, a necessidade de políticas educacionais que possibilitem uma conscientização que venha a incutir nos destinatários das normas sentimentos de respeito pela natureza animal. **■**

NOTAS

- 1 É o que se observa nos códigos civis típicos do século XIX, incluindo o Código Civil Brasileiro de 1916 ao se considerar, não o marco cronológico, mas, o marco histórico-ideológico, caracterizado pelo final da Primeira Guerra Mundial e pelas bases da codificação francesa; em que o homem era concebido como um sujeito abstrato, resultando daí uma igualdade meramente formal perante a lei. Em uma época marcada pela codificação, a pessoa tem uma conotação restritiva, pois é aquela que compra; que vende; que testa; enfim, aquela que reúne condições de desenvolver atividades adequadas no sentido marcadamente proprietarista.
- 2 Norberto Bobbio, em sua obra intitulada "O Positivismo Jurídico", alerta sobre o erro que o estudioso desse movimento poderia cometer ao encará-lo como um bloco monolítico. O jurista explica que o pensamento juspositivista pode ser visto a partir de três planos diversos, quais sejam: método para o estudo do Direito (como fato, não como valor); teoria do Direito e ideologia do Direito.
- 3 O primeiro momento histórico em que a dignidade da pessoa humana foi recepcionada como princípio constitucional foi na Carta Constitucional da República Alemã de 1949. *Art. 1º. (proteção da dignidade da pessoa humana) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger.* Constata-se que a partir do marco histórico do texto constitucional alemão, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana enquanto princípio arraigou-se a várias constituições contemporâneas. A história do constitucionalismo brasileiro, entretanto, não acompanhou de imediato essa

transformação, pois, embora sejam encontradas algumas manifestações constitucionais destinadas a proteger a pessoa humana, tal proteção, antes de 1988, era restrita à defesa da liberdade individual, e, meramente formal. Convém trazer a título de exemplo a edição do Ato Institucional nº. 5, no ano de 1968, época da ditadura militar que, ao fundamentar a defesa do regime institucionalizado, dispôs ser o mesmo baseado na liberdade e no respeito à dignidade da pessoa humana.

- 4 Locke questionou se o ser continuará sendo a mesma pessoa se a substância que pensa for modificada, ou se, existirão pessoas diferentes, ainda que a substância permaneça a mesma. O filósofo criticou os cartesianos por situarem o pensamento apenas na substância imaterial e por não demonstrarem porque é que a identidade pessoal não pôde ser preservada nas substâncias imateriais ou na variedade de substâncias imateriais distintas, tendo em vista que a identidade animal era preservada na alteração das substâncias materiais ou na variedade dos corpos distinto. Por ter defendido que a consciência era determinante na personalidade, sustentou que a mesma substância imaterial, desprovida de consciência, não mais formava a mesma pessoa através da união com um corpo (LOCKE, 1999, I, cap. XXVII, § 14-§16, p. 446-449).
- 5 Singer (1994, p. 121) relata que perguntaram ao macaco chamado Koko o que tinha acontecido na data do seu aniversário e ele respondeu com sinais “dormir, comer”. O autor também narra que todos os anos, depois do dia de Ação de Graças, os pesquisadores montavam uma árvore de natal cheia de enfeites comestíveis. Os macacos usavam a combinação “árvore doce” para se referir à árvore de natal. Em um ano, os pesquisadores demoraram a montar a árvore e um macaco perguntou: “árvore doce”? Isso demonstrou que o macaco não apenas lembrava-se da árvore, mas sabia a época do ano em que ela devia ser montada, sendo um indício de noção da passagem do tempo.
- 6 Para impedir a rápida destruição da pequena floresta pelos chipanzés, os guardas do zoológico de Amsterdã colocaram cercas elétricas ao redor dos troncos das árvores. Os chipanzés superaram esse obstáculo quebrando grandes galhos de árvores mortas (que não têm cercas em volta) e arrastando-os até a base de uma árvore viva. Um chipanzé então segurou o galho seco, enquanto outro subiu por ele, passou por cima da cerca e chegou até a árvore. Uma vez ali, colheu as folhas que foi dividir com o chipanzé que ficou segurando o galho (SINGER, 1994, p. 124).
- 7 Os cientistas norte-americanos Allen e Beatrice Gardner mostraram a imagem de um chipanzé no espelho e perguntaram “quem é?”. A chipanzé “Washoe”, usando a linguagem dos surdos, respondeu “sou eu” (SINGER, 1994, p. 120).
- 8 Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.
- 9 Para uma melhor compreensão da consciência em Husserl, ver ELER, Kalline Carvalho Gonçalves. O conceito de pessoa a partir da fenomenologia husserliana. *Revista Fenomenologia e Direito*, vol. 7, n. 2, out. 2014, p. 103-124. Disponível em: <http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/o_conceito_de_pessoa.pdf>. Acesso em: 07 out. 2014.
- 10 A característica da vida humana é ser uma vida espiritual; Husserl (2006) reconhece uma dimensão espiritual, âmbito das avaliações e decisões, e fundamento da vida moral, que implica em responsabilidade e liberdade. Para Husserl (2006), ainda que nem sempre e nem todos ativem a dimensão espiritual, todos têm condição de ativá-la. Por lei de essência, o ser humano tem a capacidade para passar por modificações reflexivas em diferentes direções.
- 11 A reflexão é uma vivência humana, porque corresponde à capacidade que o ser humano tem de se dar conta do que está fazendo. Ele tem a capacidade de perceber e registrar aquilo que percebe, e de se dar conta de que está vivendo o ato da percepção (ALES BELLO, 2006, p. 33).
- 12 A passagem do “eu” para o “nós” é possível por um ato específico que Husserl (2006) denomina empatia ou empatia. Essa palavra é empregada para dizer que o outro é imediatamente apreendido como um semelhante, como um alguém que também é ativo no processo de conhecimento e é capaz de se autodeterminar, sendo possível estabelecer com esse outro uma relação espiritual, pois se manifesta e é como “eu”.

- 13 Isso não significa que a capacidade de direito da pessoa jurídica é menor que a da pessoa natural, é apenas diferente. A capacidade da pessoa jurídica é limitada em razão de sua personalidade ser reconhecida na medida dos fins perseguidos pela entidade (caráter funcional instrumental). Em síntese, ao atribuir personalidade, a pessoa jurídica passa a ter uma capacidade genérica, mas que tem limites em virtude do seu substrato ontológico. Assim, a pessoa jurídica é capaz de direitos para figurar em toda e qualquer relação jurídica, exceto naquelas que vão de encontro à sua própria natureza, por isso a sua capacidade se restringe aos direitos patrimoniais. A ideia de dano moral da pessoa jurídica traduz-se em um erro de raciocínio jurídico. Indeniza-se, em verdade, um dano patrimonial com fundamento em um dano extrapatrimonial.
- 14 Dentre as leis mais importantes, cita-se, por ordem cronológica, a Lei nº 7.643/1987, que estabelece a proibição da pesca de cetáceos em águas brasileiras; a Lei nº 7.679/1988, que trouxe algumas modificações ao Código de Pesca; a Lei nº 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais; a Lei nº 11.794/2008, conhecida como Lei Arouca, que regulamenta o art. 225, § 1º, VIII da Constituição Federal, estabelecendo os procedimentos para o uso científico dos animais, revogando expressamente as disposições da antiga lei de vivissecção animal (Lei nº 6.638/1979). Registram-se ainda duas propostas legislativas em trâmite no Poder Legislativo: o Projeto de Lei nº 215, de 2007, que visa instituir o Código Federal de Bem-Estar Animal e o Projeto nº 2.156, de 2011, que propõe a edição de um Código Nacional de Proteção Animal.

REFERÊNCIAS

- ALES BELLO, Angela. *Introdução à fenomenologia*. Bauru: Edusc, 2006.
- ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidade de la persona*. Madri: Tecnos, 2012.
- BOÉCIO. *Escritos (OPUSCULA SACRA)*. Trad., intro., estudos introdutórios e notas Juvenal Savian Filho. Prefácio de Marilena Chauí. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Lisboa: Ed. 70, 1989.
- FRANCIONE, Gary L. Animal Welfare and the Moral Value of Nonhuman Animals. *Law, Culture and Humanities*, v. 6 (1), 2010, p. 24-36.
- GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e Ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira (Org.). *Estudos de Direito da Bioética II*. Lisboa: Edições Almedina, 2008, p. 125-182.
- HARRIS, John. The concept of the person and the value of life. In: Kennedy Institute of Ethics Journal, v. 9, n. 4, dez/1999, p. 293-308.
- HUSSERL, Edmund. *Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica*. São Paulo: Ideias e Letras, 2006.
- LACERDA, Bruno Amaro. Animais como pessoas e dignidade animal. In: *SCIENTIA IURIS*, Londrina, v.17, n. 1, p. 49-64, jul. 2013.
- LOCKE, John. *Ensaio sobre o entendimento humano*. Coord. de trad. Eduardo Abranches de Soveral. v. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, cap. XXVII, p. 433-461.
- LUKÁCS, Gyorgy. *Para uma ontologia do ser social II*. São Paulo: Boitempo, 2013, p.41-157.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson. (Org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 87-114.
- PALAZZANI, Laura. Essere umano o persona? Persona potenziale o persona possibile? In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n 3, 1992, p. 446-471.
- _____. Persona e essere umano in bioetica e nel biodiritto. In: *Idee*, v. 34/35, 1997, p. 133-147.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- SPAEMANN, Robert. *Personas: acerca de la distinción entre "algo" y "alguien"*. Navarra: EUNSA, 2010.



KALLINE CARVALHO GONÇALVES ELER é professora assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora - Campus Governador Valadares (MG), onde desenvolve atualmente dois projetos de pesquisa: "Diagnóstico Genético Pré-Implantação: uma eugenia mascarada?" e "Paternidade e Maternidade no contexto das tecnologias de reprodução assistida". Doutoranda em Bioética pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Áreas de atuação Bioética, Direitos Humanos e Direito Civil. kallinecarvalho@hotmail.com



Efeitos da pós-verdade no debate sobre a prática da vaquejada

■ POR HENRIQUE CARVALHO

O departamento da universidade de Oxford, responsável pelo mundialmente conhecido *Oxford Dictionary*, elege anualmente uma palavra levando em consideração sua relevância ao longo do ano. Em 2016 a palavra escolhida foi a “pós-verdade”, dada a sua importância durante o referendo no Reino Unido sobre sua permanência na União Europeia e nas eleições nos EUA, na qual Donald Trump sagrou-se vencedor.

De acordo com o dicionário Oxford, pós-verdade pode ser definida como “circunstância em que fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que apelos a emoção e crença pessoal”.

Portanto, tem-se por pós-verdade a sobreposição de paixões e impressões pessoais em detrimento de conceitos embasados na ciência e na razão, com o único objetivo de guiar a opinião pública a corroborar com opiniões particulares.



“A capacidade de alguns de dialogar, discernir, pensar e chegar às próprias conclusões não pode ser suplantada por uma pós-verdade de uma minoria radical, descompromissada com a verdade, fortemente influente no mundo virtual, e que tem sido exitosa em impor suas pós-verdades. Sigamos convivendo em sociedade de forma serena, equilibrada e responsável, ponderando os diversos dogmas que adotamos como inarredáveis, aplicando os princípios regidos por nossa Constituição Federal, sem que nenhum deles seja suplantado. A cultura da vaquejada pode conviver com o meio ambiente equilibrado.”

Conforme o referido dicionário, em 1992 este termo foi utilizado pelo escritor sérvio-americano Steve Tesich, porém, sua escolha como palavra do ano deveu-se a sua constante utilização em 2016, atingindo pico de incidência que cresceu mais de 2000%.

Atualmente, tem-se travado uma batalha judicial (julgamento não transitado em julgado da ADI 4.983 no STF) e legislativa (PEC 50/2016, PEC 270/16 que tramitam nas casas legislativas do Congresso Nacional), na qual se discute a constitucionalidade ou não da prática da vaquejada.

A vaquejada consiste em uma prática secular, oriunda do trabalho no campo e na lida diária dos rebanhos bovinos nordestinos. Espalhou-se pelo Brasil e não mais faz parte apenas da cultura do nordeste, mas de todo o Brasil. Teve sua constitucionalidade questionada com base em alguns pareceres e escritos divulgados por ativistas financiados por ONGs, que se autodenominam protetoras dos animais.

Atualmente o esporte é praticado seguindo regras rígidas do bem-estar animal e com equipamentos de proteção de todos os envolvidos no evento: boi, cavalo e vaqueiro.

O boi de vaquejada, que participa da competição apenas uma única vez em sua vida útil, é tratado com comida e água durante os três dias de prova. Sua função consiste em correr e ser deitado em um colchão de areia, que amortece sua queda e o protege de lesões ósseas ou musculares. Há cerca de dois anos foi desenvolvido um protetor de cauda que eliminou qualquer possibilidade de fratura da cauda.

O cavalo, tratado como atleta de ponta, além de toda suplementação alimentar antes, durante e após evento, não pode ser açoitado com espora ou chicote, sendo qualquer sangramento (por mais leve que seja) motivo de desclassificação do competidor.

Em relação ao vaqueiro, capacete e colchão de areia são garantias de sua integridade física, assim como a assistência de paramédicos.

Analisando os bovinos, ponto onde a discussão é mais sensível, laudos científicos (e não pareceres) demonstraram que não há sofrimento algum. Exames de cortisol atestaram que não há estresse e exames da taxa de proteína CK demonstraram que não há lesão muscular. Sem contar que ao serem analisadas as cinco liberdades dos animais que participam da prova (fisiológica, ambiental, sanitária, comportamental e psicológica)¹ verifica-se que todas são atendidas.

Então, porque se disseminou em setores da sociedade, parte do Judiciário e do Ministério Público, alguns membros do Legislativo e parte da imprensa, a equivocada impressão de que os animais que participam da vaquejada sofrem maus tratos?

Pós-verdade, eis a resposta. Como definido pelo dicionário da famosa Universidade de Oxford, essa expressão consiste em definir conceitos baseados em paixões e impressões pessoais, destituídos de fundamentos, que são espalhados e repetidos como forma de moldar a opinião pública em detrimento de opiniões fundadas e embasadas.

Os referidos pareceres distorcem a realidade da prática esportiva equestre, criam uma névoa sobre a discussão, fazendo prevalecer crenças pessoais e paixões sobre dados técnicos e científicos², invertendo a lógica racional que deveria nortear as decisões judiciais e guiar o modelo de sociedade na qual pretendemos conviver.

Movidos pela paixão, os pareceristas/ativistas afirmam (sem que seja verdade) que os animais que participam do evento são submetidos a uma série de

práticas que se assemelham à tortura, atribuindo aos competidores a utilização de choque elétrico, pauladas nos bovinos, utilização de pimenta no ânus do boi, tudo para que os animais partam em disparada. Ocorre, porém, que boi corre naturalmente. Tais inverdades, distantes da realidade, nunca fizeram parte da prática esportiva.

A pós-verdade define bem o problema dos competidores e da população que sobrevivem da vaquejada atualmente. Alimentados por paixões, munidos pela internet, os ativistas ameaçam destruir uma prática esportiva equestre secular, que não causa maus tratos, mas, sim, gera emprego, renda e move a economia nordestina nos lugares onde impera o desemprego e a falta de oportunidades, aliados com as dificuldades climáticas.

A gravidade dessa pós-verdade e os efeitos danosos causados por sua ampla divulgação em redes sociais é incomensurável. A irresponsável propagação dessas falsas premissas acaba por influenciar integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público de modo a adotarem posicionamentos no sentido de proibir a prática da vaquejada. Além disso, a imprensa escrita e televisiva repete falsas informações, corroborando para consolidar a pós-verdade criada pelos pareceristas-ativistas.

Felizmente, o trabalho da ciência, através de laudos de universidades renomadas e profissionais isentos, começa a desconstruir as inverdades divulgadas por ativistas. Os que defendem a vaquejada também têm papel fundamental nessa luta pela preservação do esporte. Por meio de palestras e depoimentos tenta-se levar ao conhecimento do público em geral a verdadeira realidade da vaquejada, afastando preconceitos e desmascarando mentiras.

Essa conscientização tem obtido sucesso e esclarecido os setores sensíveis ao problema socioeconômico e cultural causado por essa pós-verdade, revertendo decisões judiciais que proibiam os eventos e mantendo emprego, renda e a alegria dos amantes desse esporte, sem que nenhum animal seja machucado.

A capacidade de alguns de dialogar, discernir, pensar e chegar às próprias conclusões não pode ser suplantada por uma pós-verdade de uma minoria radical, descompromissada com a verdade, fortemente influente no mundo virtual, e que tem sido exitosa em impor suas pós-verdades. Sigamos convivendo em sociedade de forma serena, equilibrada e responsável, ponderando os diversos dogmas que adotamos como inarredáveis, aplicando os princípios regidos por nossa Constituição Federal, sem que nenhum deles seja suplantado. A cultura da vaquejada pode conviver com o meio ambiente equilibrado. **■**

NOTAS

- 1 Liberdade fisiológica – ausência de fome e sede (alimentação = quantidade e qualidade); 2 – Liberdade ambiental – ausência de desconforto térmico ou físico (instalações e ou edificações adaptadas); 3 – Liberdade sanitária – ausência de injúrias e doenças 4 – Liberdade comportamental – possibilidade para expressar padrões de comportamento normais. O ambiente deve permitir e oferecer condições; 5 – Liberdade psicológica – ausência de medo e ansiedade.
- 2 17 dos 24 Conselhos Regionais de Medicina Veterinária, além da Universidade Federal de Alagoas e a Universidade Federal Rural de Pernambuco, declaram que a vaquejada não causa maus tratos.



HENRIQUE CARVALHO é advogado, especialista em Direito Tributário, mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Vice-presidente da comissão do bem-estar animal da OAB-AL.



A proteção dos animais no xenotransplante

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

A biotecnologia vem se desenvolvendo de forma espantosa e a cada dia cria novos mecanismos, instrumentos e medicamentos para que o homem possa viver melhor, com uma qualidade de vida referendada pela boa saúde e plenas condições para desenvolver seus projetos social, profissional e familiar. Os passos dados são tamanhos que, dentre as várias áreas, a medicina de transplante vem se destacando e assumindo com sucesso a realização de transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Ocorre que é inevitável o problema da escassez de órgãos humanos, fazendo com que muitos pacientes, em estado delicado de saúde, fiquem aguardando durante muito tempo nas filas dos transplantes a oferta de algum órgão que seja compatível. Isto também se deve porque não há, no Brasil, uma política de divulgação eficaz e penetrante em todas as camadas sociais para que os cidadãos saibam que a doação de órgãos poderá ser comunicada em vida aos familiares e, após sua morte, a autorização somente será ofertada pelo cônjuge ou parente maior de idade, obedecida a linha sucessória reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive, de acordo com o artigo 4º da Lei nº 9.434/1997.

Daí que, diante desta restrição, o homem, usufruindo de toda a tecnologia até então conquistada, iniciou pesquisas envolvendo animais como doadores de órgãos para receptores humanos em razão da possibilidade da preparação e manipulação prévia dos órgãos para evitar uma possível rejeição após o procedimento.

É o chamado xenotransplante, que na precisa definição de Marcelo Coelho é “o transplante de um órgão, ou tecido, ou células de um animal a outro de espécie distinta e é uma das grandes promessas da medicina para suprir as necessidades de órgãos, tecidos e células transplantáveis”.¹

Mas para a realização do xenotransplante prevê-se a modificação genética do animal com a introdução de um ou vários genes humanos, justamente para que não ocorra a rejeição futura de órgãos, transformando-o em animal transgênico. Indaga-se, então, se tamanha mutação encontra respaldo ético ou até mesmo legal, observando-se que pela engenharia genética, com a finalidade específica de fins médicos, ocorre a desconfiguração da natureza do animal que, embora mantenha as mesmas características, os genes introduzidos carregarão informações que o diferenciarão, criando uma hibridagem diferenciada.

A legislação brasileira a respeito da experimentação animal permite a utilização de animais, desde que não sofram dor ou sofrimento e que os resultados pretendidos e obtidos tragam ganho às vidas e às saúdes humana e animal. A Lei nº 11.794/2008 estabelece o procedimento para o uso científico dos animais, inclusive quando for necessária a morte por meios humanitários, com o mínimo sofrimento físico ou mental, com o rigoroso controle das Comissões de Ética no Uso de Animais (CEUAs).


Animal transgênico é aquele que experimentou mudança em seu patrimônio genético, em consequência da inoculação de um ou vários genes humanos com a finalidade de compatibilização na realização de transplantes. Tal prática hoje já é uma realidade no meio científico, principalmente com a utilização de porcos transgênicos, cuja anatomia de órgãos é bem semelhante à dos humanos. Não se trata de criação de quimeras da mitologia grega, representada pela cabeça de leão, corpo de cabra e rabo de serpente, mas sim de experimentos científicos voltados para proporcionar benefícios de saúde para o ser humano.

“É certo que os animais fazem parte do Universo como criaturas que podem colaborar com a saúde e até mesmo com a sobrevivência do homem, porém há necessidade de se estabelecer parâmetros éticos para a realização do xenotransplante, que compreende um complexo procedimento científico, pois irá de certa forma modificar as células do animal, inclusive as germinativas, cuja transmissão irá atingir seus descendentes, fomentando uma verdadeira hibridação de homens e animais, sem falar ainda dos riscos de transmissão de doenças para os humanos, não só na geração presente, como também nas futuras.”

Não se pode olvidar, no entanto, que, se de um lado ocorre a alteração no genoma do animal, configurando uma possível “humanização de animais”, de outro, quando da realização do transplante, possivelmente também ocorrerá o impacto na estrutura e identidade do ser humano, com prováveis danos para ele e sua futura prole.

Em sentido contrário, discordando do procedimento, o Nuffield Council da Grã-Bretanha, em citação feita por Baestschi, assim se manifestou:

Certas pessoas consideram a produção de animais transgênicos um ato não natural que tenta alterar a natureza dos animais e viola a fronteira entre as espécies. De acordo com essa concepção, os genes têm um significado particular porque contêm a informação que determina o essencial da espécie. Deslocar esses genes é, portanto, destruir a integridade da espécie e criar hibridagens não naturais.²

É certo que os animais fazem parte do Universo como criaturas que podem colaborar com a saúde e até mesmo com a sobrevivência do homem, porém há necessidade de se estabelecer parâmetros éticos para a realização do xenotransplante, que compreende um complexo procedimento científico, pois irá de certa forma modificar as células do animal, inclusive as germinativas, cuja transmissão irá atingir seus descendentes, fomentando uma verdadeira hibridação de homens e animais, sem falar ainda dos riscos de transmissão de doenças para os humanos, não só na geração presente, como também nas futuras. 

NOTAS

- 1 MÁRIO, Marcelo Coelho. *Xenotransplante – ética e teologia*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 56.
- 2 Baertschi, Bernard. Ensaio filosófico sobre a dignidade. Tradução de Paula Sílvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Edições Loyola, 2009, p. 299.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-doutor em Ciências da Saúde, reitor da Unopar, advogado.



Crime de maus-tratos a animais e experimentos científicos

■ POR JOSÉ LAFAIETI BARBOSA TOURINHO

O bjetiva-se com o presente trabalho apresentar a discussão acerca da efetividade (e dos limites) da tutela penal da fauna, notadamente com relação a sua proteção contra qualquer ato de crueldade.

Nesse contexto, pretende-se fazer a correlação entre o tratamento constitucional ao meio ambiente e o crime de maus-tratos a animais, tipificado no art. 32 da Lei nº 9.605/1998.

“A interpretação sistemática da legislação, partindo da proteção constitucional à fauna (com expressa proibição da crueldade contra animais), passando pela exegese da figura delitiva do § 1º do art. 32 da Lei nº 9.605/1998 e, por fim, chegando-se à leitura crítica da Lei nº 11.794/2008, leva à conclusão de que o uso de animais em experimentos, ainda que para fins didáticos e científicos, é excepcional, implicando o esgotamento de todas as possibilidades de utilização de todos os outros métodos alternativos.”

Os elementos constitutivos da infração penal em apreço serão apresentados, não se olvidando de uma abordagem da jurisprudência relativa ao tema, destacando-se os precedentes do Supremo Tribunal Federal.

A problemática atinente às experiências com a utilização de animais vivos (*vivissecação*) será enfrentada, dado que o § 1º do aludido art. 32 pune, por igual, a conduta de quem submete tais seres a experimento doloroso ou cruel, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando houver métodos alternativos. A análise do tipo penal passa pela necessária incursão crítica à Lei nº 11.794/2008, que versa sobre o uso de animais em atividades científicas. Procurar-se-á, à luz desse bloco normativo, a linha divisora entre o lícito e o ilícito penal.

DIREITO DOS ANIMAIS

A legislação pátria tem avançado na proteção dos animais, mas há a necessidade de que, de forma clara, expressa, eles venham a ser reconhecidos como sujeitos de direitos.

Com efeito, a nossa legislação em boa medida ainda se prende a uma visão antropocentrista, enxergando os animais como bens que estão à disposição do homem, coisas que se prestam a uma utilidade humana. Aliás, o meio ambiente, não raro, é tratado como bem indispensável às necessidades do homem.

A lei tem procurado proteger tais seres, mas a tutela a eles dada, no plano constitucional, insere-se no contexto da genérica proteção ao meio ambiente, notadamente procurando-se preservar a denominada *função ecológica da fauna* (especialmente quando se tem em vista os animais silvestres).

Ademais, a *Lex Mater* proibiu atos de *crueldade contra animais*. Mas, até mesmo sob este prisma, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2011, p. 273), não deixou de registrar a conotação antropocêntrica do texto constitucional:

O termo *crueldade* é a qualidade do que é cruel, que, por sua vez, segundo o dicionário Aurélio Buarque de Holanda, significa aquilo que se satisfaz em fazer mal, duro, insensível,

desumano, severo, rigoroso, tirano. [...] Diante dessa denotação, o art. 225, 1º, VII, da Constituição Federal, *busca proteger a pessoa humana* e não o animal. Isso porque a saúde psíquica da pessoa humana não lhe permite ver, em decorrência de práticas cruéis, um animal sofrendo. Com isso, a tutela da crueldade contra os animais *fundamenta-se no sentimento humano*, sendo esta – a pessoa humana – o sujeito de direitos. [...] Essa interpretação tem por fundamento a visão antropocêntrica do direito ambiental, de modo que todo o ato realizado *com propósito de garantir-se o bem-estar humano* não caracterizará a crueldade prevista no Texto Constitucional.

Discorda-se, todavia, desta interpretação. Conquanto possa se reconhecer uma preocupação do legislador com o homem na sua interação com o ambiente e também não se olvidando o mal-estar que a pessoa experimenta ao presenciar crueldade, os animais são, sem dúvida, destinatários diretos da proteção. Há um imperativo ético tornando irritante qualquer ideia de aceitação de submissão deles a atos injustificados que venham causar-lhes dor e sofrimento, ficando a garantia constitucional esvaziada caso se procurasse identificar se foi tocada ou não a sensibilidade humana em cada situação concreta que se apresentasse. É dizer, há atos que objetivamente se revelam cruéis.

Entende-se oportuna a advertência de Édis Milaré (2000, p.156), ao afirmar que:

A importância da fauna – particularmente das espécies ameaçadas de extinção, liga-se estreitamente à biodiversidade com os seus múltiplos valores. Mas recentemente vem impondo-se uma outra visão, que procura modificar radicalmente o comportamento da espécie humana em face das demais espécies vivas, notadamente algumas espécies animais. Trata-se de um posicionamento ético, inspirado pela assim chamada ‘Ecologia Profunda’, que pretende inculcar uma revisão das atitudes pragmáticas, da ambição sem medidas e da crueldade para com o mundo natural. São anúncios auspiciosos, que muito contribuirão para o regime jurídico e, mais, para a vida no planeta Terra.

Sob outro ângulo, vislumbra-se frequente descompasso entre ética e ciência, quando se trata do tema “cobaias”, isto é, da utilização, muitas vezes injustificável, de animais vivos em experimentos científicos (vivi-seção).

Há, portanto, a necessidade de reconhecimento da importância dos animais, colocando-os como sujeitos de determinados direitos. É mister deferir a eles tutela garantidora de respeito e dignidade. Imprescindível também é que os animais não humanos sejam enxergados como seres *sencientes* (que sofrem, sentem frio, fome, medo, estresse; mas que também têm emoções e prazer). Fundamental ainda é ter a percepção de como interagem com os seres de sua espécie e também com os humanos.

Daí que, para sustentar-se a existência dos chamados direitos dos animais, parte da doutrina faz o necessário recurso a uma visão mais arejada do texto constitucional, buscando fundamento para a tutela através de interpretações das mais diversas (e invariavelmente polêmicas), invocando inclusive o princípio da igualdade.

Confira-se a orientação de Edna Cardozo Dias (online, 2009), para quem:

Um dos parâmetros da justiça é a relação de igualdade. A igualdade qualitativa atribui a cada um segundo suas características ou segundo as suas necessidades. Esta visão de

igualdade se aplica tanto aos homens quanto aos outros animais. É a biologia que nos demonstra a unidade entre o homem e o animal. As mesmas necessidades fundamentais são encontradas no homem e no animal, principalmente a de se alimentar, a de se reproduzir, a de ter um habitat e de ser livre. A cada necessidade fundamental corresponde um direito fundamental ao conjunto de seres vivos.

Partindo dessa lógica *de lege ferenda* alguns direitos deveriam ser reconhecidos aos animais, atrelados, sobretudo, aos valores dignidade e integridade física, preservando-os de forma mais efetiva de todo ato revestido de crueldade, agressão, abandono ou comprometimento de seu bem-estar.

TUTELA CONSTITUCIONAL DA FAUNA

A Constituição Federal de 1988 dispensou especial atenção ao meio ambiente, destinando um capítulo específico para sua proteção, reputando-o bem jurídico indispensável para a vida das presentes e futuras gerações.

A Carta Magna, em seu art. 225, *caput*, assegura a todos o:

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.

Destarte, a tutela ao meio ambiente é imprescindível à sadia qualidade de vida e à própria preservação do planeta e da raça humana.

Conforme Luiz Régis Prado (1998, p. 71):

A intenção do legislador constituinte brasileiro foi dar uma resposta ampla à grave e complexa questão ambiental, como requisito indispensável para garantir a todos uma qualidade de vida digna.

O § 3º do citado art. 225 estabelece que:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao *meio ambiente* sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a *sanções penais* e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (grifamos).

A proteção específica da fauna (silvestre, doméstica ou domesticada) como um dos elementos integrantes da natureza, foi prevista no Texto Magno, tal qual se vê no inciso VII do § 1º do art. 225, ao determinar que:

Para assegurar a efetividade desse direito [meio ambiente], 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*.

Parte-se da premissa de que qualquer conduta que ponha em risco a função ecológica da fauna ou que implique crueldade aos animais é repelida pela Constituição Federal, cabendo ao legislador ordinário o detalhamento.

Deve-se dar o mais amplo alcance à expressão “fauna”, consoante se extrai da lição de Helita Barreira Custódio (2011, p. 254):

[...] torna-se patente que *todos os animais*, de todas as espécies, correspondendo à genérica palavra fauna conceituada como “toda vida animal” (terrestre e aquática) de uma área, de uma região ou de um país, em suas categorias de fauna silvestre (o conjunto de animais selvagens e livres em seu ambiente natural), fauna doméstica (o conjunto de animais domesticados ou cultivados pelos seres humanos), fauna exótica (o conjunto de animais alienígenas ou originários de outros países) e fauna migratória (o conjunto de animais, especialmente aves migratórias, que atravessam, em qualquer estação do ano, as fronteiras dos países), além dos microorganismos, todos fazem parte, científica e legalmente, do meio ambiente, uma vez que integram, de forma indispensável, seus recursos ambientais vivos.

Tem-se que há uma clara diretriz constitucional criminalizadora que foi seguida pelo legislador ordinário, a fim de se reforçar a tutela aos animais.

CRIME DE MAUS-TRATOS A ANIMAIS

Buscando dar efetividade ao comando constitucional inserto no § 3º do art. 225, promulgou-se a Lei nº 9.605, de 1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, reservando-se os arts. 29 a 37 para a proteção penal da fauna. Pode-se afirmar que o diploma preocupou-se com a tutela de todos os animais silvestres, domésticos, domesticados e exóticos.

A Lei de Regência, em seu art. 32, previu o crime de maus tratos a animais:

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.

Entende-se que o referido dispositivo operou revogação do art. 64 do Decreto-Lei nº 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais)¹.

Com efeito, na lição de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2011, p.155):

São quatro as condutas previstas: praticar ato de abuso (ex.: submeter o animal a trabalhos excessivos; transportar o animal de maneira inadequada); maus-tratos (causar sofrimento ao animal, colocando em perigo a sua integridade física); ferir (machucar) ou mutilar (cortar membros ou partes do corpo do animal).

Só se admite a forma dolosa. É rotina a demanda de termos circunstanciados de atribuição na 13ª Promotoria de Justiça de Maringá (PR) – com atribuições na área de proteção ao meio ambiente – versando sobre hipóteses tanto de agressão aos animais, quanto de abandono deles à própria sorte (inclusive de filhotes); falta de alimentos, de água e de cuidados com a saúde; utilização de cordas ou correntes curtas, de modo inclusive a causar graves ferimentos no pescoço; limitação à liberdade de locomoção, dentre outras.

Não se pode deixar de mencionar as chamadas *rinhas de galo*, ainda insistentemente praticadas, a despeito da inequívoca crueldade a que são submetidas as aves. Incompreensivelmente surgem leis estaduais regulamentando tais práticas

em algumas localidades, mas o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado contra elas².

Também merecem censura, por revestir-se de crueldade contra os animais, “festas populares”, tais quais vaquejada, farra do boi e até rodeios. Quanto a estes, há que se reconhecer que se trata de questão polêmica, dado que a matéria está regulamentada na Lei Federal nº 10.519/2002, a qual faz exigências e proibições com o escopo de salvaguardar a integridade física dos animais³.

Alguns procuram defender tais práticas ao argumento de que revelam valores culturais/populares que devem ser preservados. É inadmissível tal postura. Tradições, folclore, costumes, lazer, nada disso justifica maus-tratos aos animais. A Carta Magna foi por demais explícita no sentido de proibir condutas lesivas ao meio ambiente e a crueldade contra animais. Não há direito absoluto, muito menos um pretense direito à diversão às custas do sofrimento de outras espécies.

Neste sentido, merece especial destaque precedente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, proibindo a *farra do boi*, no qual o seguinte acórdão assim restou ementado:

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”⁴.

Tal *decisum* constitui verdadeiro marco na proteção dos animais, prestando-se como ponto de partida para outras decisões que venham a rechaçar o argumento impróprio (e fraco) de que práticas culturais, tradicionais e folclóricas justificariam o sofrimento da fauna.

UTILIZAÇÃO DE ANIMAIS EM EXPERIMENTOS DIDÁTICOS E CIENTÍFICOS

A propósito do crime de maus-tratos, dispõe o § 1º do art. 32 da Lei nº 9.605/1998 que “incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos”.

Trata-se da denominada *vivissecação*, a utilização de animais vivos em experiências. O tipo penal incrimina tal conduta, ainda que levada a efeito a pretexto de ensino ou pesquisa, quando existirem métodos alternativos.

Os defensores do *abolicionismo animal* sustentam a desnecessidade, a inutilidade de se usar os animais nas pesquisas, seja por sempre haver à disposição métodos alternativos, seja pelo argumento de que o animal não humano não serve como paradigma para o desenvolvimento de técnicas que visam a atender necessidades do homem (LEVAI, DARÓ, online, 2004).

Não obstante, o marco legislativo no Brasil em matéria de experiências com animais é a Lei nº 11.794/2008 (e seu Decreto regulamentador nº 6.899/2009), conhecida como *Lei Arouca*. E ela segue outro paradigma, o chamado modelo dos *3Rs* – *replacement, reduction and refinement* (substituição do uso animais por métodos alternativos que existam à disposição, redução do número de cobaias ao mínimo indispensável e minimização do sofrimento caso imprescindível o utilização delas).

A Lei de Regência disciplinou procedimentos para uso científico dos animais⁵.

Poder-se-ia alegar que a lei é eivada de inconstitucionalidade, dado que a Carta Magna proíbe atos de crueldade contra animais. Ao se trilhar tal linha argumentativa, jamais se admitiriam experimentos científicos, uma vez que ensejam inevitavelmente sofrimento, dor e sacrifício dos animais. Parece-nos, todavia, que a jurisprudência não acolheria a tese da absoluta vedação de uso de cobaias em pesquisas.

Entende-se, todavia, que a interpretação sistemática da Lei nº 9.605/1998 com a Lei nº 11794/2008, e com o tratamento constitucional dispensado à fauna, levaria, quando menos, à inarredável conclusão de que o uso de animais vivos em experimentos científicos deve ser absolutamente *excepcional*. E, em último caso, quando comprovadamente imprescindível a sua utilização, com o máximo controle para a minimização do sofrimento.

Com base em tudo isso, conclui-se que em atividades de ensino raramente seria justificável a utilização de animal vivo.

Neste quadrante, é interessante o tema *objeção de consciência*. Com efeito, tal arguição decorre em especial do art. 5º, VIII, da Constituição Federal (“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”). A objeção foi alegada, por exemplo, por um aluno de Biologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), que se sentia constrangido com a utilização dos animais em aulas e pretendia delas não participar, postulando outros meios de avaliação. Chegou a obter decisão judicial favorável em primeiro grau, a qual foi, no entanto, reformada (GOMES; MACIEL, 2010, pp. 879-880).

Quanto às atividades de pesquisa, a questão é mais complexa. A lei autoriza a utilização de animais vivos, mas sob certos critérios e sob fiscalização e autorização das Comissões de Ética no Uso de Animais (CEUAs). Isso é muito pouco para a proteção animal.

No concernente à composição das CEUAs prevista em lei, a nosso juízo é falha. Deveria haver previsão de mais representantes indicados pela sociedade civil, especialmente engajados nas questões de preservação do meio ambiente – e particularmente atentos à proteção dos animais – para gerar maior equilíbrio nas discussões. Normalmente, prevalece a vontade do meio acadêmico (dos pesquisadores).

Neste sentido, lúcida é a crítica de Paulo Affonso Leme Machado (2011, p. 891), para quem:

[...] a composição [das CEUAs] foi prevista de forma astuciosa: os médicos veterinários, os biólogos, os docentes e os pesquisadores não têm número previsto em lei, mas para a representação de uma parcela da sociedade civil – a sociedade protetora dos animais – já se previu apenas um voto nas CEUAs. Assim, essa sociedade protetora dos animais será sempre minoria perante os que forem integrantes da entidade interessada. [...] Não bastasse essa ausência de paridade de setores dentro da Comissão de Ética – dado importante na ciência da Administração –, fere-se de morte a gestão democrática da CEUA, pois “os membros da CEUA estão obrigados a resguardar o segredo industrial, sob pena de responsabilidade (art.10, § 5º). Facilmente tudo será carimbado como segredo. Uma audácia acintosa desfigurar uma Comissão que poderia tentar funcionar adequadamente se tivesse a possibilidade de ser imparcial e de se comunicar com a sociedade.

A forma de escolha dos integrantes das CEUAs deveria estar prevista de forma mais clara no texto legal, dando ampla publicidade ao certame.

Percebe-se, com clareza hialina, que lei que institui a CEUA beira as raia da inconstitucionalidade, quando menos por ofensa aos valores democráticos, por violação aos princípios da publicidade e da impessoalidade (já que, malgrado a alegada autonomia da CEUA, faz-se de verdadeira *longa manus* de instituições de ensino públicas – Administração Pública) e, principalmente, por atentar contra a proteção constitucional conferida aos animais.

Feitas tais considerações, segundo Gomes e Maciel, tem-se que:

[...] apenas quando for inevitável a utilização de animais (não houver recurso alternativo) e quando o objetivo da experiência revelar um interesse socialmente mais relevante que a proteção da integridade física do animal é que será lícita a vivissecação. Assim, a experiência para a descoberta de uma vacina, pode justificar o emprego da técnica cruel; já a experiência, v.g., para a descoberta de um cosmético qualquer não nos parece afastar a ilicitude da conduta (GOMES; MACIEL, 2010, p. 159).

Questão crucial é que hodiernamente há tantos recursos para se fazer pesquisa, que torna-se difícil sustentar-se a inexistência de métodos alternativos ao uso de animais, como bem observam Laerte Levai e Vânia Rall Daró:

1) *Sistemas biológicos in vitro* (cultura de células, tecidos e órgãos passíveis de utilização em genética, microbiologia, bioquímica, imunologia, farmacologia, radiação, toxicologia, produção de vacinas, pesquisas sobre vírus e sobre câncer); 2) *Cromatografia e espectrometria de massa* (técnica que permite a identificação de compostos químicos e sua possível atuação no organismo, de modo não-invasivo); 3) *Farmacologia e mecânica quânticas* (avaliam o metabolismo das drogas no corpo); 4) *Estudos epidemiológicos* (permitem desenvolver a medicina preventiva com base em dados comparativos e na própria observação do processo das doenças); 5) *Estudos clínicos* (análise estatística da incidência de moléstias em populações diversas); 6) *Necrópsias e biópsias* (métodos que permitem mostrar a ação das doenças no organismo humano); 7) *Simulações computadorizadas* (sistemas virtuais que podem ser usados no ensino das ciências biomédicas, substituindo o animal); 8) *Modelos matemáticos* (traduzem analiticamente os processos que ocorrem nos organismos vivos); 9) *Culturas de bactérias e protozoários* (alternativas para testes cancerígenos e preparo de antibióticos); 10) *Uso da placenta e do cordão umbilical* (para treinamento de técnica cirúrgica e testes toxicológicos); 11) *Membrana corialantóide* (teste CAME, que se utiliza da membrana dos ovos de galinha para avaliar a toxicidade de determinada substância); 12) *Pesquisas genéticas* (estudos com DNA humano, como se verifica no Projeto Genoma), etc. (LEVAI; DARÓ, online, 2004).

Destarte, é mister que o exegeta da norma insculpida no § 1º do art. 32 da Lei nº 9.605/1998 enfrente o tema com a necessária profundidade, a fim de investigar a existência não apenas dos tantos meios alternativos de pesquisa, mas também buscando saber se há trabalhos similares desenvolvidos com êxito, sem a necessidade de vivissecação.

Não se pode olvidar a importância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mormente porque, para além de ser excepcional o uso de animais

em pesquisa, esta deve se revestir de real interesse público e vir ao encontro da proteção de bens de especial grandeza, como a vida humana.

CONCLUSÕES

Extraí-se de todo o exposto que, conquanto se tenha observado avanços na proteção à fauna, a legislação carece de aprimoramento no sentido de garantir respeito a certos direitos dos animais, relacionados a sua dignidade, a sua integridade e ao seu bem-estar, sem prejuízo do reconhecimento da importância de suas *funções ecológicas*.


O atual estado civilizatório não permite tolerância com atos de crueldade aos animais, não servindo como justificativa tampouco valores de tradição, costumes e folclore. Neste sentido tem caminhado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, clara em rechaçar tais práticas. Há um compromisso ético do ser humano em preservar os animais não humanos contra condutas reveladoras de maus-tratos.

A previsão do crime do art. 32 da Lei nº 9.605/1998 veio a reforçar a proteção à fauna, aplicando-se em hipóteses de abuso, mutilação, lesão ou maus-tratos a qualquer animal (silvestre, doméstico ou domesticado), revogando-se tacitamente a contravenção penal do art. 64 do Decreto-Lei nº 3.688/1941.

É criminosa a conduta de realizar experiência dolorosa ou cruel com animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem métodos alternativos.

A interpretação sistemática da legislação, partindo da proteção constitucional à fauna (com expressa proibição da crueldade contra animais), passando pela exegese da figura delitiva do § 1º do art. 32 da Lei nº 9.605/1998 e, por fim, chegando-se à leitura crítica da Lei nº 11.794/2008, leva à conclusão de que o uso de animais em experimentos, ainda que para fins didáticos e científicos, é excepcional, implicando o esgotamento de todas as possibilidades de utilização de todos os outros métodos alternativos.

É necessário que se atente para trabalhos científicos similares em que não tenham sido utilizados animais, posto que servirão também de paradigma para o enquadramento típico do fato.

As Comissões de Ética no Uso de Animais (CEUAs) da forma em que previstas na Lei nº 11.794/2008 não garantem uma participação efetiva da sociedade civil protetora dos animais nos projetos de pesquisa que envolvam a utilização de animais vivos. Propõe-se reforma legislativa de modo a permitir o ingresso de mais participantes representando os setores sociais e bem assim maior publicidade no processo de escolha destes representantes. 

NOTAS

- 1 Cf. GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes ambientais: comentários à Lei nº 9.605/98* (arts. 1º a 69-A e 77 a 82). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 154. Para eles, “o art. 32 e § 1º revogaram, tacitamente, o art. 64, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei de Contravenções Penais”. Há, todavia, entendimento (minoritário) em sentido contrário. Assim, por exemplo NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais especiais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 916. Para ele o foco da proteção do art. 32 é o animal *silvestre*, o qual poderia ser “doméstico ou domesticado” (no caso daquele animal selvagem criado como doméstico ou amansado, por exemplo), “nativo ou exótico”. Para a crueldade contra os demais, aplicar-se-ia, a seu juízo, ainda a contravenção.
- 2 Cf. ADIN 3776/RN, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 29.06.2007. No mesmo sentido, ADIN 1856/RJ, j. 26.05.2011, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.10.2011.

- 3 Observe-se, no entanto, a crítica consistente formulada por Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel, ao afirmarem que: “A nosso ver a Lei de Rodeios é materialmente inconstitucional, por violar o mencionado art. 225, § 1º, VII da CF que proíbe quaisquer práticas que submetam os animais a crueldades. A propósito, em dezenas de cidades do interior de São Paulo, foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei nº 10.519/2002, com a consequente proibição da realização do rodeio”. GOMES; MACIEL, 2011, *Op. cit.*, p. 877.
- 4 RE 153.531-8/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 13.03.1998, p. 13.
- 5 Em linhas gerais, podem ser destacados os seguintes pontos da legislação de regência:
 1. Limita as atividades educacionais (de ensino) fica restrita:
 - a estabelecimentos de ensino superior
 - estabelecimentos de educação profissional técnica de nível médio da área biomédica
 2. Restringe aos vertebrados. (art. 2º)
 3. Define experimentos (art. 3º, III)
 4. Alude à morte por meios humanitários (art. 3º, IV)
 5. Cria o CONCEA (Conselho Nacional de Controle e Experimentação Animal (art. 4º) e define as suas competências (art. 5º) e sua constituição (arts. 6º e 7º)
 6. Cria as CEUAS :Comissões de Ética no Uso de Animais (art.8º), sua composição (art. 9º) e competências (art. 10).
 - 7 Discorre sobre eutanásia (art.14, §1º)
 9. Prevê que sempre que possível, as práticas de ensino devem ser fotografadas, filmada ou gravadas, evitando-se repetições desnecessárias (art. 14, § 3º)
 10. O número de animais usados deve ser o “mínimo indispensável” (art. 14, § 4º).
 11. Aduz a procedimentos que envolvem dor ou angústia (art. 14, §§ 4º e 5º)
 12. Prevê penalidades (arts. 17 a 20) e fiscalização (art. 21).

REFERÊNCIAS

- CUSTÓDIO, Helita Barreira Crueldade contra animais e proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. In: MILARÉ, Edis e MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental: conservação e degradação do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (coleção doutrinas essenciais, v. 2).
- DIAS, Edna Cardozo. Biodireito e isonomia jurídica para a natureza não humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63, abr. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5919>. Acesso em: 23 mar. 2017.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. *Crimes ambientais: comentários à Lei nº 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Legislação criminal especial*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- LEVAI, Laerte Fernando e DARÓ, Vânia Rall. Experimentação animal: histórico, implicações éticas e caracterização como crime ambiental, *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 36, p. 138-150, out.-dez. 2004.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PRADO, Luiz Regis. *Crimes ambientais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.



JOSÉ LAFAIETI BARBOSA TOURINHO é promotor de Justiça (Titular da 13ª Promotoria de Justiça da Comarca de Maringá-PR, com atribuições na área de proteção ao meio ambiente, fundações e terceiro setor), Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá-UEM, Professor de Direito Penal (Leis Penais Especiais) na Faculdade Maringá.

A perversidade da violência contra animais não humanos

■ POR CINTHYA MACEDO PIMENTEL

“Para que haja efetividade na proteção dos animais é necessário haver uma mudança do paradigma de superioridade e inferioridade entre os animais humanos e não humanos. A mudança na legislação, embora importante, não será suficiente para coibir a prática dos maus-tratos se, concomitantemente, não houver a conscientização da sociedade sobre os direitos inerentes aos animais.”



Historicamente, sempre existiu uma relação próxima entre os animais humanos e os animais não humanos. Entretanto, esses últimos tinham como função servir a seus proprietários, pois, numa visão especista, os animais são vistos como seres inferiores e são utilizados para os mais diversos fins, tais como alimento, transporte, esporte, companhia, pesquisas científicas, entre outros.

O especismo, que consiste na atribuição de valores ou direitos diferentes a seres, dependendo da sua espécie, contribuiu para que tradicionalmente se consolidasse a cultura de que os animais são seres inferiores e destinados a servir o homem.

Com o passar dos anos, essa visão começou a ser questionada e teve início uma mudança desse paradigma.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Animais, proclamada pela Unesco, em seu encontro realizado em 1978, em Paris, foi enfática em reconhecer e disseminar que todos os animais têm o mesmo direito à existência e não devem ser submetidos a maus-tratos e a atos cruéis.

A disseminação da tese de que os animais possuem direitos foi importante, pois, além do ativismo em prol dos animais que os considerou titulares de direitos, fomentou-se pesquisas em que ficou comprovada a senciência de todos eles.

A Declaração de Cambridge, proclamada no Reino Unido, no dia 7 de julho de 2012¹, contou com a colaboração de um grupo de neurocientistas, neurologistas, neuroanatomistas e neurofarmacologistas, tais como o neurocientista canadense Philip Low, que já apresentou trabalho científico em parceria com Stephen Hawking, e o neurobiologista norte-americano Jaak Panksepp, o qual demonstrou que ratos emitem vocalizações ultrasônicas durante o comportamento de brincar de rolar no chão. Ambos os cientistas constataram a existência de consciência nos animais não humanos.

A declaração, em particular, foi muito importante, pois com base em pesquisas científicas provou que:

A ausência de neocórtex não parece excluir um organismo da possibilidade de experimentar estados afetivos. Evidências convergentes indicam que animais não humanos possuem os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência em linha com a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são únicos na posse dos substratos neurológicos que geram consciência. Animais não humanos, abrangendo todos os mamíferos e aves, e muitas outras criaturas, incluindo os polvos, também possuem estes substratos neurológicos.

Dessa forma, comprovou-se que os animais não humanos são seres dotados de sentiência – conscientes e sensíveis. Assim sendo, sentem medo, dor, tristeza, fome, raiva, e portanto devem ser titulares de direitos, além de ter esses direitos assegurados.

Não obstante a evolução do debate sobre a necessidade da proteção e do respeito à dignidade dos animais não humanos e da existência de legislação pátria sobre o tema, ainda assim persistem as práticas de maus-tratos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, no inciso VII do parágrafo primeiro, determina que é dever do poder público proteger a fauna, coibindo as práticas que coloquem em risco ou provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A Lei federal nº 9.605/1998, sobre os crimes contra o meio ambiente, em seu artigo 32 prevê que: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”. No parágrafo primeiro menciona que: “Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos”.

Além dessa legislação temos o Decreto nº 24.645/1934, que aborda o assunto de forma exemplificativa em seus incisos. Há discussão sobre a vigência do decreto, pois não houve a recepção expressa pela Constituição Federal de 1988. Porém, o citado decreto foi editado pelo presidente Getúlio Vargas, em governo de exceção, e por esse motivo tem força de lei e não de decreto. Dessa forma, permanece vigente no que não contrariar a Lei nº 9.605/1998.

Existem ainda normas promulgadas por estados e municípios sobre assuntos específicos, ou seja, a proibição de criação de animais para extração de pele, proibição de rodeios e vaquejadas, proibição de uso de animais em tração, proibição de alimentação forçada em animais, proibição de participação de animais em espetáculos, entre outras.

Verifica-se que, de modo geral, a maioria das pessoas identifica facilmente a prática de maus-tratos quando sofridos por animais domésticos, por serem estes mais próximos do convívio social e em razão de maior sensibilização.

Os maus-tratos mais comuns sofridos pelos animais domésticos são o abandono, o confinamento, a agressão, a falta de assistência médica veterinária, mutilação por motivo estético, etc.

Pouco notado pela sociedade, entretanto, são os maus-tratos sofridos pelas matrizes de canis, que são submetidas a diversas gestações, muitas vezes sem assistência e tratamento necessário, e quando não mais são úteis ao fim comercial são descartadas em estado precário de saúde ou eutanasiadas.

Difícilmente a sociedade enxerga como maus-tratos a utilização de animais em provas esportivas, exposição em parques e circos, confinamentos em zoológicos e hotéis fazenda, utilização de animais para trabalho forçado e transporte e em experimentos científicos e acadêmicos.

Muitas das práticas elencadas são apontadas como maus-tratos desde o Decreto nº 24.645/1934, por exemplo, a engorda de aves mecanicamente – processo em que aves são alimentadas por meio de uma canola, de forma a gerar a enfermidade no fígado para, posteriormente, serem abatidas e suas vísceras virarem uma iguaria francesa.

Mesmo sendo considerada crime, essa prática de alimentação forçada é realizada no Brasil. Porém, na tentativa de banir tal ato, alguns municípios e estados aprovaram leis proibitivas dessa atrocidade.

Outras práticas de maus-tratos são os rodeios e as vaquejadas, em que os animais são submetidos a extremos estresses físico e psicológico. É comum nesses eventos que os animais sejam submetidos a esforços não comuns de suas anatomias, sendo puxados pela cauda, derrubados ao chão, causando ruptura de ligamentos, lesão medular e, em casos extremos, a morte. Assim, são submetidos à crueldade, que se perpetua dia após dia, recebendo aplausos da plateia. Nesses casos, todos os envolvidos, inclusive a plateia, são autores do crime de maus-tratos, pois os praticam, incentivam e os patrocinam.


Os animais aprisionados em zoológicos e aquários também sofrem maus-tratos, uma vez que são submetidos ao confinamento fora do seu *habitat* natural, em muitos casos em espaços destinados à “moradia” incompatíveis com suas necessidades mínimas. Dessa forma, o nível de estresse acarreta movimentos repetitivos e automutilação, fatores configurados como ato abusivo.

É incompreensível imaginar que animais mantidos em cativeiro estejam com suas necessidades atendidas simplesmente por serem alimentados e monitorados. Essa justificativa é um engodo para tranquilizar a consciência do algoz.

Da mesma forma, configura maus-tratos a utilização de animais para fins didáticos ou de experimento científico, pois não existe teste que não seja doloroso ou cruel ao animal. Atualmente, com o avanço da tecnologia, há métodos substitutivos, os quais podem perfeitamente dispensar o uso de animais.

Por fim, ainda se verifica que para uma parte da sociedade os animais são considerados bens móveis, coisas e, dessa forma, são subjugados.

Para que haja efetividade na proteção dos animais é necessário haver uma mudança do paradigma de superioridade e inferioridade entre os animais humanos e não humanos.

A mudança na legislação, embora importante, não será suficiente para coibir a prática dos maus-tratos se, concomitantemente, não houver a conscientização da sociedade sobre os direitos inerentes aos animais. 

NOTA

1 Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias?id=511936>. Acesso em: 27 mar. 2017.



CINTHYA MACEDO PIMENTEL é advogada, sócia do escritório Pimentel e Hollaender Advogados associados, especialista em Direito Processual Civil, coordenadora Jurídico do Fórum de Proteção e Defesa Animal do Município de São Paulo e membro da Comissão de Proteção e Defesa Animal da OAB/SP.



Alerta ao ex-sócio

■ POR LEONARDO HONORATO COSTA

Este é o senso comum sobre a responsabilidade do ex-sócio após sua retirada da sociedade limitada: permanecerá responsável pelas obrigações anteriores à sua saída por um período de dois anos após esse marco. Essa concepção popular tem origem justificada na regra estampada no artigo 1.003, parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual o sócio que se retira da sociedade permanece responsável pelas obrigações que tinha como sócio até dois anos após a averbação da formalização de sua retirada na Junta Comercial na qual a sociedade estiver registrada.

Dessa regra legal, portanto, nasceu a interpretação popular de que, transcorrido esse prazo bienal, o ex-sócio passa a estar “seguro” de que não mais será importunado com qualquer cobrança atinente à sociedade da qual se retirou. Por muito tempo, inclusive, essa foi quase uma máxima nas discussões judiciais, o que também de certa forma fomentou a consolidação de tal ideia ordinária.

Acontece, porém, que alguns recentes julgados, em sentido oposto a esse cenário, têm reconhecido a responsabilidade de ex-sócios que se retiraram há mais de dois anos da sociedade em “situações específicas” e, portanto, os antigos sócios precisam estar alertas quanto a esse sentimento absoluto de “segurança” que atualmente têm após o transcurso do período em comento.

Em verdade, no que se refere às obrigações ordinariamente oriundas da condição de sócio, quando não houver qualquer ato de abuso de direito ou confusão patrimonial com participação do ex-sócio, a ausência de responsabilidade após o referido período de dois anos será inquestionável. Trata-se de desencarceramento expressamente previsto em lei (o já mencionado artigo 1.003, parágrafo único, do Código Civil).

Quais seriam, então, essas “situações específicas” nas quais os ex-sócios poderiam ter sua tranquilidade abalada? Quais, desse modo, as exceções que têm servido

de fundamento para que alguns juízos estejam entendendo que esse prazo não seria empecilho para a responsabilização do ex-sócio?


Ora, em não tendo havido qualquer abuso de direito ou confusão patrimonial anteriores à retirada, como visto, a responsabilidade do sócio que se retira da sociedade se exaure após o transcurso dos dois anos da formalização registral desse ato. Mas, indaga-se: e no caso em que tais situações abusivas são verificadas? Pode o ex-sócio, nesse caso, ser atingido, após o período de dois anos, por obrigações oriundas de atos de abuso de direito ou de confusão patrimonial praticados enquanto ele era sócio?

A bem da verdade, não são poucos os precedentes que defendem que não, apoiando-se justamente na interpretação de que a limitação temporal de dois anos abrange qualquer tipo de obrigação de natureza cível (desde que não haja expressa segregação legal), garantindo-se que não se instaure uma eterna insegurança jurídica ao sócio que se retira da sociedade.

Todavia, e aqui se dá o alerta, também começam a se fazer numerosas as decisões no sentido de que pode, sim, se responsabilizar o ex-sócio, mesmo após o transcurso legal de dois anos após sua retirada, quando esse tenha participado de tais “situações específicas”. Entre elas, cito o Recurso Especial nº 1.312.591/RS, da ilustre relatoria de Sua Excelência o ministro Luis Felipe Salomão, no qual se chegou à seguinte conclusão: a limitação temporal de dois anos, prevista no Código Civil, se restringe às obrigações do ex-sócio como sócio, ou seja, obrigações “ordinárias”, não abrangendo eventuais obrigações decorrentes de atos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Nessa oportunidade, entendeu a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que nas situações específicas, autorizadas da desconsideração da personalidade jurídica, há uma atribuição de responsabilidade não por obrigações “ordinárias” da condição de sócio, mas, isso sim, por obrigações “extraordinárias” decorrentes justamente do abuso, desvio de finalidade ou confusão patrimonial da pessoa jurídica. Caso fosse vetada tal responsabilização, estar-se-ia, para tal corrente de interpretação, beneficiando alguém que abusou de seu direito, liberando-o de todas as suas responsabilidades após um decurso de prazo relativamente curto, fomentando, inclusive, eventuais retiradas fraudulentas.

Se a obrigação, portanto, tiver nascido enquanto o ex-sócio integrava o corpo societário e se o ato que tiver ensejado a desconsideração da personalidade jurídica também tiver ocorrido em tal interregno, com sua participação, o ex-sócio poderá ser atingido mesmo após o prazo de dois anos, a depender do entendimento do juízo em que tal discussão for travada, não havendo mais espaço para uma “segurança absoluta de irresponsabilidade” após tal prazo, como popularmente hoje se costuma pensar.

Esse, pois, o alerta feito neste texto aos sócios que se retiraram ou vão se retirar de sociedade: em regra, suas responsabilidades se exaurem após dois anos de suas retiradas, porém, há, atualmente, decisões que desconsideram essa limitação temporal no caso de obrigações em que se reconheçam atos ilícitos praticados com participação do ex-sócio. 



LEONARDO HONORATO COSTA é advogado e sócio do GMPR – Gonçalves, Macedo, Paiva & Rassi Advogados, Vice Presidente da Comissão de Direito Empresarial da OAB/GO e Diretor Cultural do Instituto de Direito Societário de Goiás – IDSG.



O futuro da arbitragem

■ POR ARNOLDO WALD

Nos últimos anos, tem-se discutido alguns métodos de expansão da arbitragem no Brasil, visando a sua simplificação e desburocratização, possibilitando que um grupo cada vez maior seja beneficiado com sua técnica.

A arbitragem de classe instrumento inspirado na *class action* do Direito norte-americano, o qual vem sendo adotado, aos poucos, na Europa, corresponde, grosso modo, à nossa ação civil no campo judiciário. Esse instituto poderia ser utilizado com sucesso em várias arbitragens, no campo societário, nas relações entre concedentes e concessionários, nos contratos de concessão comercial e até mesmo em certos casos de conflitos decorrentes de relações trabalhistas ou de consumo, sendo uma alternativa que pode alcançar soluções mais rápidas e uniformes em processos societários e outros.

As nossas legislação e jurisprudência vigentes oferecem condições extremamente favoráveis para introduzir a arbitragem de classe no Direito Societário.

Quando estava na presidência da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), propus que se admitisse a ação civil pública para proteger os investidores. A ideia era dar a iniciativa dessa ação tanto ao Ministério Público como à CVM, mas na discussão do anteprojeto, concluiu o governo pela necessidade de conceder a exclusividade ao Ministério Público. O progresso, todavia, em relação à legislação anterior, foi no sentido de se consagrar, por texto legislativo específico, a proteção do investidor especialmente quando desinformado, permitindo que processasse quem de direito e lhe fosse assegurada uma justa indenização.

Embora existisse o princípio geral da responsabilidade civil da empresa por atos dos seus prepostos, tanto no Direito Civil (artigos 1521, III e 1522 do Código Civil de 1916), como na lei comercial, grande parte da doutrina entendia que a norma não se aplicava aos dirigentes de empresa por não serem propostos, mas sim órgãos da sociedade. Ademais, a Lei das S.A. não tratou, especificamente, das consequências práticas de desinformação dos investidores e da obrigação da empresa de indenizá-los, se tivessem sido enganados pelas informações por ela dadas, embora mencionasse os deveres da sociedade e dos administradores de manter a plena

simetria de informação em relação a todos os acionistas. Também vedava a atuação do *insider trading*, que, aliás, passou a ser punida pelo Direito Penal, por ser considerada infração grave em relação ao mercado de capitais.

Em 7 de dezembro de 1989, foi aprovada a Lei nº 7.913, na qual o legislador consagrou, com pequenas modificações, o Projeto da CVM. A lei mereceu alguns trabalhos interessantes, mas teve poucos efeitos práticos até agora. Raros foram os casos julgados pelos tribunais que a aplicaram. Podemos até afirmar que teve mais discussões e análises teóricas do que consequências efetivas.

Com a nova mentalidade que agora surge, em virtude da revolução cultural imposta pela Lava Jato, a matéria está merecendo reexame com análise de vários dos seus aspectos:

- a) a responsabilidade da empresa pela desinformação dolosa dos seus investidores decorrente de atos ilícitos dos administradores, que presumidamente eram de conhecimento de toda a diretoria da empresa e do controlador;
- b) a possibilidade de submeter a matéria à arbitragem e, especialmente, de ser requerida sob a forma de *class action*;
- c) na última hipótese, se a resposta for favorável, quem teria legitimidade para requerer a arbitragem.

A matéria já foi discutida nos Estados Unidos, concluído pela aplicação do Direito brasileiro em alguns casos em que houve ações de classe que finalmente ensejaram acordos, como acontece naquele país com a maioria dessas ações. Agora, está em curso uma ação de classe contra a Petrobras, na qual o juiz norte-americano entendeu que era competente em relação aos adquirentes de ações da empresa que as compraram nos Estados Unidos, ações essas que têm a forma de ADRs (*American Deposit Receipts*), mas não quanto aos pleitos de acionistas que tinham comprado os seus títulos no Brasil. A matéria está exposta detalhadamente em artigo publicado na revista *Piauí*, de julho de 2016. A Petrobras alegou, em sua defesa, na ação em Nova York, que, em virtude dos seus estatutos, a matéria deveria ser decidida em arbitragem no Brasil e o juiz, após análise metódica da lei brasileira e de pareceres de juristas, chegou à conclusão de que essa alegação era procedente. Não se discute mais, no processo norte-americano, a competência do juízo arbitral, no caso a Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM (da BM&FBovespa), por esta ter sido reconhecida naqueles autos pela própria empresa, como sendo o órgão competente para administrar a solução do litígio.

Sobre o assunto já se manifestaram, no plano doutrinário, vários juristas e professores brasileiros. No passado, parecia predominante a tese de não existir responsabilidade da empresa em relação aos seus acionistas mesmo quando havia atos ilícitos dos dirigentes, pois tratar-se-ia de risco assumido por quem comprava ações. Acrescentava-se que, sendo o acionista parte integrante da sociedade, não a poderia responsabilizar. Caberia, pois, tão somente a ação contra os administradores culpados e, eventualmente, contra o controlador, se provada ou presumida a sua culpa.

Também se alegou que, no caso, o eventual prejuízo direto seria da companhia, que fora vítima do comportamento criminoso dos seus dirigentes e, assim, não poderia ser responsabilizada pelos atos deles. A aplicação das normas do Direito Civil ao caso era contestada por alguns doutrinadores alegando que era norma geral, enquanto a Lei das S.A. era especial. Outros a afastaram sem maiores justificativas.

No caso concreto, houve opiniões recentes de juristas, que ocuparam cargos importantes na CVM e que excluíram a responsabilidade da Petrobras no caso

concreto, enquanto outro, que também tinha presidido a autarquia sustentava, em livro recente, a responsabilidade da empresa, entendimento também sufragado por outros eminentes juristas.

Por outro lado, o Ministério Público tem informado à imprensa que pretende propor, nos próximos meses, uma ação civil pública contra a Petrobras para buscar a recomposição dos acionistas que compraram os títulos nos cinco últimos anos, pois os investidores acreditaram na seriedade da companhia, que perdeu grande parte dos seus ativos em virtude de corrupção e de desvios de dinheiro comprovados pela força-tarefa da Lava Jato. Entende o MP que, embora seja difícil a quantificação do prejuízo dos acionistas, é evidente que os atos ilícitos devem ensejar uma indenização, sendo inviável que os compradores de ADR (recibos de depósito que equivalem às ações da Petrobras, mas são negociados no exterior) sejam ressarcidos e que os adquirentes das ações no Brasil não obtenham uma justa compensação.

Para o promotor de Justiça de São Paulo Eronides dos Santos, o fundamento da ação no Brasil não deveria ser o invocado nos Estados Unidos, diante da diferença de legislação, justificando-se, todavia, a ação em nosso país pelo fato de ter havido gestão temerária da empresa e violação da legislação e da regulamentação em virtude da desinformação dos acionistas. Os pleitos das ações nos dois países têm o mesmo objetivo, que é garantir a recomposição do patrimônio dos acionistas a fim de que recebam o que teriam direito se não tivessem sido cometidos os atos ilícitos. Acrescenta o promotor, em entrevista no *Valor Econômico* de 28.07.2016, que “o risco de mercado” não abrange a corrupção, o superfaturamento e a desgovernança. Para o Ministério Público, o governo também não podia “manipular o preço da gasolina e do diesel por tanto tempo”. Finalmente, conclui que a ação civil pública se torna a única possibilidade de se ressarcir o pequeno investidor, que não tem como arcar com as despesas da arbitragem em ações individuais, na forma prevista no estatuto da empresa.

O que não ficou totalmente claro até agora na discussão é que, na realidade, há um tratamento próprio para a desinformação, pois fere a simetria de conhecimento dos investidores, sendo até violação ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, inciso I da CF). Justifica-se, assim, uma responsabilidade da empresa, já que a ela cabe, por intermédio dos seus órgãos, mas em seu nome e sob sua constante fiscalização, informar os acionistas, retificar os balanços e publicar os atos relevantes. Não se tratam, aliás, de atos de competência exclusiva de algum dos dirigentes, mas não só estariam todos eles solidários, no caso, como também haveria responsabilidade própria e solidária da empresa e do seu controlador pelas informações inexatas prestadas aos investidores ou pela omissão de divulgação de atos ilícitos dos seus administradores e/ou prepostos.

Do mesmo modo que não se tolera o *insider*, ou seja, o acionista (ou terceiro) com informação privilegiada, também não se admite que se faça dos acionistas minoritários verdadeiros *outsiders*, ou seja, pessoas desinformadas ou mal informadas às quais se deu informação errada ou incompleta.

Como bem lembrava a jurisprudência norte-americana, a transparência é o pilar do mercado de capitais que, por sua vez, é um indutor importante do desenvolvimento econômico do país. ■



ARQUIVO PESSOAL

ARNOLDO WALD é advogado. Professor catedrático da Faculdade de Direito da UERJ.

A culpa da coisa

■ POR SERGIO R. DO AMARAL GURGEL

“E ainda que entendêssemos como irrefutável o ideal de que as decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau seriam as que verdadeiramente promoveriam justiça, não haveria como ignorar que, ainda assim, poderiam ser revistas e reformadas pelos tribunais superiores, ou será que quando se derem conta disso irão se voltar contra o princípio do duplo grau de jurisdição ou, talvez, contra os recursos especial ou extraordinário? O fato é que, se o projeto de emenda constitucional for aprovado e sancionado, ratificaremos o método sob análise de que a culpa é da prerrogativa de função.”

Para escapar da responsabilidade, o ser humano é capaz de dispor dos mais variados discursos, por exemplo, os que procuram transferir ao seu semelhante os resultados advindos dos seus próprios atos. Entretanto, o que merece uma reflexão mais aprofundada é a tendência, ainda mais em voga, de culpar objetos inanimados, seres abstratos ou simples ideais dos mais variados campos do conhecimento.

Nos debates travados pelos nossos representantes no Congresso Nacional sobre o projeto que deu origem à atual Lei Ambiental (Lei 9.605/1998), a principal questão em foco era a criação de mecanismos para inibir o desmatamento desenfreado das nossas florestas em função da extração clandestina de madeira de lei e de outras terminantemente proibidas para fins industriais. Os parlamentares mais letrados, compreendendo aqueles que, ao menos, tiveram o privilégio de cursar com assiduidade o ensino fundamental, apontaram uma série de fatores que fomentavam as práticas de extrativismo predatório, entre eles a corrupção endêmica na administração pública, colocando o Brasil na posição de subordinação aos interesses das empresas transnacionais, que favorecem o latifúndio e promovem o desemprego, e, por conseguinte, a miséria e a fome no campo. Em contrapartida, acabou prevalecendo a teoria de que a causadora da destruição das árvores era da venda indiscriminada dos apetrechos destinados ao corte. Em suma, culpabilizou-se a serra elétrica, mas não o usuário motivado por sérios aspectos de ordens política, econômica e cultural. O tipo penal exposto no art. 51 do referido diploma legal sedimentou o entendimento: a culpa é da motosserra.

Fato semelhante ocorreu por ocasião da edição da Lei nº 10.826/2003, denominada Estatuto do Desarmamento. Como sempre, havia a necessidade de encontrar um culpado pelo número exacerbado de assassinatos por perfuração causada por arma de fogo, que, no Brasil, supera os índices verificados em países como aqueles que se mantêm em situação de guerra declarada. Não obstante a consulta popular tivesse preservado o direito à fabricação e comercialização de material bélico, é notório o enrijecimento da legislação no que diz respeito à posse e, mais ainda, ao quase impossível porte de arma. Mais uma vez, o olhar voltou-se para o objeto e não para quem o manuseia. Desse modo, foi escamoteada a cultura extremamente violenta de um povo apresentado pelos meios de comunicação, de forma distorcida, é claro, como alegre e hospitaleiro. Basta observar o relatório divulgado pela UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime) em 2007, segundo o qual estimou-se que 15 milhões de armas de fogo estivessem em posse da população brasileira, enquanto outros 270 milhões nas mãos dos cidadãos norte-americanos. Todavia, ao contrário do que possa parecer, o Brasil supera em 3,7 o número de mortes por arma de fogo registrado nos Estados Unidos. Em que pese a triste constatação, mesmo assim a culpa continua sendo do revólver, da pistola, do fuzil, da munição e acessórios.


Atualmente, a celeuma volta a ganhar destaque com a pretensão do legislador brasileiro de extirpar o instituto do foro especial por prerrogativa de função. Segundo os seus precursores, o fator determinante da impunidade está na norma constitucional que prevê o processo originário nos tribunais para aqueles que ocupam os mais altos escalões do governo. Garantem que a regra estaria em favor do corporativismo e da corrupção, em razão de propiciar ao acusado um julgamento pela cúpula do poder ao qual igualmente pertence.

A tese agora defendida surpreende mais do que aquelas anteriormente abordadas, que serviram de pano de fundo para as leis ambiental e de armas, em função

da incrível superficialidade com que se enfrenta um problema desse grau de complexidade, que é a benevolência com o crime ou com o criminoso.

A prerrogativa de função nunca foi um instituto exclusivo da legislação pátria. Aderida por diversos países de primeiro mundo, difundiu-se pelo mundo inteiro com a perspectiva, ao menos no campo teórico, de se preservar, *prima face*, a hierarquia dentro da administração pública, e no seu âmago, a garantia de um julgamento por órgão superior que se encontre em posição confortável e independente para a realização de um julgamento imparcial pelos seus membros, que não teriam motivos para se intimidar diante de possíveis pressões externas ou até mesmo pela magnitude do evento. Se porventura, o instituto foi distorcido em determinadas regiões do planeta para atender a interesses escusos, há de se por em pauta de que forma os réus poderiam alcançar tais objetivos, a fim de que o poder público institua os respectivos mecanismos de prevenção. Todavia, revogar a o mandamento da Carta Magna seria apenas mais uma faceta do discurso demagógico, deveras reconhecido pela historiografia brasileira.

Quando alguém afirma que o motivo pelo qual um deputado federal não tenha sido condenado deve-se ao foro por prerrogativa de função, implicitamente não somente acusa a Suprema Corte de ter se degenerado moralmente, como também parte de uma presunção quase que absoluta de que os magistrados de primeira instância estariam imunes às fraquezas inerentes ao homem, que os fazem muitas vezes ceder às tentações que levam à corrupção. Dispensa-se mais delongas para provar o caráter infantojuvenil de ambas as concepções. E ainda que entendêssemos como irrefutável o ideal de que as decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau seriam as que verdadeiramente promoveriam justiça, não haveria como ignorar que, ainda assim, poderiam ser revistas e reformadas pelos tribunais superiores, ou será que quando se derem conta disso irão se voltar contra o princípio do duplo grau de jurisdição ou, talvez, contra os recursos especial ou extraordinário? O fato é que, se o projeto de emenda constitucional for aprovado e sancionado, ratificaremos o método sob análise de que a culpa é da prerrogativa de função.

Ainda estamos distantes do tempo em que se formará o senso comum de que a coisa está a serviço da sociedade e sempre servirá de instrumento para qualquer fim, independente de algum tipo de valoração, que estará exclusivamente na consciência do homem. Entreguem uma motosserra a uma pessoa de bem, e ela irá podar as árvores do quintal para que floresçam na primavera; uma arma para ao cidadão de boa índole e ele, se não a recusar, guardará em local seguro para que as crianças não tenham acesso e só pensará em usá-la em legítima defesa própria ou de terceiros; institua a prerrogativa de função em um país onde impere o Estado de Direito, bem como o espírito republicano, e o usarão para um julgamento justo. Em vez de marginalizar a coisa, deve a humanidade combater determinados impulsos que são da sua própria natureza, pois, de acordo com a filosofia de Hobbes, em *O Leviatã*, o homem é o predador de si mesmo. E o projeto a ser realizado para se alcançar a utopia da construção de um país civilizado de maioria esclarecida começa, não pela edificação de escolas (coisa), mas sim pela construção do indivíduo. 



ARQUIVO PESSOAL

SERGIO R DO AMARAL GURGEL é advogado criminalista; autor da Impetus Editora; professor de Direito Penal e Processo Penal; palestrante. amaral_gurgel@yahoo.com.br



Reflexões iniciais acerca do PL 4.302/98 que altera a natureza restrita do trabalho terceirizado no Brasil

■ POR MARCELO FERREIRA MACHADO

Por um dia a menos para perfazerem-se 19 anos completos, no dia 22 de março de 2017, foi aprovado pela Câmara dos Deputados o texto final do PL nº 4.302/1998, após substitutivo do Senado, e que houvera sido apresentado pelo Poder Executivo daquela época, no sentido de alteração da Lei nº 6.019/1974, que trata do trabalho temporário no Brasil.

O projeto de lei passou a fazer parte da preocupação da comunidade que milita no Direito do Trabalho ao pretender, em sua redação original, art. 6º, § 2º (no projeto de lei que acaba de ser aprovado, art. 9º, § 3º) instituir a possibilidade de contratação de trabalho temporário e de prestação de serviços por terceiros, tanto nas atividades-meio quanto nas atividades-fim das sociedades empresariais.

A partir dessa inovação, todos os envolvidos com a temática trabalhista brasileira preocuparam-se com a possibilidade de precarização das relações laborais¹, uma vez que o mencionado projeto altera a racionalidade bilateral das contratações de trabalhadores que é própria do regime de emprego, e, por sua vez, do Direito do Trabalho, em que a intermediação de mão de obra só é admitida, de modo excepcional, em casos restritos, e com a prévia anuência normativa constitucional ou infraconstitucional, desde que, é claro, quanto à última, não haja confronto com a ontologia principiológica constitucional de 1988.

Ainda que se possa considerar açodada a tentativa de breve ensaio analítico a respeito das alterações da Lei nº 6.019/1974, é inequívoco, pelo pouco já afirmado, que não são despidas de controvérsia algumas das profundas mudanças ideológico-trabalhistas que sobrevêm com a aprovação daquele citado projeto de lei e que lançarão reflexos na vida laboral brasileira, seja na vivência diária de cumprimento dos contratos de trabalho entre empregados e empregadores, seja na possibilidade de afiançar a constitucionalidade das mudanças legislativas no âmbito do Poder Judiciário.

Breves e pontuais análises a respeito de uma “nova” lei de trabalho temporário

Conforme já mencionado, o projeto de lei, em seu art. 9º, § 3º, permite que as atividades-meio e fim das sociedades empresarias sejam preenchidas por trabalho temporário. Utilizando-se da nova redação contida no art. 2º, trabalho temporário:

É aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

“É inegável que há um vazio normativo na matéria “terceirização” que precisava ser preenchido. Porém, o receio com a forma e a extensão gestadas e apresentadas pelo projeto de lei aprovado na normatização da prestação de serviço terceirizado causa preocupação na comunidade jurídica, mormente ao permitir-se o fenômeno na terceirização em todas as atividades desenvolvidas pelas sociedades empresarias. Não apenas isso, mas por ainda deixar sob anomia legislativa o conceito legal devidamente definido sobre o que sejam atividades-fim e meio das sociedades empresarias para fins de terceirização.”

Quanto ao primeiro tipo de trabalho temporário (“necessidade de substituição transitória de pessoal permanente”), senão havendo uma melhor técnica redacional, nada mudou. Pode-se ofertar, como exemplo, um surto epidemiológico em certo setor da unidade empresarial que afaste parcela empregatícia, o que necessitará de substituição de postos de trabalho cuja natureza, em tese², será transitória.

No que tange ao segundo tipo de trabalho temporário, o § 2º do art. 2º caracteriza o que se deve entender como complementariedade de serviços (nova expressão advinda com a alteração legislativa, já que anteriormente o legislador utilizava a expressão “acréscimo extraordinário”) prevendo que “[c]onsidera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal”.

Se, em uma primeira ótica, os fatores imprevisíveis estão ínsitos na ideia de necessidade de substituição transitória de pessoal permanente, afinal, como exemplificado, um surto epidemiológico em certo setor da sociedade empresarial é um fator imprevisível nas atividades humana e econômica laboral, e que pode vitimar, durante certo tempo, a saúde do trabalhador (individual ou coletivamente) em razão de afastá-lo da prestação laboral pessoal, pode-se afirmar que a complementariedade exposta no *caput* e § 2º do art. 2º está vinculada a fatores atinentes à prestação objetiva de serviços, como seria o caso de uma tragédia ambiental, em certa circunscrição territorial, que necessitasse do incremento da atividade de determinada pessoa jurídica no atendimento das demandas pontuais da população envolvida, a qual só determinada sociedade empresarial pudesse prover mediante própria *expertise* ou competência. Imaginemos, em certa região, que sofresse com uma tragédia natural, o fato de existir apenas uma única instituição bancária para, entre outros objetivos, atender aos pagamentos e saques pessoais de valores monetários da população local.

Atente-se, desde já, no escólio de Vólia Bomfim Cassar³, que a Lei nº 6.019/1974 já permitia a terceirização de atividade-fim, o que não descaracterizava a intermediação de mão de obra. Os exemplos acima demonstram isso.

O que a alteração legislativa pretende é ampliar os limites da intermediação de mão de obra, pois prevê, expressamente, que “[o] contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços” (§ 3º do art. 9º). Sem mais. Com nenhuma restrição aparente.

Reforça a mencionada amplitude o teor do art. 4º-A, o qual conceitua que: “Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos”. Pois bem, resta perguntar: quais são esses serviços determinados e específicos? Os de atividade-meio ou também os de atividade-fim?⁴ Pensa-se que embora não reste claro, nada impede interpretação nesse sentido; pelo contrário.

O projeto de lei não carrega como embasamento normativo a fornecer segurança e, eventualmente, legitimar o uso amplo do trabalho temporário e de prestação de serviços a terceiros, a caracterização estrita do que seja atividade-meio e do que seja atividade-fim empresarial, colocando ambos os tipos de atividades “dentro do mesmo balaio” de execução profissional.

Portanto, muito embora já haja vozes no meio social afirmando que a alteração legislativa pacifica a questão da terceirização no país, teme-se que seja o contrário, criando insegurança ainda maior nas relações trabalhistas.

A redação do art. 10 é temerária. Prevê o seu *caput* que “[q]ualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário”.

O art. 10 não é claro em afirmar que nos contratos para prestação de trabalho temporário o empregado nessa qualidade não cria vínculo com a sociedade que

toma seus serviços. Essa é a regra do trabalho temporário regular. Sempre foi. No entanto, e ao contrário, a realidade concreta e jurisprudencial demonstra a dificuldade em se provar o ambiente evanescente onde muitas vezes é exercido o controle subordinante do empregado que tem sua prestação de trabalho intermediado. Assim sendo, uma contra-afirmação a essa previsão, ainda que não provenha de uma lei, é o teor do item III da Súmula 331 do TST, pois, se o caso concreto demonstrar que a prestação laboral ao tomador dos serviços se deu com pessoalidade e subordinação direta nada impede que se reconheça o vínculo direto com aquele que toma os serviços.

O § 1º do art. 10 prevê que “[o] contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não”. Já o § 2º dispõe que “[o] contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram”.

Diferentemente da Lei nº 6.019/1974 e da Portaria nº 789/2014 do MTE, normas que tratam das hipóteses do prazo básico e renovatório do trabalho temporário de três meses, podendo chegar a nove meses, a depender do caso, o PL nº 4.302/1998 cuida do prazo básico de 180 dias, podendo chegar ao prazo máximo de 270 dias (ou, em tese, até mais, a depender da interpretação a ser dada ao § 3º do art. 10).

Deve-se ter em conta uma novidade: a lei menciona o viés consecutivo, ou não, de prestação laboral em prazo básico de 180 dias, ou em sua prorrogação.

Aparentemente, a consecutividade aludida naqueles enunciados normativos não tem um limite temporal total inequívoco sob a ótica do tomador e, por via reflexa, ao trabalhador temporário. Pergunta-se: qual o lapso temporal terminativo, sob a ótica do tomador, para que não se caracterize sucessão vedada de trabalho temporário? O cumprimento dos 180 dias, ou a prorrogação em 90 dias, se limita a que espaço total de tempo, uma vez que tais prazos em dias podem ser, ou não, consecutivos?

Muito embora possa parecer fácil a interpretação a ser haurida da previsão legal contida no alterado art. 10 da Lei nº 6.019/1974, no sentido de que os 180 dias, ou sua renovação nonagesimal, não poderão ser ultrapassados no cumprimento do contrato de trabalho temporário em somatório geral de, no máximo, e a depender da espécie, 270 dias, com relação à figura do mesmo trabalhador (e a preocupação disso assenta-se no fato de não transformar a necessidade permanente de serviços em temporariedade *sine die*), convenha-se que, do ponto de vista do tomador dos serviços, não há base legal segura de que outro tipo de hermenêutica possa ser construído a partir dos parágrafos do art. 10, lembrando-se que não se deve confundir a circunstância de que contrato de trabalho temporário é diferente de contrato de prestação de trabalho temporário, de que trata o art. 5º da lei.

Remanesce a questão: o prazo limitativo entre 180 e 270 dias, que pode ser consecutivo, ou não, portanto, não possui recorte no tempo? Conforme o § 5º do art. 10 reformatado, o prazo para nova inserção de trabalho temporário no mesmo ramo, setor e/ou atividade de determinada sociedade empresarial e com o mesmo trabalhador só pode se dar após noventa dias do término do contrato anterior.

A resposta à questão formulada acima soa incerta ou imprecisa. Aos colegas deste articulista, mais capazes intelectualmente, deixa-se a formulação de uma compreensão e uma interpretação mais razoáveis.

Já o § 3º do art. 10 (“O prazo previsto neste artigo poderá ser alterado mediante acordo ou convenção coletiva”) confere aos críticos da denominada máxima “prevalência do negociado sobre o legislado”, pólvora o suficiente para se insurgirem em face de um debate mais amplo sobre os limites do uso da autonomia coletiva da vontade, ao qual o autor já se propôs em escrito anterior⁵.

Afirma-se isso, porque a redação ampla do dispositivo legal pode induzir à determinada interpretação de que aqueles prazos de 180 dias, ou sua prorrogação em até 270 dias podem, em tese, ser dilatados por norma coletiva.

Por sua vez, o § 7º do art. 10 pretende limitar as responsabilizações trabalhista e previdenciária da sociedade tomadora dos serviços temporários, no seguinte sentido,

A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Nesse ponto, guardada a distinção contextual existente entre o Direito público e o Direito privado (*lato sensu* considerado), parece que o aludido enunciado normativo, aos moldes da Lei nº 8.666/1993, art. 71, e ao que ocorre com a responsabilidade da administração pública, além dos termos da Súmula 331, itens III, IV, V e VI do TST, tornará acalorado o debate sobre sua extensão e legalidade, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, tendo em vista a priorização limitativa de responsabilidade trabalhista do tomador dos serviços, não custando lembrar que a prestação pessoal e a subordinação direta atraem, pelo menos para fins sumulares, o reconhecimento das responsabilizações direta e solidária do tomador (ou cliente) dos serviços.

Se o art. 12 substitui corretamente na técnica formal-legislativa de alíneas por incisos (faz-se referência à Lei Complementar nº 95/1998⁶), tal mudança não mascara a supressão expressa decorrente da clarividência de aplicação, como havia anteriormente, de oito direitos trabalhistas expressos⁷ e implícitos (os outros direitos previstos na CLT, como o adicional noturno, desde que compatíveis, conforme lembra Alice Monteiro de Barros⁸) por somente três direitos expressos: (i) equivalência salarial; (ii) equivalência de jornada de trabalho; e (iii) proteção previdenciária e contra acidentes de trabalho a cargo do INSS.

No que tange ao primeiro daqueles incisos (a equivalência salarial), insta esclarecer que certa dissensão doutrinária permanecerá, pois determinada doutrina⁹, sob os auspícios da anterior alínea “a” do art. 12, ensina que não se trata de equiparação salarial, mas de redução das diferenças salariais, devendo-se levar em conta o valor do piso da categoria dos empregados do tomador; por sua vez, há quem entenda¹⁰ que a equivalência se dá pelo piso da categoria do intermediador – o denominado “salário equitativo”.

Em hermenêuticas constitucional, legal e trabalhista, apesar da omissão legislativa nesse ponto, que reputa-se ser inadequada, mantém-se, como já era o entendimento pacífico da comunidade laboral, a aplicação dos direitos previstos na Constituição e na CLT aos trabalhadores temporários, desde que compatíveis.

Prosseguindo em outra temática, a alteração legislativa inova o Direito do Trabalho brasileiro para âmbito estranho à sua principiologia. Desde sua tramitação (e também na tramitação do PL 4.330/2004), vem se acusando o projeto de alteração

das terceirizações no Brasil de tender a precarizar as relações do trabalho, tornando todas pré-determinadas no tempo, bem como fragmentadas em sua execução.

A estranheza da nova ideologia proposta está calcada na contrariedade à principiologia do Direito do Trabalho, que propugna a indeterminação do prazo para o rompimento da relação de emprego (a continuidade do vínculo empregatício), a gerar estabilidade nas relações laborais e na própria vida do trabalhador.

Porém, o projeto de lei vai além, e tenta normalizar legalmente a figura da “quarteirização” dos serviços desenvolvidos pela sociedade intermediadora.

Prevê o § 1º do art. 4º-A que: “A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, *ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços*” (*grifos nossos*).

É o caso, por exemplo, de uma quarteirização na administração dos contratos de serviços intermediados. Muito embora não se desconheça que isso ocorra na prática empresarial, do ponto de vista gerencial, a redação do dispositivo citado é lacunar e prejudicial à uma análise minimamente próxima de um aproveitamento dogmático-laboral.

Se a terceirização já é a “exceção da exceção” na sistemática trabalhista, pois é estranha aos princípios que regem o Direito do Trabalho, o que dizer da denominada “quarteirização”?

Já no que tange ao capital social mínimo exigido para a constituição de sociedades intermediadoras de trabalho, seja as de trabalho temporário, seja as de prestação de serviços a terceiros, enquanto o art. 6º, III, que trata das primeiras, determina o capital social mínimo em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), por sua vez, o art. 4º-B, III, no que tange às últimas, estabelece faixas distintas de capital social mínimo, que se relacionam com o efetivo laboral existente na sociedade empresarial intermediadora, entre um mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para aquelas com até 10 empregados, até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) para mais de 10 empregados.

A Lei nº 6.019/1974 previa na redação original do art. 6º, que no ato do pedido de registro da sociedade empresarial de trabalho temporário deveria constar prova de capital social mínimo de 500 vezes o salário mínimo vigente no país, hoje, no valor de R\$ 468.500,00 (quatrocentos e sessenta e oito mil e quinhentos reais).

Veja-se que, a despeito das contemporâneas crises estrutural e econômica no Brasil, as quais poderiam servir como ânimo de redução dos valores mínimos abstratos para o exercício da atividade de empresa no ramo regulado pela lei, os valores dos capitais sociais das sociedades envolvidas na intermediação de mão de obra foram reduzidos a limites, em uma visão prévia, irrazoáveis. Pergunta-se: como sustentar a razoabilidade *prima facie* do parâmetro financeiro societário estabelecido em patamares tão baixos de capital social, tendo em vista que o valor mínimo visa dar um mínimo de resguardo para o cumprimento das obrigações trabalhistas, tributárias e previdenciárias?

No que tange à responsabilização da sociedade contratante de serviços determinados e especificados, ela se dará nos mesmos moldes já expostos ao que ocorre com as sociedades tomadoras de serviço temporário. É o que dispõe o art. 5º-A, *in verbis*:

A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Por fim, neste momento que já se alonga, e para aqueles que consideram que não há grandes diferenças no tratamento laboral do trabalho intermediado e do efetivo, observe-se os termos do art. 5º-A, § 4º:

A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

Já se fez alusão à previsão redutiva dos direitos dos trabalhadores temporários no reformatado art. 12. No art. 5º-A, § 4º, vê-se, claramente, a consagração da diferenciação de tratamento da massa laboral que presta serviços determinados e específicos dentro de uma mesma sociedade empregadora, na qualidade de unidade econômica. Contrariamente, isso não ocorre quando está-se a tratar do trabalho temporário, pois o § 2º do art. 9º utiliza-se do verbo imperativo “estenderá” para os mesmos fins contidos no enunciado normativo sob presente análise.

A sociedade contratante que se utiliza de empregados intermediados e colocados em suas fileiras para execução de serviços determinados e específicos poderá estender a esses trabalhadores o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus próprios empregados. Ou seja, perde-se uma oportunidade legislativa, porquanto há uma facultatividade por parte da sociedade contratante nessa segunda espécie de terceirização em ofertar um tratamento solidário e equânime a todo e qualquer tipo de empregado, ao incrementar na estrutura interna empresarial um propósito diferenciativo entre empregados próprios e os colocados para execução de serviços determinados e específicos.

CONCLUSÃO


Ainda é muito cedo para afirmar, insofismavelmente, se a Lei nº 6.019/1974 trará consequências, de fato, profundamente deletérias e irreversíveis para a vida do trabalhador nacional.

O PL nº 4.302/1998 pode vir a sofrer vetos presidenciais, nos termos dos parágrafos do art. 66 da CRFB/88. Informe-se que ainda existe parado na Câmara o PL nº 4.330/2004, que trata da mesma temática, embora tramitando com regime de urgência. No entanto, muito do que se encontra em seu conteúdo foi absorvido no PL nº 4.302/1998, aprovado no último dia 22 de março de 2017.

É inegável que há um vazio normativo na matéria “terceirização” que precisava ser preenchido. Porém, o receio com a forma e a extensão gestadas e apresentadas pelo projeto de lei aprovado na normatização da prestação de serviço terceirizado causa preocupação na comunidade jurídica, mormente ao permitir-se o fenômeno na terceirização em todas as atividades desenvolvidas pelas sociedades empresariais. Não apenas isso, mas por ainda deixar sob anomia legislativa o conceito legal devidamente definido sobre o que sejam atividades-fim e meio das sociedades empresariais para fins de terceirização.

Sob o ponto de vista do Direito Constitucional, pode-se pairar uma dúvida a respeito da constitucionalidade das alterações procedidas na Lei nº 6.019/1974. Sabe-se que o art. 7º, *caput*, da Carta Magna congrega implicitamente o que a doutrina¹¹ nomina princípio da proteção, na expressão, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Conforme brevemente demonstrado, o projeto de lei aprovado confere *a priori* um nível de proteção mais baixo do que o condensado constitucionalmente e, até então, infraconstitucionalmente aos trabalhadores colocados na estrutura empresarial sob o regime da intermediação de mão de obra. A afirmação calca-se (i) na previsão reduzida de direitos expressos em benefício dos trabalhadores temporários, (ii) na priorização da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços terceirizados, (iii) na diferenciação de tratamentos médico e ambulatorial e ainda nas refeições entre trabalhadores empregados próprios do tomador e aqueles alocados pela sociedade de prestação de serviços, e (iv) no capital social reduzido a permitir o funcionamento de sociedades de trabalho temporário e de prestação de serviços determinados.

Há mais a se refletir e expor, mas isso se dará em momento posterior, ficando aqui as reflexões iniciais do autor. 

NOTAS

- 1 De certa forma, é o que ocorre em análises sob o ponto de vista do PL 4.330/2004, que trata do mesmo tema, a terceirização. Conforme pontua Sebastião Vieira Caixeta, em seu estudo “Apontamentos Sobre a Normatização do Instituto da Terceirização no Brasil: por uma legislação que evite a barbárie e o aniquilamento do direito do trabalho” (In: *Estudos Aprofundados MPT Ministério Público do Trabalho*. Org. Élisson Miessa; Henrique Correia. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 802) defende que: “[...] a prática tem evidenciado, com frequência cada vez mais constrangedora, a ocorrência de efeitos danosos, como o excessivo foco na redução dos custos com a mão de obra; a redução de direitos; a exigência de jornadas excessivas; o descuido com o meio ambiente de trabalho; a dispersão e falta de representatividade sindical; enfim, a precarização do trabalho terceirizado”.
- 2 Menciona-se em tese, porque a morte pode tornar a necessidade efetiva e, portanto, não-transitória.
- 3 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*, 11. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, p. 498.
- 4 Vólia Bomfim, em primeira impressão, assim dispõe: “Interpreto que o legislador quis se referir a um contrato determinado para atividades meio, pois quando quis ser expresso na autorização de terceirização de atividade fim o fez, como foi o caso do trabalho temporário” (CASSAR, Vólia Bomfim. *Breves comentários à nova redação da Lei 6.019/74: Terceirização ampla e irrestrita???* Fonte: <http://genjuridico.com.br/2017/03/24/breves-comentarios-a-nova-redacao-da-lei-6-01974-terceirizacao-ampla-e-irrestrita/>. Acesso em: 26 mar. 2017)
- 5 MACHADO, Marcelo Ferreira. O Que Subjaz em uma Máxima Denominada “Prevalência do Negociado sobre o Legislado”. *Revista Jurídica Consulex*, v. ano XX, pp. 24-26, 2016.
- 6 Prevê o art. 10, *caput*: “Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:” e seu inc. II que “os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens;”.
- 7 Recordando-se que a indenização prevista na anterior alínea “f” da lei que ora se altera foi substituída, em 1988, pelo regime do FGTS. Contra: Súm. 125 do TST.
- 8 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*, 3.ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 438.
- 9 CASSAR, *Op. cit.*, p. 500.
- 10 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 16.e d. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017, p. 531.
- 11 Como exemplo, MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*, 16. ed. atual. até maio de 2002. São Paulo: Atlas, 2002, p. 77.



MARCELO FERREIRA MACHADO é advogado, Mestre em Direito (Estácio), Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (LFG/Anhanguera/UNIDERP) e em Direito do Estado e Administrativo (Estácio). Sócio fundador de Ferreira e Machado Advogados Associados (RJ). Professor convidado da UCAM/RJ.

A violação da Constituição Federal e da segurança jurídica nas suspensões de segurança em reintegração de posse

■ POR PEDRO PUTTINI MENDES



“Quem foi que instaurou a ameaça à segurança ensejadora da suspensão de segurança? Foi o Estado ou foi um grupo de invasores não legitimados por qualquer decisão judicial ou processo legal? A resposta é que este caso revela um conflito do Estado contra o próprio Estado, e não entre proprietários e indígenas, já que a suspensão de segurança alerta sobre uma ameaça à segurança causada pela ordem proferida pelo próprio Judiciário e contrariada pelo grupo invasor, fator que deveria caracterizar crime de desobediência previsto no art. 329 do Código Penal, lei de todos os brasileiros, fazendo prevalecer com eficiência o Estado Democrático de Direito.”

Noticiada na imprensa do Supremo Tribunal Federal¹ em 13 de março deste ano, a suspensão de uma reintegração de posse de imóveis rurais ocupados por indígenas em Dourados (MS), por decisão singular da presidente do STF, ministra Carmen Lúcia, valem algumas reflexões legais sobre o caso. Trata-se de um caso de disputa de terras por indígenas das etnias Guarani, Kaiowá e Terena.

Segundo a referida ministra, a reintegração de posse poderia oferecer graves riscos de perda de vidas humanas nos dois lados do conflito e estes argumentos fundamentaram a decisão proferida na Suspensão de Liminar (SL) 1097, ajuizada pela Fundação Nacional do Índio (Funai).

A alegação principal da Funai é a de que a área vem sendo discutida há mais de 30 anos, relatando “insatisfação crescente” como resultado em invasão de “territórios de ocupação tradicional”, sem que nada destes argumentos seria base para fundamentação por meio da legislação aplicável, leia-se art. 231 da Constituição Federal, Lei Federal nº 6.001/1973 e Decreto Federal nº 1.775/1996.

Em leitura da decisão singular, verifica-se que sua conclusão parte do pressuposto de que o exercício indiscriminado da autotutela de direitos, seja pela retomada pelos indígenas das terras reivindicadas como ocupação tradicional indígena, seja pelo exercício de desforço próprio para a proteção do direito à propriedade tida como legalmente constituída, tem nutrido [...] violência”.

Apesar de se reconhecer que a reintegração do possuidor direto na posse do imóvel rural restabelece a ordem fática instabilizada pelo esbulho judicialmente reconhecido, ratifica o entendimento singular na suspensão da reintegração de posse no fato de que seu cumprimento colocaria em risco a segurança “de todos”.

Também por este olhar é que se percebe nas razões de deferimento da liminar da suspensão de segurança uma observação antagônica da relatora, ao confirmar que “parece haver precipitação na ocupação de imóveis particulares sem aguardar a demarcação” e pior, para fins de futura “ampliação da reserva indígena”.

Já não é a primeira vez que o Judiciário interfere de forma monocrática em decisões de mérito, bem instruídas e até mesmo colegiadas, impondo graves atentados à legislação e também à segurança do ordenamento jurídico. Podemos lembrar a reintegração de posse da Fazenda Esperança em Aquidauana (MS), conforme decisão do processo nº 0016216-60.2013.4.03.0000 (TRF 3ª Região) suspendendo liminar do processo nº 0005471-63.2013.4.03.6000, com base na mesma suspensão de segurança.

Ocorre que, nesta miscelânea de fatos e argumentos frente à lei, temos que a previsão legal para a suspensão de segurança é prevista na Lei Federal nº 8.437, de 30/06/1992, a qual “dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público”, prevendo em seu art. 4º a competência do presidente do respectivo tribunal para “suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes”.

No mesmo artigo, estão os principais motivos utilizados para legitimar estas intrometidas decisões pelos presidentes de tribunais, quais sejam “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Há tempos que este instituto vem sendo distorcido, principalmente nas questões fundiárias, pois ao pensarmos em sua natureza se deve levar em consideração a finalidade da suspensão de segurança, qual seja, o estabelecimento de prerrogativa justificada pelo exercício da função pública, na defesa do interesse do Estado.

Não se deve admitir por esta via defender interesses primários ou secundários, submetidos a modificações por outras decisões e recursos, trazendo à superfície a verdadeira insegurança jurídica, mas tão somente situações de efeitos imediatos e lesivos para o Estado.

Acompanhando o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles, a suspensão de segurança seria: “**uma providência drástica e excepcional**, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade que aconselhe sua sustação até o julgamento final do mandado”² (grifos nossos).

Antes mesmo de analisar as lesões referidas pela citada lei, fato é que, quando se trata de demarcações de terras com reintegração de posse, intrometer a suspensão de segurança implica grave violação à repartição de competências, considerando o art. 231 da Constituição Federal, a Lei Federal nº 6.001/1973 e o Decreto Federal nº 1.775/1996, já que eventuais discussões a respeito de demarcação de área e seus estudos fogem da competência da suspensão de liminar prevista, em outras palavras, trata-se de “ilegitimidade e falta de amparo” da decisão monocrática do STF.

É válido lembrar o que já vem sendo pacificado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao sustentar que a suspensão de segurança não diz respeito à propriedade privada, cuja responsabilidade é notarial/registral, onde se garantem os registros de títulos e o direito de propriedade, mas diz o texto da lei aqui discutida, que defenderia “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. Ora, é o particular quem está desprotegido e não o ente público!

A decisão tomada de forma singular pela Presidência do Supremo Tribunal Federal constitui uma absurda omissão estatal por admitir ser incapaz de cumprir


ordens garantidoras da segurança pública, prestigiando uma invasão frente à uma reintegração de posse, preferindo a ocupação irregular a utilização do poder de polícia para cumprimento de ordem judicial, colocando em ruínas o fator estruturante do modelo de República brasileiro”³, uma cláusula pétrea que é o direito de propriedade previsto pelo art. 5º *caput* e inciso XXII da Constituição Federal.

O Estado Democrático de Direito e a própria Constituição Federal, com suas garantias, se esfrelam ao privar do direito de propriedade os particulares com reintegrações de posse, já que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), acolhendo alegações de que “insatisfação crescente” teria motivado a invasão.

Até mesmo a questão da ampliação de terras indígenas foi novamente colocada em discussão neste caso, sendo prestigiada, isto porque já havia sido resolvida pelo caso Raposo Serra do Sol (PET 3888) no Supremo Tribunal Federal, ratificado pela Portaria 303 da Advocacia Geral da União, que em seu art. 1º orienta “ser uniformemente seguida pelos órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta”, como sendo “(XVII) vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”.

Novamente, citando o professor doutor Rodinei Candéia⁴, “O direito de propriedade foi uma conquista histórica dos direitos humanos, que substituiu o sistema de domínio do rei ou da Igreja, garantindo aos cidadãos a propriedade de suas casas e os direitos correlacionados, como a inviolabilidade do domicílio e a privacidade”.

E afinal, quem foi que instaurou a ameaça à segurança ensejadora da suspensão de segurança? Foi o Estado ou foi um grupo de invasores não legitimados por qualquer decisão judicial ou processo legal? A resposta é que este caso revela um conflito do Estado contra o próprio Estado, e não entre proprietários e indígenas, já que a suspensão de segurança alerta sobre uma ameaça à segurança causada pela ordem proferida pelo próprio Judiciário e contrariada pelo grupo invasor, fator que deveria caracterizar crime de desobediência previsto no art. 329 do Código Penal, lei de todos os brasileiros, fazendo prevalecer com eficiência o Estado Democrático de Direito.

Portanto, a medida de suspensão de segurança frente às questões que envolvem direito de posse confronta completamente os direitos constitucionais gravados como cláusulas pétreas, além de se manifestar expressamente inconstitucional por violar os princípios fundamentais, a ordem pública e o Estado Democrático de Direito. 

NOTAS

- 1 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338156&tip=UN>. Acesso em: 14 mar. 2017.
- 2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas-Data*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91-92.
- 3 CANDEIA, Rodinei. *Da Solução para as Demarcações de Áreas*. https://www.academia.edu/11758841/DA_SOLU%C3%87%C3%83O_JUR%C3%8DDICA_PARA_AS_DEMARCA%C3%87%C3%95ES_DE_%C3%81REAS. Acesso em 14/03/2017.
- 4 Idem.



ARQUIVO PESSOAL

PEDRO PUTTINI MENDES é consultor jurídico no agronegócio, palestrante e professor de Direito do Agronegócio, membro da UBAU – União Brasileira de Agraristas, ex-presidente da Comissão de Assuntos Agrários e Agronegócio da OAB/MS, tutor de Legislação e Políticas Públicas para o Agronegócio no Senar/MS. Coordenador de cursos de extensão em Direito Aplicado ao Agronegócio. Graduado em Direito, Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil, extensão em Direito Agrário, Licenciamento Ambiental e Gestão Rural, Mestrando em Desenvolvimento Local com ênfase em Governança Colaborativa de Políticas Públicas para o Agronegócio. Email: diretoria@pmadvocacia.com



13 medidas práticas e objetivas para solucionar os problemas do sistema prisional

■ POR CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO

“Parece que nada será feito, e as autoridades continuam “enxugando gelo”, e demagogicamente apenas falando na necessidade de respeito aos direitos humanos dos presos, processando e prendendo cada vez mais, como se fosse uma resposta útil à sociedade. Até quando essa irresponsável situação manterá a barbárie estatal?”

Antes de verificarmos as propostas de Justiça restaurativa para propiciar a ordem e a responsabilidade de todos, vejamos as cinco premissas que passaremos a relacionar.

I – Justiça restaurativa?

É a Justiça criminal que se preocupa com a vítima e com o réu (vitimário), a fim de reconhecer suas responsabilidades pessoais (direitos e deveres humanos), posto que são os protagonistas do sistema penal-penitenciário.

Trata-se de um olhar para o futuro (restaurar o conflito social, isto é, o crime), e não voltar a visão ao passado (apenas para reprimir, sem utilidade e sem lógica). Reprimir por reprimir desumanamente.

Só haverá reintegração social se o autor do delito compreender o mal que praticou, e ele próprio desejar não mais reiterar práticas ilícitas, não mais voltar a cometer ilícitos. O autor do crime precisa entender que causou sérios danos e prejuízos diretos à vítima (e indiretos à família da vítima e à sociedade). A vítima precisa ser ressarcida ou indenizada, na forma da lei.

Deixemos de lado a utópica teoria dos “res”, isto é, da ressocialização, da readaptação, da reeducação, da reintegração social, etc.

Pensemos no “res” da restauração, da reconstrução, da reparação, da responsabilidade penal.

II – Prevenção da criminalidade

O sistema penal estatal é eminentemente repressivo, autoritário e desigual. Não se trabalha com o Direito Penal para prevenir, mas sim para reprimir. A prisão não intimida e nem ressocializa, só causa maiores danos à sociedade, pois gera a reincidência criminal, já que 90% dos ex-presidiários voltam ao mundo do crime, e o pior, cometendo bárbaros e atroz delimitos.

Já está comprovado que a prisão é a melhor escola do crime.

É o Ministério Público em prol do interesse da sociedade quem poderá prevenir a criminalidade, impedindo de uma vez por todas o enriquecimento ilícito. E esta tarefa se dá através da fiscalização direta, pelo Ministério Público, dos atos praticados pelos gestores do erário (ordenadores de despesas).

O primeiro nível ou instante é o controle administrativo e, na sequência, a proposição de ações judiciais civis públicas macro, isto é, para responsabilizar diretamente os chefes do Poder Executivo (prefeitos, governadores e também o presidente da República), acompanhados de seus asseclas e coautores.

Trata-se do Ministério Público social, voltado para ações de natureza civil, objetivando prevenir a criminalidade. A prevenção dos atos ilícitos é muito mais importante, racional e útil para a sociedade do que a repressão criminal, propriamente dita, como ainda insistem alguns que fecham os olhos, fingem não ver, não estudaram ou não entendem nada de criminologia, penitenciarismo e muito menos de vitimologia.

III – O que é “Código do Recluso”

No interior das denominadas “instituições totais”, como quartéis, escolas ou presídios, sempre existirá a formação de um grupo e de líderes, os quais passam a ditar normas consuetudinárias para seus pares, de acordo com as necessidades.

Nos estabelecimentos penais tudo se faz, muitas vezes em escala maior, do que acontece na sociedade “extra murus” (livre). Nas prisões ocorrem homicídios, roubos, estupros, violações, brigas, corrupção, etc., e tudo fica em silêncio ou em segredo. Ninguém delata e ninguém acusa, já que este é o “Código do Recluso” que possui prevalência sobre todas as leis e a Constituição, que não passam de “normas de papel”, sem significado algum às pessoas reclusas.

IV – Prioridade processual?

No sistema de justiça criminal, todos os processos que constem investigados, denunciados, réus, condenados e apenados presos têm prioridade na tramitação dos feitos (nas audiências, para as promoções ministeriais, decisões judiciais interlocutórias, sentenças, etc.), em respeito ao princípio da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CF) e aos prazos fixados no Código de Processo Penal, em analogia com o art. 139, II Código de Processo Civil.

É dever do juiz de Direito respeitar os prazos processuais (Lei Complementar nº 35/1979, art. 35, II), bem como do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993, art. 43, II e IV), a fim de zelar pelo prestígio da Justiça.

V – A inconstitucionalidade da execução da prisão e da pena privativa de liberdade

Primeiro, ressalte-se que a Carta Magna proíbe taxativamente a aplicação de penas cruéis e desumanas, além de vedar maus-tratos. Assim também como a Lei de Execução Penal e a Resolução nº 7/1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), do Ministério da Justiça, Diretrizes Básicas da Política Penitenciária Nacional, publicada no DOU em 14.7.1994.

Do mesmo modo, os instrumentos internacionais de Direitos Humanos referentes às pessoas encarceradas.

Está a parecer que nenhuma das normas supracitadas possui valor, uma vez que a situação dos presídios brasileiros é caótica, péssima e já foi comparada ao “inferno” por altas autoridades públicas do setor.

Portanto, deve-se respeitar o princípio do devido processo legal, isto é, do processo-criminal (instrução) e do processo de execução penal. Em nenhuma das áreas os direitos humanos são observados, daí a inconstitucionalidade da prisão provisória e da execução da pena privativa de liberdade.

As pessoas presas no Brasil estão sendo tratadas muito pior do que animais enjaulados.

AS 13 MEDIDAS PARA SOLUCIONAR OS PROBLEMAS DO SISTEMA PRISIONAL

Passaremos a oferecer as soluções para que os problemas do sistema prisional brasileiro sejam sanados.

1. Capacitar agentes prisionais

É preciso propiciar melhor relação entre presos e profissionais da área, além de difundir e conhecer os direitos e os deveres dos presos, criar cursos e escolas funcionais e responsabilizar agentes prisionais (nos referimos aos processos disciplinares – dos presos – e processos administrativos – dos funcionários).

2. Fiscalizar eficientemente a entrada de drogas, armas e outros itens proibidos nos presídios.

Visitas permitidas devem ser controladas. Detectores de sinais de celulares e sistema de interceptação ambiental, com câmeras nas entradas dos estabelecimentos penais são uma necessidade.

3. Respeitar o número de vagas de cada estabelecimento penal

Na hipótese de ultrapassar, o preso mais antigo deve ser colocado em liberdade antecipada através do direito de progressão de regime e/ou livramento condicional.

4. Observar a integridade física e moral dos presos

Os estabelecimentos penais devem possuir condição de encarceramento habitável, isto é, celas arejadas, com espaço mínimo definido, bem como fornecer alimentação mínima, necessária e adequada

5. Promover estudo e trabalho prisional

É necessário educar o preso para remição da pena. Do mesmo modo, é fundamental reconhecer os direitos da vítima e sua remissão (art. 91, I CP), tornando certa (viabilizando) a obrigação de reparar o dano.

6. Controle efetivo dos direitos humanos do preso

Devem ser assegurados a progressão do regime de pena, o direito a saídas temporárias, o livramento condicional, o indulto, etc. A prevalência dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos do preso (art. 5º, §§ 2º e 3º, CF) sobre a Lei de Execução Penal e sobre outras normas ordinárias internas (nacionais) também deve ser garantida.

7. Separar presos provisórios dos presos definitivos

Os presos condenados no regime fechado precisam estar acomodados em estabelecimentos distintos daqueles que estão no regime semiaberto, para estes não servirem de “pombos-correios”, agentes, “mulas” ou facilitadores infiltrados do crime organizado (facções ou grupos).

Não há como separar presos por crime ou “periculosidade”, isto significa desconhecer a idiosincrasia do mundo intramuros, ademais, seria necessário construir muitos presídios, em todas as localidades e regiões do Brasil, divididos por diversas alas e pavilhões. O preso provisório deve sempre permanecer no distrito da culpa ou da formação da culpa (das provas), e o preso condenado o mais próximo possível de onde residem seus familiares.

8. Assegurar a excepcionalidade da prisão provisória

Liberdade sempre é a regra na audiência de custódia. Os presos provisórios possuem direito de análise processual prioritária (princípio da celeridade), como forma de reduzir ao máximo o número desses encarcerados.

9. Responsabilizar com rigor excessos e desvios da execução penal

É preciso responsabilizar os que cometem maus-tratos, torturas, corrupção, etc.

10. Defensoria Pública com número necessário de profissionais

A Lei nº 8.906/1994 – Estatuto da OAB – cc. arts. 133 e 134 da CF dispõem sobre o mutirão constante, ininterrupto (dia e noite), posto que entram mais presos no sistema do que saem (daqueles que alcançam a liberdade).

11. Ministério Público promotor dos direitos humanos dos presos

É preciso formar promotores de Justiça com outra visão, a fim de se tornarem promotores de execução e não puros promotores de acusação. A atuação ministerial na área de execução penal deve ser “ex officio” e sempre interpretando a lei mais favorável, isto é, em benefício da pessoa encarcerada.

12. Juiz de execução penal

Fomentar a devida atenção aos princípios de direitos humanos dos presos, com ações e medidas judiciais “ex officio”, em favor da liberdade. O juiz de execução penal não pode ser o mesmo e nem ter as mesmas posturas do magistrado de instrução e sentenciante.

13. Incentivar a participação da sociedade e do poder público

Precisa haver a criação e gestão adequadas do conselho comunitário, de igrejas universidades (estudantes e estagiários de Direito, Psicologia, etc.), o voluntariado, bem como os agentes do governo federal (Ministérios) e dos governos estaduais (Secretarias) da Saúde, Educação e Trabalho no interior do sistema prisional, cadeias públicas e penitenciárias brasileiras.

A construção de novos presídios nunca foi recomendada pela doutrina e literatura especializadas. Primeiro, retira-se do cárcere antes de se pensar em prender. Quanto mais presídios, mais presos e maior será a superlotação prisional, pois quando sobram vagas se tem mais espaço físico, aumentando a vontade de encarcerar inconscientemente.

No momento, é preciso reformar e readaptar os presídios já existentes (meio prazo), diminuir drasticamente a população de presos provisórios (curto prazo) e reconhecer, efetivar e agilizar os direitos dos presos condenados (curto prazo).

A primeira Constituição do Império do Brasil, de 1824, já estabelecia, no artigo 179, que: *“As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes”*.

Consta na Lei nº 7.210/1984 que:

Art. 203. No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não autoaplicáveis.

§ 1º Dentro do mesmo prazo deverão as Unidades Federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei.

§ 4º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança.

Na Carta Magna da República Federativa do Brasil de 1988 encontramos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

XLVII – não haverá penas:

e) cruéis;

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

A Lei nº 4.898/1965, da época do regime militar, taxativamente prevê:

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;

b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;

d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;

f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;

g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;

h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;


i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. (Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)

Art. 5º Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Art. 6º O abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa civil e penal.

Parece que nada será feito, e as autoridades continuam “enxugando gelo”, e demagogicamente apenas falando na necessidade de respeito aos direitos humanos dos presos, processando e prendendo cada vez mais, como se fosse uma resposta útil à sociedade.

Até quando essa irresponsável situação manterá a barbárie estatal?

Só sei que o caos é presente e a explosão do sistema prisional está só começando. 



ARQUIVO PESSOAL

CÂNDIDO FURTADO MAIA NETO é procurador de Justiça do Ministério Público do Paraná. Doutor em Direito Penitenciário pela Universidad del Zulia – Maracaibo/Venezuela, com a tese intitulada “Enfoque Criminológico de las Estrategias Represivas del Descubrimiento a la Modernidad en Brasil (Estudo Histórico de Direito Penitenciário). Ex-secretário de Justiça e Segurança Pública do Ministério da Justiça. Ex-presidente da Escola Penitenciária Nacional – MJ. Consultor internacional das Nações Unidas (Missão MINUGUA)



O equívoco da tentativa de aumentar a arrecadação por meio da elevação da tributação

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES

“Os impostos elevados são citados em pesquisa da CNI, em parceria com o Ibope, como o sétimo pior problema hoje existente no Brasil, enquanto a redução dos impostos é a oitava prioridade elencada. Portanto, se os governos quiserem obter mais recursos para fazer frente às suas despesas é necessário um grande programa de combate à sonegação.”

Estamos vivenciando uma época em que, diante da inabilidade do Estado para concretizar medidas para a retomada do crescimento econômico, há a opção pelo velho caminho de aumentar a tributação para gerar receitas. Percebe-se essa tendência em alguns estados, como é o caso do Rio de Janeiro, que aumentou o ICMS de alguns produtos. Além disso, a recente aprovação do projeto de reforma do ISS no Senado Federal incrementa ainda mais a cobrança de impostos.

Desde que o processo de recessão econômica se instalou sobre o país vale repisar uma declaração do ministro do Planejamento à época, Nelson Barbosa, dizendo que uma das causas da diminuição da arrecadação no Brasil se devia ao fato das empresas estarem deixando de pagar seus tributos¹, somado aos relatórios da Receita Federal do Brasil², justificando essa redução em decorrência das desonerações fiscais, da queda da produção industrial e da venda de bens e serviços.

O comportamento do mercado sempre foi objeto de estudo por parte dos economistas, em que uma das variantes leva em conta os resultados de estímulos inseridos na economia. Uma das pesquisas mais antigas diz respeito à tributação e sua relação com o desempenho econômico, tentando compatibilizar a melhor equação entre a cobrança de impostos e a receita advinda dela, de modo a viabilizar a necessidade do Estado e a satisfação do contribuinte. Adam Smith, em sua obra “A Riqueza das Nações”, já alertava para o perigo de se taxar exorbitantemente, sem ensejar um correspondente aumento da receita, ao afirmar que³:

[...] impostos altos, às vezes pelo fato de reduzirem o consumo das mercadorias taxadas, às vezes por estimularem o contrabando, frequentemente trazem para o governo uma receita inferior daquela que se poderia obter com impostos mais baixos. Quando a diminuição da receita é efeito da redução do consumo, só pode haver um remédio: diminuir o imposto.

Uma das teorias mais difundidas sobre o nexo entre tributação e receita foi construída pelo economista norte-americano Arthur Laffer, que, em 1974, resumiu em uma figura as explicações sobre a relação entre as alíquotas de um tributo e a sua arrecadação. Ele ficou conhecido como integrante de um grupo de economistas do lado da oferta, sendo membro do Reagan’s Economic Policy Advisory Board, durante o governo do presidente Ronald Reagan, dos Estados Unidos da América (EUA). Independentemente de utilizar o conceito desde então, somente em 1985 escreveu um artigo fundamentando-o, intitulado “The Ellipse: An Explication of the Laffer Curve in a Two-Factor Model”.


O escopo central do estudo de Laffer era satisfazer a necessidade do Estado de gerar um maior crescimento econômico e aumentar a arrecadação, sem elevar as alíquotas médias dos tributos. Segundo o economista, isso poderia ser obtido pela diminuição das barreiras limitadoras da produção de bens e serviços, porque quanto mais alta fosse a alíquota média dos tributos, menor seria o estímulo para o trabalho do cidadão, causando um efeito negativo sobre o trabalhador, ensejando uma substituição gradual do labor pelo lazer, na medida em que a recompensa pelo esforço do trabalho estaria eliminada por um critério utilitarista. Para resumir, essa ideia partiu de uma representação figurativa, formada por uma meia elipse ou “U” invertido, tendo como relações opostas as alíquotas tributárias e as

receitas advindas destas, ambas calculadas em função de um intervalo que variava entre 0% a 100%.

Segundo as argumentações do economista, a receita tributária aumentaria de acordo com o aumento da alíquota média, até atingir o nível ótimo (que corresponderia ao ponto mais alto da meia elipse ou “U” invertido). A partir desse marco, o aumento da alíquota média não geraria o correspondente aumento das receitas, posto que os cidadãos passariam a substituir o trabalho pelo lazer em razão da evidente falta de estímulo em aumentar o esforço empregado no trabalho, reduzindo, da mesma forma, o nível da atividade econômica, fator que traria reflexos negativos para a arrecadação.⁴

Outro dos pontos centrais tratados por Laffer como consequência do aumento das alíquotas médias, ou carga tributária de uma forma geral, para além do ponto ótimo da tributação, é o estímulo à sonegação fiscal, resultando no crescimento das atividades informais em função do desestímulo aos negócios formais.

É imprescindível aplicar a referida fórmula à tributação existente no Brasil. Para tanto, basta lembrar da alta carga tributária (mais de 36%) e verificar a atual situação econômica, cuja conclusão deve ser totalmente contrária ao aumento da tributação, pois estamos atingindo o topo da curva de Laffer, ocorrência que não provocará o aumento desejado de arrecadação com a elevação da tributação, além de ampliar ainda mais a sonegação, que, segundo estudos do Sinprofaz, chega a 10,1% do PIB anualmente, correspondendo a R\$ 518,2 bilhões, considerando-se o PIB de 2014.⁵

Os impostos elevados são citados em pesquisa da CNI, em parceria com o Ibope, como o sétimo pior problema hoje existente no Brasil, enquanto a redução dos impostos é a oitava prioridade elencada.⁶ Portanto, se os governos quiserem obter mais recursos para fazer frente às suas despesas é necessário um grande programa de combate à sonegação. 

NOTAS

- 1 LÔBO, Cristiana. Lava Jato contribui para frear economia, avalia governo. G1. *Os Bastidores da Política*, Brasília, 27/07/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/lava-jato-contribui-para-frear-economia-avalia-governo.html>> Acesso em: 27 jul. 2015.
- 2 RECEITA FEDERAL DO BRASIL (RFB). *Análise da Arrecadação das Receitas Federais*, junho 2015.
- 3 SMITH, A. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 145.
- 4 LAFFER, A. B. The Ellipse: An Explication of the Laffer Curve in a Two-Factor Model. In: CANTON, V. A.; KADLEC, C. W.; LAFFER, A. B. *The Financial Analyst's Guide to Fiscal Policy*. Greenwood Press, New York, 1986, p. 1-35.
- 5 SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL (SINPROFAZ). *Sonegação no Brasil – Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação do Exercício de 2014*. Disponível em: <<http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/sonegacao-no-brasil%E2%80%93uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2014>> Acesso em: 08/06/2015.
- 6 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). *Retratos da Sociedade Brasileira. Problemas e prioridades*. Ano 5. Número 22. Janeiro de 2015.



ALLAN TITONELLI NUNES é procurador da Fazenda Nacional, Especialista em Administração Pública pela FGV, Especialista em Direito Tributário pela Unisul, ex-presidente do Fórum Nacional da Advocacia Pública Federal e do Sinprofaz.

Uma reforma das garantias para ampliar o acesso ao crédito

■ POR FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA



Foi publicado o relatório “Doing Business” 2017, do Banco Mundial (os indicadores se referem a junho de 2016), que analisa dados de 190 países, divididos em dez temas. Nele, chama a atenção a posição do Brasil no *ranking* geral de eficiência (123º), mas também as discrepâncias entre temas como a proteção de minoritários (32º) e o acesso ao crédito (101º), afetando as chances de recuperação econômica e alimentando o mito da “Belíndia”. A sua gravidade parece ter chamado a atenção do governo, se tomarmos por base a entrevista concedida ao jornal *Valor Econômico* pelo presidente do BC Ilan Gold-

fajn, em 31 de outubro de 2016, citando como “pilares” da agenda de trabalho o acesso e o custo do crédito. Mas o que podemos propor no ambiente brasileiro?

Algumas respostas são dadas pelo Banco Mundial. O acesso ao crédito é medido por um índice dividido em dois temas: informações sobre crédito (8 pontos), que abrange cadastros e bancos de dados; e a eficiência do ambiente legal (12 pontos). Embora o Brasil tenha a nota 7/8 no primeiro tema, recebe apenas dois pontos no segundo. Cada um de doze critérios objetivos vale um ponto no índice do ambiente legal.

O primeiro aspecto diz respeito à existência de um sistema harmônico e integrado, com adoção de equivalência funcional entre garantias de diferentes naturezas. Eis algo distante da nossa realidade, pois admitimos formas concorrentes de garantias, como penhor, alienação fiduciária, reserva de domínio, privilégios e direitos de retenção. Para cada uma, há regras distintas e casuísticas, que tornam o sistema de garantias ilegível, além de resultarem em menor transparência e na chamada “arbitragem regulatória”. Essa constatação não é nova, e a solução de “equivalência funcional” – uma única regra para todas as formas – surgiu nos Estados Unidos há mais de 50 anos, no famoso art. 9º do *Uniform Commercial Code*.


Em julho de 2016, foi aprovada a lei modelo da ONU/UNCITRAL sobre garantias reais mobiliárias. Desde 2015, pude participar das sessões de discussão, em Viena e Nova York, como observador-acadêmico credenciado pelo Itamaraty. Seguindo o exemplo norte-americano, é sugerido um sistema “funcional e unitário”: não só deve haver uma única regra, como também a lei deve regular uma única garantia, uma espécie de *super-hipoteca mobiliária*. Não é nada estranho, portanto, que um sistema simples e direto seja visto como uma forma de melhorar o ambiente regulatório, de combater a assimetria de informação e de facilitar o acesso ao crédito. Vários autores apontam esses benefícios, seja na linha de *Law and Economics* ou noutra mais próxima da nossa tradição jurídica. O sucesso dessas soluções no ambiente de “Lei Civil” pode ser verificado na Colômbia, que é a 53ª colocada no *ranking* geral e a segunda colocada no *ranking* mundial de acesso ao crédito, desde que concluiu a reforma das garantias, em 2015.

Todos os outros aspectos derivam da mesma visão de simplificação e transparência. Os critérios 2 a 4 do Banco Mundial tratam de diferentes extensões de “garantias flutuantes”, na forma de penhor não possessório, seja sobre uma categoria de bens, sobre (quase) todos os bens móveis do garantidor ou sobre bens futuros, extensíveis aos frutos, ao produto da alienação ou aos bens substitutos. Para o item 5, deve ser possível garantir todas as espécies de obrigações, inclusive por garantias *omnibus* ou “all-sums”. Os itens 6 a 8 tratam da publicidade das garantias mobiliárias: um sistema registral unificado, com abrangência nacional e indexação eletrônica, pelo indicador pessoal do garantidor (nome e CPF/CNPJ); o registro não deve requerer qualquer “qualificação” do título, mas apenas a submissão de “formulários”, e toda espécie de garantia deve sujeitar-se ao mesmo registro; por último, a interação com o registro deve ser possível por meio eletrônico. A universalização do registro, quanto ao objeto do penhor, é uma medida relevante para o acesso ao crédito por pequenas e médias empresas, cujo maior patrimônio são estoques e outros bens móveis.

Os itens 9 a 12 tratam da eficácia das garantias. Primeiro, afirma-se que o credor garantido deve ser pago antes dos créditos tributários e trabalhistas, seja no concurso singular ou universal. Aqui vale uma ressalva, para evitar alarmismo: o Brasil

“Em julho de 2016, foi aprovada a lei modelo da ONU/UNCITRAL sobre garantias reais mobiliárias. Desde 2015, pude participar das sessões de discussão, em Viena e Nova York, como observador-acadêmico credenciado pelo Itamaraty. Seguindo o exemplo norte-americano, é sugerido um sistema “funcional e unitário”: não só deve haver uma única regra, como também a lei deve regular uma única garantia, uma espécie de super-hipoteca mobiliária. Não é nada estranho, portanto, que um sistema simples e direto seja visto como uma forma de melhorar o ambiente regulatório, de combater a assimetria de informação e de facilitar o acesso ao crédito. Vários autores apontam esses benefícios, seja na linha de *Law and Economics* ou noutra mais próxima da nossa tradição jurídica. O sucesso dessas soluções no ambiente de “Lei Civil” pode ser verificado na Colômbia, que é a 53ª colocada no ranking geral e a segunda colocada no ranking mundial de acesso ao crédito, desde que concluiu a reforma das garantias, em 2015.”

já adota solução semelhante, pois a propriedade fiduciária exclui os bens de todo concurso; ademais, a ordem de prioridades na falência, modificada em 2005, confere às garantias reais uma posição mais privilegiada que os créditos fiscais, além de limitar a prioridade dos trabalhistas. Poderíamos aproveitar da UNCITRAL, entretanto, o conceito de que é o financiamento à produção e à aquisição de bens – e não a natureza desta ou daquela garantia – que deve receber tratamento prioritário. Admite-se também que a realização das garantias seja suspensa na recuperação judicial, mas os direitos dos credores devem ser preservados e o período de suspensão, limitado. Finalmente, recomenda-se a predominância de formas extrajudiciais de realização das garantias.

Dos exemplos citados, tiramos duas lições. A primeira, de que as garantias devem ser avaliadas sob uma visão global e sistemática, muito difundida na Europa – na França, criou-se em 2006 um quarto livro do Código Civil, chamado “Das Garantias”. A segunda, de que o custo e o acesso ao crédito são diretamente dependentes do ambiente regulatório das garantias. Em razão disso, é preciso ter garantias simples, baratas, flexíveis e eficazes. Infelizmente, a conclusão do Banco Mundial é de que (quase) nada disso pode ser encontrado no Brasil. Precisamos discutir uma reforma ampla das garantias. 



ARQUIVO PESSOAL

FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA formou-se bacharel e é mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP. Concluiu, em 2016, Tese de Doutorado em Direito Civil em dupla titulação, na Université Panthéon-Assas (Paris 2) e na USP, em que propõe uma reforma global das garantias no Brasil. Por indicação do Itamaraty, integrou a delegação brasileira perante o Grupo de Trabalho VI da UNCITRAL, que aprovou, em 2016, a lei modelo da ONU sobre garantias mobiliárias. É advogado no escritório Pinheiro Neto. É também autor do livro “Garantias Imobiliárias em Contratos Empresariais: Hipoteca e Alienação Fiduciária”, publicado em 2014 pela Ed. Almedina.

Relativizando a tortura ou o retorno da barbárie

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

Realmente, não é possível conceber a História como uma sucessão linear de fatos e muito menos dividi-la, a não ser para fins didáticos e esquemáticos, em fases estanques.

A tortura, que já foi legitimada como meio de obtenção de prova, mormente a confissão, há bastante tempo tem sido rechaçada, seja pela sua desumanidade (relativa não somente ao torturado, mas até mesmo ao torturador), seja pela sua inépcia, especialmente quanto a uma suposta “confissão”. Parecia que as lições de Beccaria (1985, p. 46-54) e Verri (1992, “passim”) haviam sido absorvidas em definitivo e que somente marginais do intelecto e da humanidade ainda poderiam recorrer a esse tipo de conduta, mesmo assim sem amparo legal, muito ao reverso, cometendo crime grave, seja nos ordenamentos jurídicos interno ou internacional.

Entretanto, como já explicitado, na qualidade de fenômeno histórico a tortura também não comporta divisões em fases estanques, e muito menos a ilusão de seu fim, ainda que sob o aspecto legalizado. Em sua análise estritamente histórica da tortura, Peters (1989, “passim”) demonstra como essa prática infame se estende pelos séculos e chega à contemporaneidade.

Sempre é bom lembrar o que poeticamente nos ensina Quintana (2000, p. 73): “A História não é uma série de *slides* parados, separados uns dos outros, como nos antigos compêndios de História”.

Fato é que, em pleno século XXI, e mesmo no seio de supostas democracias consolidadas, vão surgindo defensores da prática da tortura institucionalizada (nem é preciso falar de sua tolerância marginal). Como sempre, não faltam as invoções das famigeradas “razões de Estado”, que em todos os tempos têm surgido para os homens como justificção admissível para qualquer crime ou barbaridade (MELLOR, 1960, p. 21).

Greco expõe a discussão atual sobre o tema e seu acirramento em face do terror global, ao afirmar que:

Por conta disso tudo, novas discussões têm sido realizadas sobre a possibilidade/necessidade do uso oficial da tortura como mais um instrumento de ‘defesa’ contra o terrorismo. Essas discussões ocorrem, principalmente, em países que vivem, ou pelo menos já viveram, as consequências dos atos terroristas, e entendem que o uso oficial da tortura terá o condão de auxiliar o combate a essas células criminosas, que contam, cada dia mais, com a simpatia de jovens, cujas mentes vêm sendo ‘lavadas’ com discursos mentirosos e

“Somente numa situação em que se ensaia (na melhor das hipóteses) um chafurdar na lama da barbárie, é que se pode conceber ideias como a do retorno da tortura institucionalizada. É inegável a lição de Mário Ferreira dos Santos (2012, p. 27) de que “uma das mais acentuadas características do barbarismo” é a apresentação da “força como superior ao direito”. E nesse contexto “o direito afasta-se do campo da Ética para integrar-se apenas ao campo da Política””

doentios. [...] É comum, durante as discussões jurídicas, o argumento de que não existem direitos absolutos, e, hoje, a utilização da tortura, como forma não somente de obter a confissão pela prática de determinados crimes mas, principalmente, como meio de investigação, a fim de identificar agentes terroristas, evitando-se o cometimento de atentados, tem sido corriqueiramente mencionada, principalmente na Europa e nos Estados Unidos (GRECO, 2016, p. 169).

Há uma espécie de polarização dos entendimentos acerca dessa questão. Uns entendem que a tortura deveria ser regulada e aplicada novamente de forma institucional para certos casos graves. Outros (a nosso ver com plena razão e sanidade mental) advogam a tese de que a tortura não é jamais admissível em quaisquer circunstâncias e nunca mais deve ser institucionalizada.

Retornando a Greco, vale explicitar o exemplo mais usado para defender a tese da “redescoberta” da tortura como meio de investigação:

Um dos exemplos mais utilizados para justificar a discussão sobre o uso legítimo da tortura diz respeito à chamada bomba – relógio. Assim, de acordo com a discussão mais atual, se um terrorista, v.g., for surpreendido numa escuta telefônica, dizendo que havia colocado a bomba – relógio no local acordado e, em razão desse contato telefônico, que estava sendo monitorado em tempo real, é descoberto seu endereço e sua prisão realizada antes da detonação do explosivo, pergunta-se: Seria possível o uso da tortura, com o fim de descobrir o local onde havia sido colocado o artefato explosivo e, conseqüentemente, salvar a vida ou preservar a integridade física de inúmeras pessoas? (GRECO, 2016, p. 171).

O mesmo autor cita ainda como resposta o escólio de Terestchenko, ao qual temos acesso:

Pressupõe (a questão da bomba – relógio) que os serviços de informação ou a polícia saibam com absoluta certeza, que detiveram um terrorista prestes a cometer um atentado. Mas este pressuposto é extremamente improvável. Trata-se de descobrir somente a localização da bomba e a hora exata de seu disparo iminente, porque o resto já é conhecido? As coisas não são bem assim. Em todos os casos conhecidos, a iminência do

ato – que deve ser questão de horas, talvez de dias – é ignorada: no máximo é considerada uma eventualidade. É possível que a tortura possa revelar essa informação, mas, como não existe um conhecimento prévio, qual a razão da tortura neste prisioneiro? Podemos ter certeza de que milhares de indivíduos não serão entregues a semelhantes sevícias porque um ou mais deles poderiam estar informados de um futuro projeto de atentado? Na falta de informações prévias, devidamente comprovadas e confirmadas, a hipótese da ‘bomba – relógio’ traz o risco de abrir precedentes a abusos, em contradição com suas premissas, que são extremamente rigorosas (TERESTCHENKO, 2011, p. 93-94 – interpolação nossa).

E com ainda mais ênfase prossegue o autor:

Ora, a justificativa da tortura implica que as autoridades tenham absoluta certeza, caso contrário é de fato uma porta aberta para todos os excessos. Qualquer um poderá ser suspeito de dispor de informações sobre possíveis futuros atentados. Lembremos, correndo o risco de nos repetir, que o argumento da ‘bomba – relógio’ exige que o atentado seja iminente, e que se tenha conhecimento dele. Esta dupla condição do conhecimento seguro da iminência da explosão e da oportunidade da tortura é exigida pelo paradigma, mas na realidade o que as autoridades avaliam é a *possibilidade*, maior ou menor, deste acontecimento. Portanto, tratar-se-ia de um simples risco; a tortura não pode ser considerada legítima de acordo com os próprios requisitos desse paradigma. Em situação de incerteza, milhares de inocentes é que serão entregues nas mãos dos carrascos (TERESTCHENKO, 2011, p. 94).

Ademais, retomando os ensinamentos de Greco:

Liberar o uso oficial da tortura seria igualar o Estado do criminoso, decretando-se, conseqüentemente, a sua total falência na obrigação de proteger a população em geral, com a preservação de seus direitos fundamentais (GRECO, 2016, p. 175).

Isso porque, segundo o mesmo autor:

A tortura, não importando a situação, não se considerando a sua motivação, é uma abominação que não deve ser tolerada pelo Estado e este deve punir com rigor os funcionários públicos que a praticam (GRECO, 2016, p. 161).

Não poderia a tortura, ainda que afastada a tese da proporcionalidade, ser acobertada por uma excludente de antijuridicidade de acordo com a análise de algum caso concreto, tais como a legítima defesa de terceiro ou o estado de necessidade?

Em estudo monográfico sobre o tema, Sabrina Kim (2008, p. 46) esclarece, após apresentar farta discussão, que as duas excludentes aventadas “só podem ser arguidas pelo cidadão, e não pelo Estado”. Por seu turno, Roxin (2009, p. 12) afirma claramente a antijuridicidade de qualquer conduta de tortura e somente considera “pensável” eventual “exculpação” supralegal em situações-limite. E isso não significa jamais admitir a regulamentação legal da tortura ou mesmo sua “justificação”. O autor se refere a mera “exculpação”, não afastando a configuração do “injusto penal”.

Resta claro, segundo Greco e Leite, que:

[...] ele também rechaça, de modo decidido, certos recentes esforços em aplicar o estado de necessidade ou a legítima defesa à tortura, quando ela seja o único meio para salvar vidas ameaçadas, e releva que, no máximo, pode-se cogitar de uma exculpação (GRECO; LEITE, 2011, p. 118).

A argumentação de Terestchenko é relevante, porque não se pode basear uma regra jurídica, ainda mais uma norma restritiva dos direitos individuais, num simples exemplo hipotético, até mesmo *possível*, mas que sequer chega à casa da *probabilidade*¹. Inobstante tal assertiva ser importante sob o aspecto pragmático, tem razão também Luís Greco (2009, p. 10-11) ao afirmar que é preciso aprofundar as razões para o rechaço absoluto da tortura em argumentos sólidos sob o ponto de vista do conteúdo intrínseco. Esse autor afirma que somente com a análise dessa espécie de argumentos se pode “testar a firmeza da convicção” contra a tortura, ainda que em casos extremos hipotéticos. E, neste aspecto, a atitude de esquivar do caso da “bomba-relógio”, com referência à sua “diminuta probabilidade de ocorrência”, não é suficiente, embora não seja desprezível (GRECO, 2009, p. 18-19).

Há implicações de fundo ético inadmissíveis numa pretensa relativização da prática da tortura. O autor observa, por exemplo, que a admissão da tortura em certos casos de forma legalmente sustentável significa a proposição implícita de que “a dignidade é algo que se pode perder em razão de um comportamento prévio”, o que se pode denominar de “regra da decadência” da dignidade humana. Ou seja, um ser humano simplesmente pode “decair” de seu “status dignitatis” devido ao seu comportamento. A dignidade humana se tornaria algo “disponível”, inexistindo uma “dignidade *per se*”, sustentada no “mero fato de ser um ser humano” (GRECO, 2009, p. 18-19).

Essa *dignidade humana precária*, de acordo com o mesmo autor:

[...] seria uma qualidade externa que se agrega aos seres humanos que a merecem, e que, por isso, também pode ser deles retirada ou sujeita a uma condição resolutiva cuja verificação transformaria o afetado num indivíduo de segunda categoria (GRECO, 2009, p. 18-19).

Neste ponto é impossível não perceber que o renascimento da malfadada ideia da tortura institucionalizada tem enorme afinidade com a chamada “Teoria do Direito Penal do Inimigo”. Nesse pensamento, “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios de pessoa”. Ora, então é claro e evidente que a pessoalidade, a condição humana é algo descartável, opcional, seja para o indivíduo, seja para a sociedade ou o Estado. Abre-se a brecha para a classificação de pessoas e não pessoas, o que já provocou tantas atrocidades na História (v.g. nazismo, escravidão etc.) (JAKOBS, 2007, p. 36).

Além disso, Luís Greco (2009, p. 20) chama a atenção para o fato de que também está implícito que “a dignidade é algo que apenas se tem de respeitar na medida em que os custos desse respeito não ultrapassem um determinado limite”. É o que o autor chama de “regra dos custos”. A questão fica em um plano de cálculo utilitário que enseja a possibilidade de instrumentalização das pessoas “para fins alheios”. Note-se que, ao se admitir tal regra, a tortura não precisa mais se limitar a terroristas e criminosos, mas pode se estender a terceiros (v.g. os filhos e entes queridos desses criminosos ou terroristas). Afinal, tudo está submetido a um

simples cálculo da relação entre o custo e o benefício, e não erigido sobre uma base principiológica consistente.

Acontece que, na verdade, a proibição da tortura se dá porque ela consiste em um ato de exclusão espúrio, já que com ela se “exclui o indivíduo do círculo de cidadãos em cujo nome o Estado pode pretender atuar” (GRECO, 2009, p. 24).

De acordo com Luís Greco, efetivamente:

Submeter a dignidade humana a uma reserva de custos é, na verdade, renunciar à dignidade, vez que dignidade significa, primariamente, um valor intrínseco completamente independente dos interesses dos demais. Em outras palavras, o respeito à dignidade humana é uma consideração deontológica (em sentido kantiano), cuja obrigatoriedade é de todo independente das boas e más consequências que o atendimento dessa exigência pode ter (GRECO, 2009, p. 26).

E conclui o autor em destaque, com extremado acerto, que:

Uma proibição de tortura inviolável quaisquer que sejam as circunstâncias e, assim, absoluta, somente pode ser fundamentada por quem argumente de uma perspectiva deontológica e, por isso, independente de qualquer empirismo (GRECO, 2009, p. 33).

Não bastasse isso, a admissão da tortura para casos excepcionais se apresenta como uma porta aberta para a expansão de outras quebras de direitos fundamentais e a transmutação da excepcionalidade em regra. Há o iminente risco de uma ladeira ou “declive escorregadio” (*slippery slope*). Na realidade, não há como saber quem será a vítima da aplicação da tortura. O próprio defensor da tese de sua aplicação ou seus parentes e amigos mais íntimos, amanhã podem ser os sujeitos passivos dessa barbaridade, tal como aconteceu com a guilhotina na Revolução Francesa (GRECO, 2009, p. 28).

A História já comprovou que não é correta a assertiva segundo a qual “se deve temer mais os particulares do que o Estado” (GRECO, 2009, p. 31). O Estado, dotado de poderes exorbitantes, sem os limites do garantismo negativo, pode facilmente se concolar, e essa é, na verdade, sua tendência, em um enorme carrasco cego e sanguinário.

A realidade, sob os prismas normativos interno e externo, é que a Constituição Federal abomina a prática da tortura e não prevê qualquer exceção a essa regra (inteligência do art. 5º, III e XLIII, CF). Por seu turno, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ratificada em solo pátrio, em 20 de julho de 1989, assim estatui em seu art. 5º:

Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou de emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas. Nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura.

Ora, em estreito resumo, o que a normativa convencional está a dizer é que simplesmente não existe “desculpa” para a tortura. Não há, em suma, motivação que se preste como idônea para a admissão da prática da tortura.

“A relação transdisciplinar entre o Direito Constitucional brasileiro e o Direito Internacional não permite, de forma alguma, prosperar qualquer argumentação quanto à aceitação da tortura como meio de obtenção de prova ou para qualquer finalidade, sob qualquer pretexto. Mas, e o terrorismo, e as organizações criminosas? Para além do fato já repisado de que não há pretextos para o acatamento argumentativo nesse aspecto, não se pode esquecer que o que se operaria nada mais seria do que a troca do terrorismo de grupos ou indivíduos pelo chamado “terrorismo de Estado” e do crime organizado pela instituição de um “Estado criminoso”.”

Trata-se de um “direito absoluto” que não comporta exceções ou aplicação de proporcionalidade ou razoabilidade. Em geral, se parte para a defesa da tortura institucionalizada exatamente afirmando a relatividade dos direitos fundamentais individuais, mas se olvida que esta assertiva não é válida nem para a tortura nem para o direito de não ser escravizado. Esses são direitos fundamentais inalienáveis e inquebrantáveis, seja por qualquer pretexto ou circunstância.

É imprescindível o ensinamento de Bobbio:

“Inicialmente cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há exigência de não serem limitados nem mediante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais (BOBBIO, 1992, p. 20 – grifos nossos).

É preciso ter em mente que liberar a tortura com base em qualquer ideia de proporcionalidade, legislar a tortura, ainda que para limitá-la a certos casos excepcionais, significa esgarçar o tecido social civilizatório e ingressar na barbárie mais profunda e obscura. Nas palavras bem postas de Terestchenko:

Legalizar a tortura, seja positivamente, autorizando certos métodos, seja negativamente, deixando-os escapar à sanção do juiz, significa mais do que votar uma ‘lei abominável’ ou uma ‘lei criminosa’: é fazer da lei um germe destruidor do vínculo social, ou seja, armar a lei contra a sociedade que o Estado tem como finalidade regular. Na realidade, é uma espécie de suicídio político ((TERESTCHENKO, 2011, p. 144).

Nas palavras conclusivas de Alec Mellor, em sua obra sobre a tortura ao longo dos tempos:

[...] no hay orden humano construido sobre el envilecimiento del Hombre, ni triunfo de clase sobre las ruinas del Espiritu, ni Justicia levantada sobre el Crimen, aunque éste sea policial (MELLOR, 1960, p. 344).

Não se olvide ainda que qualquer legislação no Brasil que pretenda oficializar a prática de tortura constituiria um “retrocesso social”. E sobre o tema, como assenta Cambi (2009, p. 227-229), existe a chamada “cláusula de proibição de retrocesso social”, segundo a qual os direitos fundamentais “já consolidados não podem ser suprimidos” nem mesmo “por via de novas Constituições ou Convenções Internacionais”. Essa “cláusula de proibição de retrocesso social” é prevista no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 5º, § 1º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 5º, § 1º). A Constituição portuguesa prevê expressamente a “proibição de retrocesso social” em seu art. 18.3. No Brasil, afora as normativas internacionais ratificadas, tal proibição pode ser inferida da “garantia do devido processo legal em sentido substancial”, da “noção de Estado Democrático de Direito” (art. 1º, “caput”, CF) e também da “cláusula pétreia contida no art. 60, § 4, IV, CF.

Como salienta Fernanda de Carvalho Lage, o Estado Democrático de Direito se caracteriza por uma abertura à internacionalização, ao mundo, ao cosmopolitismo. E isso está mais do que evidenciado no art. 4º e incisos da CF, especialmente os incisos II e IX, que tratam, respectivamente, da prevalência dos Direitos Humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Ora, como se pode sobre esses dois temas quando se admite tamanho retrocesso como a admissão da tortura institucionalizada? Percebe-se claramente nesse contexto que a “cláusula de proibição de retrocesso social” tratada por Eudardo Cambi (2009) está, no mínimo, implícita na ordem constitucional brasileira, para não dizer propriamente explícita em razão de o país ser regido nas relações internacionais por uma busca pelo “progresso” da humanidade. Até pelo princípio lógico da não contradição se conclui que a busca de “progresso” humano não se pode realizar por via de “retrocessos” sociais (LAGE, 2016, p. 30).

E o retrocesso é mais que óbvio, pois como expõe Wolkmer (1994, p. 34), as chamadas “revoluções liberais” são marcadas por três pontos essenciais: a) o aspecto econômico (mercado livre, propriedade privada e liberdade de iniciativa); b) o aspecto político-jurídico (*Estado de Direito*, soberania do povo, *supremacia da Constituição*, separação de poderes e *direitos civis e políticos*) e c) o aspecto ético-filosófico (*liberdade individual*, tolerância, otimismo vital e *individualismo*). Ora, tais “revoluções” já se operaram e trouxeram conquistas constitucionais e convencionais no Brasil e no mundo, embasadas nesses pontos essenciais (com maior ênfase no caso da tortura para os itens destacados em itálico). Portanto, mais que óbvia é a conclusão de que de uma “revolução” ou de várias “revoluções” ocorridas ao longo dos séculos e suas conquistas estar-se-ia promovendo uma “involução” evidente com o retorno da tortura institucional.

Além disso, não se pode deixar de lado a influência dos tratados e convenções internacionais no âmbito interno. As normas que estabelecem internacionalmente, conforme acima demonstrado, a “proibição de retrocesso”, vedam o bárbaro retorno à prática da tortura no sistema processual penal. E mais, a norma cogente e inflexível do art. 5º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura não

admite exceções ou justificativas para sua prática, de modo que não há espaço argumentativo em contrário.

Ainda tratando do art. 4º da CF, Lage assim se manifesta, trazendo em reforço o escólio de Lafer:

O referido artigo é indicativo da abertura ao Direito Internacional como uma das dimensões caracterizadoras do Estado Democrático de Direito, vez que os princípios nele positivados estão próximos daqueles que regem a comunidade internacional. [...] O art. 4º demonstra, assim, a complementaridade entre o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional e também a irradiação de conceitos presentes no âmbito dos Direitos Humanos para o plano do Direito público interno (LAGE; LAFER, 2005, “passim”).

A relação transdisciplinar entre o Direito Constitucional brasileiro e o Direito Internacional não permite, de forma alguma, prosperar qualquer argumentação quanto à aceitação da tortura como meio de obtenção de prova ou para qualquer finalidade, sob qualquer pretexto. Mas, e o terrorismo, e as organizações criminosas? Para além do fato já repisado de que não há pretextos para o acatamento argumentativo nesse aspecto, não se pode esquecer que o que se operaria nada mais seria do que a troca do terrorismo de grupos ou indivíduos pelo chamado “terrorismo de Estado” e do crime organizado pela instituição de um “Estado criminoso”.


Fato é que muito da insegurança que motiva a cogitação de se apelar para o extremo da tortura na apuração de certas infrações consiste na realidade de que vivemos em um tempo no qual “a despeito” de todo “acúmulo de conhecimentos positivos”, “jamais o homem soube menos quem ele era” (HENRY, 2012, p. 136). Há uma lamentável perda da noção de humanidade, uma equalização entre o homem e as coisas, chegando-se à reificação zoológica no seio da qual se esvanece o valor e o conceito de humanidade, de personalidade, que se conformou na ética cristã, passou de empréstimo secularizado pelo Iluminismo e chegou a trancos e barrancos até a atualidade. Como bem aduz Tercio Sampaio Ferraz Júnior, em apresentação da obra de Marília Muricy (2015, p. 10), na atualidade torna-se difícil a referência a “uma imagem coerente do homem”. Isso porque vivemos em:

[...] uma sociedade obsessivamente preocupada em definir e proclamar uma lista crescente de direitos humanos, mas impotente para fazer descer esses direitos do plano de um formalismo abstrato e inoperante e leva-los a uma efetivação concreta nas instituições e práticas sociais.

Também não é desprezível o clamor midiático e sua influência nefasta, contaminando o mundo das ideias e até mesmo fazendo emergir do nada supostos “especialistas” em todas as mais diversas áreas, principalmente na Segurança Pública e no Direito. Conforme bem destaca Henry, “A mídia corrompe tudo em que toca”. Dá voz à mediocridade e à ignorância, empresta a fala “àqueles cujo discurso se tem certeza de ser entendido: aqueles que não sabem nada e não têm nada a dizer” (HENRY, 2012, p. 172).

Ela é um Midas ao reverso, transformando em excremento tudo em que põe a mão. E o pior é que diversamente do ouro, o excremento é comestível. Ao final, esse regime irá destruir o consumidor, mas levará algum tempo.

Sim, somente numa situação em que se ensaia (na melhor das hipóteses) um chafurdar na lama da barbárie, é que se pode conceber ideias como a do retorno da tortura institucionalizada. É inegável a lição de Mário Ferreira dos Santos (2012, p. 27) de que “uma das mais acentuadas características do barbarismo” é a apresentação da “força como superior ao direito”. E nesse contexto “o direito afasta-se do campo da Ética para integrar-se apenas ao campo da Política” (SANTOS, 2012, p. 28).

Institucionalizar a tortura, ainda que excepcionalmente (ao menos no início), equivale a jogar no lixo o mínimo civilizatório conquistado a duras penas pela humanidade ao longo dos séculos. 

NOTA

- 1 Sobre o tema, vale a lição de Pitombo: “Juízo possível consiste naquele que, logicamente, não é contraditório. Inexistem razões fortes pró ou contra. Emerge neutral, assim: é possível que o homem seja o homicida, mas é possível que não o seja. Juízo provável é o verossímil. Aproxima-se da verdade, sem, necessariamente, ser verdadeiro. Parte de razões fortes, porém, ainda não decisivas. Não bastante suficientes. Surge aneutral, assim: é provável que o homem seja o homicida por causa das provas colhidas, mas talvez não o seja”. (Cf.: PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do Sequestro no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 134-135).

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, Trad. Paulo M. Oliveira, Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 9. ed., Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neopositivismo*, São Paulo: RT, 2009.
- GRECO, Luís, LEITE, Alaor. Claus Roxin 80 anos. *Revista Liberdades*. n. 7, p. 97-123, maio/ago., 2011.
- GRECO, Luís. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba – relógio”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 78, p. 7-40, maio/jun., 2009.
- GRECO, Rogério. *Leis Penais Especiais Comentadas – Crimes Hediondos e Tortura*. v. 1, Niterói: Impetus, 2016.
- HENRY, Michel. *A Barbárie*, Trad. Luiz Paulo Rouanet, São Paulo: É Realizações, 2012.
- JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*, 2. ed., Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KIM, Sabrina. *Da Prova Obtida Mediante Tortura*. Monografia de Especialização em Direito Penal, São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2008.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri: Manole, 2005.
- LAGE, Fernanda de Carvalho. *Democracia, Liberdade e Direitos Humanos. Os postulados teóricos de Amartya Sen*, Lisboa: Chiado, 2016.
- MELLOR, Alec. *La Tortura*, Trad. José GoñiUrriza e German O. Galfrascoli, Buenos Aires: Sophos, 1960.
- MURICY, Marília. *Senso Comum e Direito*, São Paulo: Atlas, 2015.
- PETERS, Edward. *Tortura*, Trad. Lila Spinelli, São Paulo: Ática, 1989.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do Sequestro no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo: José Bushatsky, 1973.
- QUINTANA, Mário. *Da preguiça como método de trabalho*, 4. ed., São Paulo: Globo, 2000.
- SANTOS, Mário Ferreira dos. *Invasão Vertical dos Bárbaros*, São Paulo: É Realizações, 2012.
- TERESTCHENKO, Michel. *O bom uso da tortura*, Trad. Constância Maria Egreja Morel, São Paulo: Loyola, 2011.
- VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, Trad. Frederico Carotti, São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamento de uma nova cultura no Direito*, São Paulo: Alfa Ômega, 1994.



ARQUIVO PESSOAL

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal e membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.



Antonio Oliveira Santos

Procurando sair da crise

A sociedade brasileira está totalmente engajada no debate sobre a atual crise político-econômica e as providências necessárias para sair dela. Há um consenso nacional para encontrar as soluções capazes de superar os entraves e retomar a normalidade das atividades que levam ao desenvolvimento econômico-social, à retomada do emprego e à estabilidade do mercado de trabalho. A voz do povo nas ruas e as manifestações dos trabalhadores se aliam às manifestações intelectuais do mundo acadêmico, dos articuladores políticos e dos grandes líderes empresariais.

Por caminhos diferentes, todos querem sair da crise, adotar medidas salvadoras e retomar a paz social e o desenvolvimento econômico. Chegamos, no momento, ao diagnóstico consensual de que a origem das dificuldades e dos principais obstáculos

está na excessiva dimensão do Estado, na pesada carga tributária e na complexa e asfixiante burocracia oficial. Temos que começar por aí.


Há praticamente duas décadas, o Estado – União, estados e municípios – vem sistemática e seguidamente gastando mais do que arrecada. Da mesma forma que os indivíduos e empresas, isso só é possível mediante crescente endividamento. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o governo federal.

O efeito acumulado desse procedimento é a crise fiscal, caracterizada pela queda dos investimentos, principalmente nos setores de infraestrutura, como transportes e energia, bloqueando o crescimento das atividades econômicas, sem as quais ocorre a retração do mercado de trabalho, a causa do espantoso índice de desemprego atual que deixa cerca de 12 milhões de brasileiros desempregados. Desde o início da recessão, a taxa de desemprego subiu de 6,8% para 11,8%. A cada dia, o número de pessoas ocupadas no mercado de trabalho diminui. Entre julho e setembro de 2016, a população ocupada (54%) recuou 2,4%, passando de 92 milhões de trabalhadores para 89,8 milhões, o mais baixo patamar nos últimos quatro anos. Segundo o IBGE, entre o segundo e o terceiro trimestre do ano passado, 507 mil pessoas deixaram de compor a força de trabalho em razão de terem desistido de procurar emprego.

A questão mais importante na atualidade é a retomada do crescimento econômico e o combate ao desemprego. Para tanto, é preciso criar um ambiente favorável e de segurança jurídica para que os empresários privados se animem a investir e criar novos empregos; é preciso dar flexibilidade às relações capital-trabalho, como o apoio e garantia à terceirização, à flexibilização da política trabalhista, reforçando as negociações coletivas com base na prevalência do negociado sobre o legislado.

Para início de conversa, deixamos claro que a PEC nº 241 não tira recursos da saúde, nem da educação. Esse tem sido o argumento dos que são contra a mudança do governo, negligenciando a responsabilidade necessária para mudar e, assim, abrir novas perspectivas de trabalho e investimentos para tirar o país da mais séria crise político-econômica da História do Brasil.

Em nome do comércio de bens, serviços e turismo, a CNC vem proclamando seu apoio ao programa anunciado pelo novo governo. Nossos associados em 34 federações e mais de mil sindicatos representam cerca de cinco milhões de empresas, que expressam sua confiança nas novas diretrizes econômicas para corrigir os graves erros do passado e retomar o caminho da estabilidade e do crescimento.

As dificuldades da crise fiscal ainda estão longe de serem equacionadas e superadas. Em paralelo com a explosão da dívida pública temos a tragédia do INSS, tanto no setor público como no setor privado. No SGPS, em um ano, entre janeiro e setembro de 2015 e 2016, as receitas caíram 6,7%, para R\$ 258,8 bilhões, e as despesas cresceram 10,4%, para R\$ 373 bilhões. Os atuais 28,7 milhões de beneficiários do INSS têm uma taxa de expansão anual entre 2% e 3%, enquanto cai o número de contribuintes para financiá-los. Entre janeiro a setembro de 2016, o desequilíbrio do INSS atingiu o recorde histórico de R\$ 112,6 bilhões, principal responsável pelo déficit primário do governo central. 

ANIMAIS BIOÉTICA E DIREITO

Tereza Rodrigues Vieira
Camilo Henrique Silva
Coordenadores



R\$ **45,00**
FRETE GRÁTIS

Os artigos compilados nesta obra retratam algumas das infundáveis discussões acerca da relação entre os seres humanos e os animais, enfrentando os principais desafios bioéticos e jurídicos oriundos dessa delicada convivência. Instiga ainda, o leitor a realizar reflexões acerca de temas polêmicos e que necessitam de uma análise mais acurada para que o Poder Judiciário tenha subsídios no julgamento de litígios que versem sobre os temas abordados.

Telefone (61) **3225-6419**

