

conceito jurídico

ano III | dezembro de 2019 | nº 36



Marcelo Diniz Barbosa

Uma retrospectiva em
tópicos tributários **Pág. 6**



Entre o direito dos animais e a (ir)racionalidade humana



ENFOQUE

Regis Fernandes
de Oliveira

O Juiz do Novo Direito



VISÃO JURÍDICA

Almir Pazzianotto Pinto

O Brasil e as normas da OIT



TENDÊNCIAS

Eudes Quintino de
Oliveira Júnior

A ciência e a *cannabis sativa*

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, 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, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, 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, Youssef S. Cahali.

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Redação e Correspondência

artigos@zkeeditora.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

comercial@zkeeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

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

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

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


zakarewicz
editora



2020, o ano do perdão

■ POR JOSÉ FRANCISCO KERR SARAIVA

Nos últimos anos, a radicalização dos discursos no contexto da polarização política do Brasil criou um clima de rancor até então pouco comum à nossa população, historicamente mais identificada pelo pluralismo e tolerância. Infelizmente, as discussões partidário-ideológicas têm separado amigos, parentes e criado novas inimizades. Vale refletir sobre a oportunidade de reverter esse clima de animosidade e converter 2020 no “ano do perdão”.

Tal atitude seria muito positiva para a sociedade e para a própria política, considerando que na democracia não se tem inimigos políticos, mas adversários, todos convergindo para a defesa e a prevalência da vontade da maioria, com respeito aos direitos individuais e coletivos, às leis, às minorias e à ética como pressuposto civilizatório.

Além disso, perdoar é fundamental para a saúde mental e faz muito bem ao coração, segundo trabalho da psicanalista Suzana Avezum, que estudou 130 pessoas entre 2016 e 2018. A pesquisa foi apresentada no 40º Congresso da Sociedade de Cardiologia do Estado de São Paulo (Socesp), em junho último.

De acordo com a inédita análise, o grupo de pessoas que já havia sofrido infarto agudo do miocárdio apresentou mais tendência a não perdoar as mágoas sofridas durante a vida. A profissional salienta que, em seu consultório, quando pode trabalhar a mágoa e a pessoa consegue perdoar, o sentimento de alívio é sensivelmente observado. Assim, vários sintomas são resolvidos.

A hipótese é que as pessoas utilizam frases como “dói no coração” e o inconsciente vai tratar de modo literal essa descrição. Possivelmente, isso pode provocar alterações físicas no músculo cardíaco.

O estudo mostrou, segundo a especialista, a importância da prevenção, com o desenvolvimento de programas de treinamento para o perdão, inclusive por meio das religiões. Projetando socialmente o resultado do estudo, poderia ocorrer uma redução na incidência de infartos. É importante ressaltar que ainda não existe evidência científica comprovada, mas os resultados do trabalho são muito promissores.

Afinal, segundo a pesquisadora, as mágoas e ressentimentos são geradoras de estresse, que é um dos fatores de risco para doenças cardiovasculares. A manutenção da mágoa mantém a tensão, e o organismo fica exposto a essas respostas fisiológicas. O perdão propicia o relaxamento das defesas do organismo e a cura da mágoa e do corpo, conclui a psicanalista.

De fato, a ansiedade, a depressão, os problemas não solucionados e o estresse afetam a saúde cardiovascular. Assim, uma boa promessa a ser feita e cumprida em 2020 é perdoar as pessoas com as quais ocorreram desentendimentos, brigas e inimizades. Tal atitude fará muito bem ao coração e, claro, às famílias, à sociedade, à democracia e ao Brasil! 



JOSÉ FRANCISCO KERR SARAIVA é Médico cardiologista e presidente da Sociedade de Cardiologia do Estado de São Paulo (Socesp).

3

COM A
PALAVRA

2020, o ano do perdão

José Francisco Kerr Saraiva

8

DIREITO E
BIOÉTICA

Aspectos legais da morte encefálica e doação de órgãos

José Santana Junior

12

PAINEI
L ECONÔMI
CO

O mito do fim da vulnerabilidade externa

Thiago de Moraes Moreira

18

DESTAQUE

Depois do pesadelo

Luiz Carlos Bresser-Pereira

29

CAPA

A referenciação do animal nas situações jurídicas de Direito Privado

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira

60

CAPA

O direito dos animais diante da dissolução da sociedade conjugal

Alisson Ryan Martins

6

ENTREVISTA

Uma retrospectiva em tópicos tributários

Marcelo Diniz Barbosa

10

PROPOSTAS E
PROJETOS

Nota sobre PEC's da prisão em 2ª instância

Carlos Eduardo Rios do Amaral

15

PAINEI
L DO
LEITOR

Médicos pelo Brasil: nova e irônica versão do Mais Médicos

Sandra Franco

20

CAPA

Entre o direito dos animais e a (ir)racionalidade humana

José Eduardo de Miranda e Renata Brandão

43

CAPA

Os crimes contra os animais no ciberespaço

Maria Auxiliadora Minahim, Heron José de Santana Gordilho e Daniela Carvalho Portugal

71

CONJUNTURA

Mais investimentos no Brasil, mais desenvolvimento para os brasileiros

Francisco de Godoy Bueno e José Carlos da Fonseca Júnior

74

ENFOQUE

O Juiz do Novo Direito

Regis Fernandes de Oliveira

86

IN VOGA

Direito e a crise em que nos afogamos

Amadeu Garrido de Paula

90

CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

O novo pregão eletrônico. Novidades do Decreto nº 10.124, de 20 de setembro de 2019 – Segunda parte

Ivan Barbosa Rigolin

104

TENDÊNCIAS

A ciência e a *cannabis sativa*

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

116

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Expatriação: a oportunidade que os Acordos Internacionais de Previdência Social oferecem

Cristiane I. Matsumoto,
Mariana Monte Alegre de Paiva e
Eduardo K. M. Benclowicz

128

PONTO DE VISTA

Haverá amanhã para as Operadoras de Plano de Saúde de Pequeno e Médio Porte?

Fernando Bianchi

82

DIREITO EMPRESARIAL

Lei Complementar nº 155/2016 O investidor-anjo nas micro e pequenas empresas

Renato Liborio Faria

88

GESTÃO EMPRESARIAL

As Empresas Familiares são mais lucrativas ou são mais lucrativas porque são Empresas Familiares? Eis a questão!

Rose Giacomini

99

VISÃO JURÍDICA

O Brasil e as normas da OIT

Almir Pazzianotto Pinto

106

PORTAL JURÍDICO

O mestre e a verdadeira democracia

Vadim da Costa Arsky

119

DOCTRINA

Emenda Constitucional nº 103/2019 impede que haja cassação de aposentadoria como conversão de demissão

Mauro Roberto Gomes de Mattos



Marcelo Diniz Barbosa

Uma retrospectiva em tópicos tributários

O ano de 2019 colocou sob os holofotes os tributos exorbitantes que o brasileiro paga, sejam famílias ou empresas. As duas propostas para a reforma tributária tiveram um avanço significativo. Apesar da carga já elevada, independentemente da proposta que venha a prevalecer, o texto final deve trazer tributação ainda maior aos prestadores de serviço. E para fazer uma retrospectiva em tópicos tributários do ano que está encerrando convidamos o Advogado, formado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, LLM em Direito Empresarial – Estação Business School, Marcelo Diniz Barbosa. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *O que preveem as propostas de reforma tributária?*

MARCELO DINIZ BARBOSA – As propostas de reforma preveem a redução no excessivo número de contribuições e impostos que incidem atualmente sobre as cadeias econômicas, pela unificação em tributos sobre valor agregado no âmbito federal, estadual e municipal.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual o fator que faz com que o setor de serviços sofra esse sensível aumento na tributação?*

MARCELO DINIZ BARBOSA – A tributação sobre valor agregado admite a sistemática do creditamento sobre insumos, estrutura que acaba fazendo com que o setor de serviços sofra sensível aumento na tributação efetiva, pois usualmente não aproveita créditos dos seus insumos mais relevantes, como acontece na indústria e no comércio nos regimes não cumulativos.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual a sua recomendação ao empresariado?*

MARCELO DINIZ BARBOSA – Particularmente, recomendo ao empresário fazer uma análise criteriosa de todas as operações, para definir sua real viabilidade e lucratividade. É o momento de, até mesmo, rever políticas de preços.

CONCEITO JURÍDICO – *O que o Sr. pode nos falar sobre as fiscalizações com relação aos procedimentos contábeis e fiscais?*

MARCELO DINIZ BARBOSA – A Reforma Tributária também deverá seguir instituindo novos mecanismos de controle automatizados, de modo que o nosso conselho é ver o momento como uma oportunidade de aferir a consistência dos procedimentos contábeis e fiscais das operações. As fiscalizações serão cada vez mais ágeis e efetivas, em vista de todos os cruzamentos de informações e convênios entre órgãos fiscais, e a tendência é que aumentem ainda mais.

CONCEITO JURÍDICO – *E com relação a exclusão ao ICMS das bases de cálculo de PIS e COFINS?*

MARCELO DINIZ BARBOSA – Outro tema tributário relevante em 2019, mas cuja definição ficará para 2020, é o encerramento da infundável discussão sobre a exclusão do ICMS das bases de cálculo de PIS e COFINS. A controvérsia ganhou elementos novos, com a edição pela Receita Federal do Brasil da Instrução Normativa 1911/2019, pela qual o Fisco pretendeu impor ao Judiciário a interpretação que lhe é conveniente quanto aos critérios para cálculo de valores a restituir.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual a posição do Supremo Tribunal Federal sobre essa celeuma?*

MARCELO DINIZ BARBOSA – O STF, que poderia pôr fim à celeuma, acabou recuando. Detalhes sobre as balizas quanto ao valor do ICMS a ser excluído da base e outros aspectos da matéria ainda estão sendo discutidos no campo judicial, por meio de embargos de declaração que serão julgados pelo STF somente em 2020.

CONCEITO JURÍDICO – *Quais as medidas que tiveram destaques no direito internacional tributário?*

MARCELO DINIZ BARBOSA – No direito internacional tributário, duas medidas destacam-se pela amplitude de seus efeitos. A promulgação do Acordo Previdenciário Brasil-Suíça trouxe maior segurança jurídica a trabalhadores e empresas que antes se viam em situações de dupla incidência de contribuições previdenciárias. Destaca-se ainda o início da produção dos efeitos do acordo para evitar a bitributação entre Brasil e Argentina.

CONCEITO JURÍDICO – *Na sua opinião, o que de fato merece destaque no ano de 2019?*

Marcelo Diniz Barbosa – Merecem destaque em 2019 a edição de leis e atos regulamentários com o objetivo de dinamizar a economia, principalmente com destaque para a Lei da Liberdade Econômica. Apesar de a Lei não ter normas tributárias aparentemente relevantes, há numerosos conceitos abertos, que admitem significativa margem de discricionariedade na sua aplicação pelos tribunais, inclusive com reflexos no campo tributário. Será o caso de aguardar para ver como os casos concretos serão apreciados frente a esse novo diploma.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual a sua perspectiva para o ano de 2020?*

MARCELO DINIZ BARBOSA – Espera-se que, em 2020, haja maior celeridade nas decisões imprescindíveis à segurança jurídica, trazendo condições para a retomada do crescimento, sendo recomendável aos empresários brasileiros, mais do que nunca, seguir cautelosos e preventivos. 

Aspectos legais da morte encefálica e doação de órgãos

■ POR JOSÉ SANTANA JUNIOR

“Atualmente, o Brasil vem apresentando uma crescente em relação a transplantes envolvendo doação de órgãos. No entanto, a fila de pacientes que a esperam é, ainda, consideravelmente grande, situação que reforça a importância do investimento em ações de conscientização da população e capacitação de profissionais de saúde.”

A questão legal da doação de órgãos ganhou um destaque maior nos últimos dias, após o trágico falecimento do apresentador Gugu Liberato. A família do apresentador atendeu um pedido do próprio Gugu, que em vida externou a vontade de doar seus órgãos após a morte. No Brasil, a Lei nº 9434/97 disciplina a legalidade sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para transplantes, possuindo como objetivo resguardar e proteger a doação de órgãos de forma legal e segura, por esta razão, se faz imprescindível a livre vontade do doador ou de seus familiares responsáveis.

A decisão sobre a doação de órgãos deve ser tratada de forma ponderada pelo doador e sua família, tornando-se livre a opção ou não pela sua realização.

Ademais, o SUS – Sistema Único de Saúde – por intermédio de estabelecimentos de saúde médico-cirúrgicos de remoção e transplante autoriza a realização do transplante regulado pelo artigo 2º da Lei nº 9.434/97, sendo estes estabelecimentos os únicos autorizados pela legislação.

Cumprе enfatizar que somente após a devida autorização dos familiares ou verificação da vontade expressa do indivíduo, a doação



de órgãos poderá ser realizada, acompanhada essencialmente, da constatação e do registro da morte cerebral que será verificada através de exames médicos.

Após a constatação da morte cerebral em conjunto com a efetiva autorização, a Central de Transplantes dará destino ao órgão doado, avaliando os possíveis receptores e suas respectivas compatibilidades.

Com relação a doação de órgãos em vida, existem alguns aspectos a serem obedecidos, como compatibilidade com o receptor, parentesco até quarto grau familiar e boas condições de saúde.

Caso não obedeça o vínculo de parentesco, será necessário entrar com pedido judicial para autorização da doação. Outro ponto importante sobre a doação de órgãos em vida é que a doação não pode interferir na saúde do doador, sendo necessário a ciência do mesmo sobre todos os riscos do procedimento.

Atualmente, o Brasil vem apresentando uma crescente em relação a transplantes envolvendo doação de órgãos. No entanto, a fila de pacientes que a esperam é, ainda, consideravelmente grande, situação que reforça a importância do investimento em ações de conscientização da população e capacitação de profissionais de saúde. 



Nota sobre PEC's da prisão em 2ª instância

■ POR CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

“Reputaria perigoso ao Estado de Democrático de Direito a criação de ações de impugnação autônoma, notadamente em matéria penal, retirando do Relator do STJ e do STF a possibilidade de conceder tutela cautelar ou antecipatória, quando presentes seus requisitos legais.”

Como acertadamente decidiu o Supremo Tribunal Federal o ponto de partida da prisão em razão de condenação definitiva é o trânsito em julgado da ação penal. E ponto final, a assertiva é indiscutível.

Tamanha a proteção conferida à presunção de inocência pela Constituição Federal de 1988, que sequer é admitida em nosso processo legislativo a tramitação de proposta de emenda constitucional em sentido contrário, para admitir-se a prisão por condenação definitiva quando ainda pendente a possibilidade de interposição de recurso.

A definição de coisa julgada é clássica e universal, dogmática mesmo. Coisa julgada é o efeito que torna a decisão irrecorrível. Se cabível recurso, não há o trânsito em julgado. Pois todos os recursos previstos no ordenamento processual podem importar na modificação da decisão. Assim, não pode a lei nova ou proposta de emenda dizer que o trânsito em julgado seria considerado a partir da condenação em 2º grau, se ainda cabível qualquer irresignação recursal.

Estabelecer expressamente apenas o efeito devolutivo para o recurso especial e extraordinário não muda nada. A regra do texto constitucional é a liberdade, o vício de inconstitucionalidade subsistirá. Pois, como dito, não há a coisa julgada. Prisão provisória é outra história.

Neste sentido:

“A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de “originário”) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. [ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 25-11-2010, P, DJE de 19-5-2011.] ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, j. 15-12-1993, P, DJ de 18-3-1994”.

Mudar radicalmente nosso sistema processual para que exista apenas uma instância recursal, do juiz de 1º grau para o tribunal local, de modo que quaisquer discussões futuras ao STF e ao STJ aconteçam através de ações de impugnação autônoma, não impedirão a possibilidade de liberdade do acusado condenado “definitivamente” em 2ª instância.

Neste último caso teremos a coisa julgada, mas não a coisa soberanamente julgada, ou seja, cabível ainda a rediscussão/revisão da causa, mesmo através de ação de impugnação autônoma, o condenado poderá manejar os institutos da tutela cautelar e da tutela antecipatória. Como acontece nas revisões criminais e nas ações rescisórias e na *querela nullitatis insanabilis* do processo civil. Não vislumbrando os requisitos da prisão provisória, avistando o bom direito deduzido pelo acusado (possível ferimento da lei federal, da Constituição, súmula vinculante ou tema repetitivo, nada impedirá o Relator do STJ e do STF ordenar a liberdade do acusado na tramitação dessas ações de impugnação autônoma (poder geral de cautela/antecipação dos efeitos da tutela). Igualmente ao que já acontece nos casos de liminar em sede de (ação de) Reclamação Constitucional.

Confira-se:

“RECLAMAÇÃO. FIANÇA CONCEDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM HABEAS CORPUS. 1. Tendo esta Corte, no julgamento do HC 77.524, concedido fiança ao condenado, para defender-se solto até o trânsito em julgado da decisão condenatória, não se justifica a execução provisória determinada pela Vara das Execuções Penais, a pretexto do efeito simplesmente devolutivo do recurso especial ainda não julgado. 2. Reclamação julgada procedente”. (STF, 2ª Turma, Rcl 2690/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie julg. 24.08.2004, DJU 10.09.2004).

Reputaria perigoso ao Estado de Democrático de Direito a criação de ações de impugnação autônoma, notadamente em matéria penal, retirando do Relator do STJ e do STF a possibilidade de conceder tutela cautelar ou antecipatória, quando presentes seus requisitos legais. A demora natural dessas ações – que viriam aos milhares em verdadeira enxurrada – esvaziaria por completo seu significado, pois as tornariam praticamente inócuas, quando o único provimento jurisdicional possível fosse o acórdão final, vedando toda e qualquer decisão monocrática ou *ad referendum* do colegiado. **C**



CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL é Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

O mito do fim da vulnerabilidade externa

■ POR THIAGO DE MORAES MOREIRA

“Sem mudanças estruturais que viabilizem uma maior retenção dos dólares gerados pela estrutura produtiva, uma próxima recessão motivada pela necessidade de ajustes nas contas externas será questão de tempo.”



Entre as premissas que suportam a condução da atual política econômica está presente a importância de atração do capital estrangeiro para a recuperação do PIB, face à baixa disponibilidade de poupança interna. A tese da necessidade de poupança externa é antiga na história econômica do país e teve seu auge durante a ditadura militar, em particular na década de 1970. Naquela época, o acúmulo de elevados déficits nas transações correntes do balanço de pagamentos esteve associado ao crescimento explosivo da dívida externa e à perda de parte expressiva das reservas internacionais, processo que resultou na famigerada crise da dívida dos anos 80.

O objetivo aqui não é tratar daquele período militar, mas chamar atenção para o fato de que novamente a tese da necessidade dos recursos externos ganhou força e está sendo colocada em prática. No entanto, desta vez, os potenciais efeitos não são tão evidentes, uma vez que não se observa um crescimento exponencial da dívida externa, tampouco uma tendência de queda das reservas internacionais (flutuando em torno de US\$ 370 bilhões desde 2012). Embora menos perceptíveis, os riscos para a atividade econômica deste modelo são igualmente perversos aos do passado.

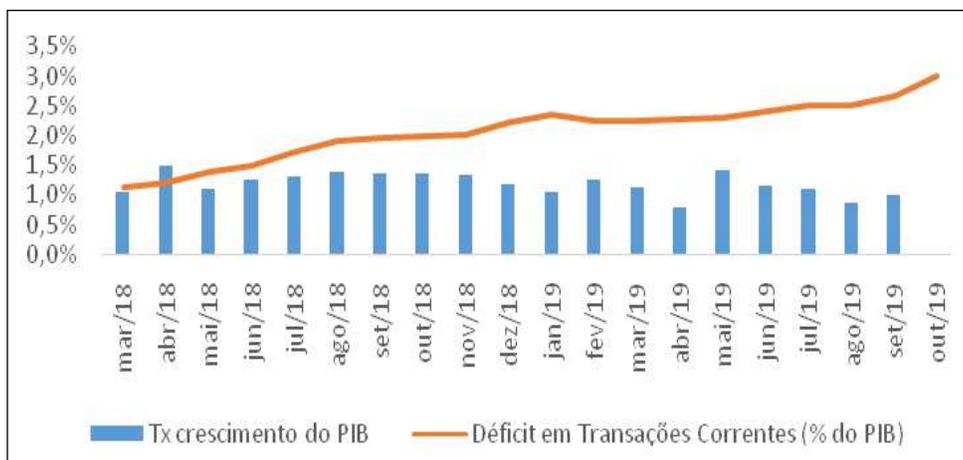
Depois de uma trajetória de redução dos déficits na conta corrente como proporção do PIB, iniciada com a recessão de 2015, já a partir do início do ano passado os saldos negativos das transações correntes voltaram a crescer, com expressiva aceleração nos meses mais recentes (ver gráfico). A persistência destes déficits evidencia a fragilidade da estrutura produtiva e sua incapacidade de reter os dólares que gera. Sabemos que o agronegócio, ou mesmo o setor extrativista, são máquinas de geração de divisas, dado sua capacidade exportadora. No entanto, quando se analisa a estrutura produtiva como um todo, verifica-se que a economia brasileira apresenta um problema crônico de retenção dos dólares “produzidos”. Os superávits obtidos com as exportações de commodities e alguns manufaturados não são suficientes para cobrir as importações de bens e serviços, além das remessas de renda para o exterior, causando sucessivos e contínuos déficits nas contas externas.

Esta característica marcante faz com que a economia brasileira acesse dólares fora da “esfera produtiva”, isto é, na “esfera financeira”. Diferentemente do que ocorreu no passado, o ingresso de dólares no período mais recente não está predominantemente vinculado a dívidas, mas sim aos “investimentos em participação no capital”, os quais correspondem fundamentalmente a fusões e aquisições de empresas nacionais por grupos estrangeiros. De acordo com os dados do Banco Central, de janeiro a outubro, os investimentos em participação no capital somaram US\$ 60,9 bilhões, 38% superior a igual período do ano passado e 51% maior que o registrado no pré- crise, de janeiro a outubro de 2014.

Muitos economistas destacam a maior qualidade destes fluxos em relação à dívida ou às aplicações em títulos e ações, uma vez que seriam menos voláteis. É verdade, mas o que muitos esquecem, é que com a maior participação estrangeira, a parcela da renda gerada remetida ao exterior tende a ser ampliada.

Do ponto de vista dos impactos sobre a estrutura produtiva, a maior participação de estrangeiros não vem se traduzindo em aumento das exportações, na medida em que os interesses estão fundamentalmente voltados ao mercado interno. Além disso, os dados de produção industrial e comércio apontam para uma dinâmica de substituição de insumos e máquinas nacionais por importados, movimento que deve ser aprofundado pelas empresas estrangeiras. De janeiro a setembro, enquanto o volume de produção dos bens intermediários contraiu 2,4%, as importações desta categoria expandiram 6,6%. Já a produção de bens de capital cresceu somente 0,7%, enquanto o volume importado destes bens cresceu 16,6%. Estes valores revelam um processo de desintegração das cadeias produtivas do país. Como resultado, denota-se a persistência de uma fraca expansão do PIB brasileiro (em torno de 1% anual medida pelo IBC-BR), simultaneamente a um preocupante aumento do déficit em transações correntes. Incorporando as últimas revisões metodológicas do Banco Central na elaboração das contas externas, o déficit atingiu 3% do PIB em outubro.

Crescimento do PIB *versus* déficit em transações correntes (acumulados em 12 meses)



Fonte: Banco Central

Na hipótese de a economia brasileira conseguir acelerar seu ritmo de crescimento (nada muito exuberante, mas algo próximo de 2,5%), este déficit tenderia a escalar, uma vez que as importações e as remessas de renda ao exterior seriam impulsionadas. Ademais, o prognóstico para as exportações não é muito favorável, dado que o comércio internacional vem desacelerando, com crescimento bem inferior ao do PIB mundial. Nestas condições, o déficit em transações correntes cruzaria a perigosa fronteira dos 4/4,5% do PIB, patamar a partir do qual historicamente a percepção de risco acerca de economias emergentes como a brasileira aumenta substancialmente.

É claro que o elevado nível de reservas fornece um amortecedor importante de instabilidades, mas poderia ser limitado frente a uma maior aceleração dos déficits externos. Além disso, a venda de ativos brasileiros para estrangeiros também tem seus limites e pode passar a encontrar dificuldades em um contexto de maior percepção de risco. A economia voltaria a depender cada vez mais de capitais de alta volatilidade, aumentando seu grau de exposição aos humores do mercado financeiro. Como de costume, taxa de câmbio e de juros sofreriam impactos relevantes neste cenário, dificultando a consolidação de uma retomada mais consistente da atividade econômica.

Enfim, não podemos nos iludir com a ideia de que economia brasileira superou suas vulnerabilidades e restrições externas. O modelo atual calcado na ideia de necessidade de atração do capital estrangeiro está aprofundando o problema crônico associado aos déficits em transações correntes. Sem mudanças estruturais que viabilizem uma maior retenção dos dólares gerados pela estrutura produtiva, uma próxima recessão motivada pela necessidade de ajustes nas contas externas será questão de tempo. **C**



THIAGO DE MORAES MOREIRA é Mestre em Economia pela UFRJ, Professor de Macroeconomia do Corecon/RJ e da Pós-Graduação do IBMEC/RJ.

Médicos pelo Brasil: nova e irônica versão do Mais Médicos

■ POR SANDRA FRANCO



“Se esperança é a marca do brasileiro, ela se renova com a perspectiva desse “novo” programa para que o atendimento básico da saúde da população brasileira ganhe novos caminhos.”

Uma nova versão do Programa Mais Médicos foi aprovada recentemente pelo Senado Federal e depende apenas de sanção presidencial para entrar em vigor. Denominado de Médicos pelo Brasil, o programa tem o objetivo de ampliar a oferta de serviços médicos em locais afastados ou com população vulnerável.

A principal novidade do projeto é a reincorporação dos médicos cubanos ao programa, por mais dois anos. Poderão pedir a reincorporação aqueles que estavam em atuação no Brasil no dia 13 de novembro de 2018 e tenham permanecido no país após o rompimento do acordo entre Cuba e a Organização Pan-Americana da Saúde (Opas), que intermediava a participação dos cubanos no programa brasileiro. Outra condição é que o profissional tenha permanecido no território nacional até a data de publicação da MP 890/2019 (1º de agosto), na condição de naturalizado, residente ou com pedido de refúgio.

Políticos são políticos e defendem ideologias, interesses próprios, quando o alvo deveria ser a sociedade. Nesse sentido, será irônica a assinatura do presidente Jair Bolsonaro em liberar a reincorporação dos médicos cubanos, após uma gigante polêmica antes de assumir o cargo mais importante do país. As reservas do presidente com relação ao Mais Médicos são de longa data. Em 2013, Bolsonaro, então deputado federal, entrou com ação no Supremo Tribunal Federal (STF) solicitando a suspensão do programa. As principais alegações dele à época eram de que a medida provisória não atendia aos requisitos legais que exigem caráter de urgência ou emergência. Bolsonaro também criticava o mérito do programa, em razão da contratação de médicos estrangeiros e da adição de dois anos de atuação no Sistema Único de Saúde no currículo de estudantes de Medicina.

O então parlamentar apontava “desdobramentos inevitáveis” para a Previdência Social, além de aspectos de “extrema preocupação para a segurança nacional” devido ao aumento de estrangeiros residindo no Brasil. O que mudou agora? O balanço sobre a presença dos cubanos foi positivo para o país?

Esse novo programa indica que algumas dessas preocupações mostraram-se infundadas. Sem dúvida, o início do programa provocou uma grande polêmica com a chegada dos profissionais cubanos. De acordo com o Ministério da Transparência, muitas prefeituras brasileiras aproveitaram as contratações do programa para demitir outros médicos que já trabalhavam nas cidades. Algumas instituições, como o CFM, consideraram o programa como programa de caráter eleitoral e sem condições de oferecer ao País as soluções definitivas para o acesso à assistência em saúde.

Outra ironia é fazer um novo programa que é a cópia do anterior. Houve um lapso de quase um ano sem um programa efetivo para atender a população dos cantos mais distantes do país de maneira efetiva.

A falta de continuidade das políticas de saúde, mesmo as que parecem acertadas, é uma das causas da perpetuação dos problemas do cenário atual: o subfinanciamento do sistema, problemas de gestão, relação entre o SUS e o sistema privado de saúde, burocracia exagerada e, principalmente, a corrupção e fraudes, estas últimas pelas quais escoam os recursos da saúde.

Embora muito parecido com o programa anterior, o Médicos pelo Brasil diminuiu o alcance do programa, o que é objeto de crítica e louvores. De acordo com o novo programa, os principais alvos serão os locais com dificuldade para se manter médicos: municípios com população pequena, baixa densidade demográfica e grande distância de centros urbanos. São 13 mil vagas em áreas prioritárias, 7 mil vagas a mais que o Mais Médicos, sendo 4 mil no Norte e Nordeste, o que é positivo. Segundo o Ministério da Saúde, a atenção à saúde em municípios de médio e grande porte, será estimulada pelo programa Saúde na Hora, que oferece incentivo financeiro para Unidades de Saúde da Família que ampliem horário de atendimento à população.

Outra diferença é que o novo programa será conduzido por uma agência criada pelo Poder Executivo. A Agência para o Desenvolvimento da Atenção Primária à Saúde (Adaps) funcionará na forma de serviço social autônomo, com personalidade jurídica de direito privado sem fins lucrativos. A Adaps poderá desenvolver atividades de ensino, pesquisa e extensão na área médica e executará o programa, contratando os médicos, realizando convênios com órgãos e entidades públicas e privadas e promovendo o desenvolvimento e a incorporação de tecnologias assistenciais e de gestão. Por que subordinar o programa a essa agência? Aliás, em uma área em que faltam recursos por que criar mais despesas?

Bastante peculiar, entretanto, é o fato de a MP propor que hospitais universitários federais firmem convênios com planos privados. Sem dúvida, essa inovação abre caminho para a implantação da dupla porta de entrada nos hospitais universitários e deve ampliar iniquidades e injustiças no atendimento. Não obstante, não só por médicos é formada a assistência à saúde. O programa cuida da contratação de médicos, mas não de outros profissionais de saúde, os quais podem (e muito!) contribuir para a melhoria da saúde no país, como já ocorre em outros lugares no mundo. Ademais, além da necessidade de uma equipe multidisciplinar, a melhoria na assistência depende de uma rede que permita a realização de exames básicos com maior agilidade e acesso a profissionais especializados para encaminhamento de casos mais graves.

Vale lembrar que os recursos para a saúde no Brasil são escassos e vive-se uma crise sem fim no atendimento básico. Deve haver investimentos significativos também na formação dos médicos especialistas para que, a longo prazo, as carências de profissionais sejam supridas e para que esses profissionais se fixem em regiões carentes de toda espécie de atendimento.

Ressalte-se que, durante a vigência do programa Mais Médicos, o “avanço” na assistência à população foi, no mínimo, repleto de contradições e limitações. Nem por isso, deixa de ser louvável como política de saúde pública. Se esperança é a marca do brasileiro, ela se renova com a perspectiva desse “novo” programa para que o atendimento básico da saúde da população brasileira ganhe novos caminhos. 



SANDRA FRANCO é consultora jurídica especializada em Direito Médico e da Saúde, doutoranda em Saúde Pública, MBA/FGV em Gestão de Serviços em Saúde, fundadora e ex-presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB de São José dos Campos (SP) entre 2013 e 2018, membro do Comitê de Ética para pesquisa em seres humanos da UNESP (SJC) e Presidente da Academia Brasileira de Direito Médico e da Saúde.



Luiz Carlos Bresser-Pereira

Depois do pesadelo

Vivemos no Brasil um tempo de pesadelo. De celebração da violência, da irracionalidade, da tortura, do racismo, do desprezo pela educação, pela ciência e pela cultura. Presenciamos a mistura de um autoritarismo com o liberalismo econômico radical. Um tempo de subordinação expressa aos Estados Unidos. A anormalidade e o mal foram transformados em rotina.

Diante desse quadro, lembramos com saudade os 20 anos anteriores, quando dois partidos, um de centro-esquerda, outro de centro-direita, se revezavam no poder. Cometiam erros e acertos, obtinham bons e maus resultados, cada lado jurava que suas políticas e seus resultados eram os melhores – mas eram democráticos e sabiam o que é a política, quais são as suas regras.

A política não é luta feroz entre inimigos que se odeiam, mas luta compassiva entre adversários que se respeitam. Era o que havia no Brasil até 2013. Os

dois adversários eram o PSDB e o PT: um defendia a ortodoxia liberal, o outro, a ortodoxia distributivista; o primeiro apostava no mercado; o segundo, na política industrial. O PT conseguiu um crescimento maior porque aumentou o investimento público e se beneficiou do boom de commodities dos anos 2000, mas tanto um quanto o outro governo ficaram presos na armadilha macroeconômica de juros altos e câmbio apreciado que inviabilizou o investimento privado.

No plano fiscal, após a crise financeira de 1998, os dois governos apresentaram superávits primários satisfatórios até 2013. Depois, sobreveio a crise: crise externa, dada a violenta queda do preço das commodities em 2014; crise fiscal, dada a transformação do superávit em um grande déficit primário a partir do mesmo ano; crise das indústrias, que não obtinham lucros porque, dada a apreciação cambial, o mercado interno foi ocupado pelas importações; crise financeira causada pelo excesso de endividamento das empresas.

A crise política poderia ter sido resolvida ou encaminhada com a vitória da oposição em 2014. A reeleição da ex-presidente Dilma Rousseff (PT) a agravou, porque o novo governo começou sem nenhum apoio das elites econômicas. Já a crise fiscal poderia ter sido enfrentada com um forte corte da despesa corrente, enquanto se aumentavam os investimentos. Foi o que tentou Nelson Barbosa no breve período em que esteve no Ministério da Fazenda. Mas não, o país voltou a uma política fiscal procíclica absurda, que dura até hoje e mantém o desemprego em níveis inaceitáveis.

Esses desacertos já eram o resultado da grave crise política que, desde 2013, instalou o ódio na vida política. Não obstante o liberalismo clássico seja definido pela tolerância e um certo relativismo quanto à verdade na política, surgiu entre os liberais um liberalismo intolerante, e o PT e Lula foram transformados em inimigos, embora fossem apenas adversários. Os dirigentes da Operação Lava Jato aproveitaram-se desse ódio para se promoverem pessoalmente; o vice-presidente Michel Temer (MDB), para tomar o poder, usando como instrumento o plano “Uma Ponte Para o Futuro”; o candidato Jair Bolsonaro (PSL), para se eleger presidente usando Paulo Guedes como garantia de uma política econômica neoliberal.

Há alguns meses temos um desgoverno no poder. Para que rumo? Não será, certamente, para o liberalismo de centro-direita – nem para o desenvolvimentismo de centro-esquerda. Também não será para devolver a normalidade ao Brasil – para voltarmos a ter a saudável alternância de poder entre partidos políticos moderados e democráticos.

Para onde, então? Não sabemos. Uma coisa, porém, é certa: os riscos que correm o Estado de Direito e a democracia são muito grandes. Apenas uma minoria de extrema-direita está realmente identificada com as políticas do governo. O Brasil já tem uma sociedade civil bem estruturada. Já tem uma classe trabalhadora, uma classe média e uma classe empresarial variada e de boa qualidade. Temos que contar com esses ativos para superar o pesadelo em que estamos mergulhados. 

LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA é professor emérito da Fundação Getúlio Vargas onde ensina economia, teoria política e teoria social. É presidente do Centro de Economia Política e editor da Revista de Economia Política desde 1981. Foi Ministro da Fazenda, da Administração Federal e Reforma do Estado, e da Ciência e Tecnologia.

Rowena, foi chamada de
"a ursa mais triste do mundo".



Entre o direito dos animais e a (ir)racionalidade humana

■ POR JOSÉ EDUARDO DE MIRANDA E RENATA BRANDÃO

“Na consolidação da pauta legislativa configurada como Direito dos Animais, o maior desafio dos homens é ser gente! Somente resgatando a sua capacidade de ser gente, priorizando o uso da razão, de forma que consiga controlar os seus impulsos violentos, é que os homens conseguirão resgatar a fraternidade, respeitando os seus iguais e reconhecendo a importância que inclusive os seres irracionais possuem para a sua vida e para o desenvolvimento humano.”

No instante em que o século XXI caminha aceleradamente ao amadurecimento temporal, o mundo, de uma forma geral, sofre transe axiológicos que fraturam conceitos e corrompem posturas atitudinais intrínsecas à conformação da dignidade, como essência de valor do humano. No Brasil, malgrado o vértice principiológico da dignidade figurar entre os alicerces de sustentação do Estado Democrático de Direitos, a Constituição balzaquiana mostra-se frágil para arrimar as condições intrínsecas ao alcance da dignidade dos brasileiros, de forma incondicional.

Há, assim, de subscrever-se que, a despeito dos trinta anos da Constituição Federal brasileira, a dignidade cresce mais como objeto de estudo, elemento de análise e produção científica, distanciando-se da efetividade de um valor apto a garantir uma vida humana sob o escudo dos mínimos padrões de qualidade física, moral e espiritual. Fala-se destemperadamente sobre a dignidade, mas atua-se diuturnamente em prol da ausência dela! Isto, afirma-se não apenas em relação à carência do substrato material de apoio à caminhada do homem pela passarela terrenal, sobre a qual encontraria insumos de realização pessoal e profissional.

Pondera-se, da mesma forma, a maneira pela qual as pessoas alçaram uma postura individualista, que as mantêm detidas na carapuça da egocentricidade, submersas no oceano de uma sociedade líquida, em que as condições sob as quais agem seus membros “mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir”. (BAUMAN, 2007, p. 08).

Proporcionalmente à ausência de solidificação e temporalidade das ações e relações inter-humanas, o respeito à vida animal, a exemplo da dignidade humana, se faz fator de análise e de escudo jurídico, sociológico e psicológico, mas distancia-se sobrenaturalmente do envolvimento e das atitudes intrínsecas à efetividade de um juízo de valor humano imperioso ao respeito à condição vital dos seres ditos irracionais, que sucumbem à ausência de racionalidade da pessoa humana.

Ressalta-se, sobre este aspecto, que ao obter-se uma ideia sobre a dignidade dos animais, correlaciona-se este preceito aos limites e excessos provocados pela sua utilização no campo de estudos da biologia, da medicina, da farmacologia, assim como na singular prática de maus-tratos contra animais domésticos e/ou silvestres.

Dentro desta perspectiva, ressalte-se que a biologia, a etologia e a neurociência costumam assinar que os animais, distantes de serem reputados meros objetos, revelam-se como seres sencientes, os quais, independentemente de sua espécie, devem ser juridicamente tratados com igualdade. (LEITÃO, 2016). Os animais são seres sencientes, eis que, apesar de sua irracionalidade, são capazes de sentir, passíveis de sofrer, e integram o ecossistema que os animais-humanos protagonizam a condição de vida líquida, notadamente egocêntrica. (EGÍDIO, 2016).

É sob este cariz que se compreende prudente assinalar que os animais não existem em função do homem, “eles possuem uma existência e um valor próprio. Uma moral que não incorpore esta verdade é vazia. Um sistema jurídico que a exclua é cego”. (REGAN, 2004, p. 5). Assim sendo, propõe-se o presente texto com o intento de provocar o debate sobre a ausência de um cuidado efetivo para com os animais, que coexistem com o homem no decorrer de seu trânsito terrenal.

ANTROPOCENTRISTAS E BIOCENTRISTAS

Depois de conduzir seus estudos entre *As Antilogias* e *A Verdade*, Protágoras de Abdera, ao avocar que “o homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, e das coisas que não são, enquanto não são”, inaugura a postura antropocêntrica, que situa a espécie humana no centro do universo, sobrelevando o seu valor em relação a todos os demais seres vivos terrenais.

De acordo com o antropocentrismo, a natureza não é sujeito de direitos. Os direitos só podem ser reconhecidos e concedidos à espécie humana, uma vez que o homem é o único destinatário das normas legais, indispensáveis à garantia de seu bem-estar. É por esta causa que os antropocentristas negam a proteção jurídica

para outras formas de vida, o que sustentam sobre a guarida da superioridade humana sobre qualquer outra espécie de ser vivo. (CAPRA, 2013). Observada a máxima antropocêntrica, pode-se dizer que a ideia de superioridade do homem sobre os demais seres vivos resulta do fato de que é o homem, por sua força e racionalidade, quem está legitimado a desfrutar e dispor dos recursos naturais, assim como de todas as outras espécies de animais, para desta forma lograr o atendimento de suas próprias necessidades vitais. Neste contexto, o ser humano assume uma supremacia baseada na força bruta, pela qual tem sob seus domínios e submissão os seres vivos não-humanos. (CAPRA, 2013).

Contrariando a pujança dos antropocentristas, surge o pensamento biocêntrico, que situa a vida e a natureza no âmbito da responsabilidade dos homens. É assim que o homem, e todos os seres vivos, passam a ocupar uma posição de convivência terrenal sob a idêntica, ou similar, proteção do Direito. (FEINBERG; WILLER, 2013).

A despeito deste vértice de identidade no escudo jurídico, o biocentrismo, baseado na pureza, é provavelmente moderado por diferenças individuais na espiritualidade e nas inclinações desenvolvidas para tratar certos objetos como possuidores de valor inerente. Talvez seja por isso que os perfis psicológicos subjacentes às atitudes ambientalistas biocêntricas enaltecem um sem fim de preocupações entre si, sem privilégios ou prioridades. Reconhecer essa possibilidade provoca implicações substanciais para a eficácia de formas particulares de discurso ambientalista. (FEINBERG; WILLER, 2013).

Por um caminho mais recente, ambientalistas preocupam-se pela presunção dos economistas neoclássicos com suas escolhas na avaliação dos bens da vida desde um prisma individual e social. A comunidade ambiental argumenta em benefício de uma tendência denominada “economia ecológica”, que, em virtude de situações ambientais, deixa em evidência que os fatos da vida nem sempre poderão ser submetidos a uma análise econômica neoclássica.

Os economistas ecológicos são defensores da comunidade de valores. Examinam questões em torno do ambiente natural, observando-as a partir de uma vertente biocêntrica (ou ecocêntrica) que às vezes ataca a política de fabricantes, que frequentemente aderem aos princípios econômicos neoclássicos ingênuos, vazios e até grotescos.

No núcleo desta atuação e concepção, o biocentrismo sugere o encontro da harmonia, pelo reconhecimento recíproco da importância que a espécie humana, junto com as demais formas de vida, possui mutuamente para o seu desenvolvimento e preservação no Planeta Terra.

A MORALIDADE NA ORDEM DO BEM-ESTAR ANIMAL

A dialética existencial demonstra que os animais não-humanos não podem fazer reivindicações morais. Ser moralmente considerável é como aparecer na tela de um radar moral, produzindo um signo que irradia preceitos atitudinais condizentes com a existência vital e relacionados ao tempo e ao espaço.

A reivindicação moral de um animal é equivalente a um direito moral. Qualquer ação humana que comprometa a integridade de um animal é absolutamente censurável, para nódoa ao direito pela inviolabilidade de sua vida. Nessa linha, toda afetação à vida animal, para fins humanos, corresponde a uma violação de direito. (BEKOFF; PIERCE, 2009).

Roberto Bobbio já antevera novas pretensões que apontariam para o reconhecimento do direito dos animais, conformado com o propósito de promover “a vida também dos animais e não só dos homens”. (BOBBIO, 2004, p. 13). Talvez, é em virtude desta influência que nos últimos anos a humanidade contemplou um movimento crescente em favor da garantia de vida e de bem-estar animal. (WILSON, 2015).

Ao contrário de tempos remotos, quando se acreditava que os animais não-humanos nada mais eram do que máquinas, e para os quais a dor mostrava-se insignificante, hoje o mundo direciona um olhar mais sensível à condição existencial dos seres não racionais, não-humanos. A busca incessante pelo encontro de um meio termo que defina, ou determine, o sentido do bem-estar animal, e a crescente conscientização e compreensão científica do sofrimento dos animais, ajustam-se na procura pela proteção de um número progressivo de espécies e de situações.

Com tantas contendidas em potencial, e desassossegos que não terminam, ampliam-se os questionamentos acerca de quais situações devem ser preponderantes à defesa do bem-estar animal. (BROOM, 2011). Nesse caminho, e sem desprezar quaisquer que sejam oportunas, tem-se importante a análise sobre os fatores representativos da inalienabilidade; da naturalidade; da universalidade e da igualdade. (GORDILHO, 2009).

O uso de animais em pesquisa sempre evocou dilemas éticos. Estes foram mais ou menos reconhecidos ao longo da história. Pela calçada de evolução da espécie humana, uma variedade de pontos de vista existiu, considerando, por exemplo, a ciência, atitudes em relação aos animais e normas sociais. Consciência ética e compromisso com o uso de animais, no entanto, cresceram nas últimas décadas, não menos importante no que diz respeito à pesquisa com animais. (COLEMAN, 2007).

Tanto em termos morais, como científicos, é essencial assegurar que o uso de um animal seja cuidadosamente avaliado quanto à validade científica ou educacional, utilidade e relevância do resultado esperado. O provável dano ao animal deve ser equilibrado com os benefícios pretendidos pelo projeto de que demandou o seu emprego. Por conseguinte, uma avaliação imparcial dos projetos, independentemente dos envolvidos no estudo, deve ser realizada no âmbito do processo da autorização de qualquer prática pedagógica ou científica que envolva a utilização de animais vivos. (PROCTOR, 2013).

O REPERTÓRIO LEGISLATIVO DE PROTEÇÃO ANIMAL

Em princípio, resulta oportuno salientar que no ano de 1978, o mundo conheceu a Declaração Universal de Direitos dos Animais, promulgada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), com inspiração na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948. Originalmente, o projeto da Declaração foi redigido pelo belga Georges Heuse. O texto, após diversas alterações, foi adotado pelo Conselho Nacional da Proteção Animal, sob o título Os Direitos do Animal: doze princípios a respeitar. (NEUMAN, 2012).

Não obstante o manifesto de alcance global editado no final dos anos 40, o Brasil teve a sua primeira estrutura legal em benefício dos animais proclamada no ano de 1934, através da promulgação do Decreto nº 24.645/1934 que, em seu art. 1º, estabeleceu que todos os animais são tutelados pelo Estado. Por este caminho, o art. 3º foi imperativo no sentido de que:

Art. 3º Consideram-se maus tratos:

I – Praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal.

II – Manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz. (BRASIL, 1934).

Ademais desses dispositivos, é importante destacar que o art. 16, do Decreto nº 26.645/34, determinava que as sociedades protetoras dos animais contassem com todo o apoio das autoridades estaduais e federais. Por sua vez, o art. 17 dispunha que a palavra animal era representativa de “todo ser irracional, quadrúpede, ou bípede, doméstico ou selvagem, exceto os daninhos”. (BRASIL, 1934).

Posteriormente, no ano de 1941, os brasileiros conheceram a Lei de Contravenções Penais, ou Decreto nº 3.688/1941, que determina, pela pauta normativa de seu art. 64, a pena de dez dias a um mês para todo aquele que tratar o animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo. No ano de 1967 foi editada a Lei nº 5.197/1967, com o objetivo de proteger a fauna nacional. Com este propósito, o art. 1º foi peremptório ao determinar que os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais “são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha”. (BRASIL, 1967).

Já a Lei nº 6.938/1981, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, resguarda, em seu art. 15, a exposição da incolumidade animal e vegetal, ademais da humana, contra qualquer perigo provocado por agente poluidor. (BRASIL, 1981). Mais recentemente, a Constituição Federal brasileira de 1988 instituiu, pelo art. 225, VII, que é dever de todos “proteger a fauna e a flora”, vedadas, na forma da lei, “as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. (BRASIL, 1988).

Sob a influência principiológica da Constituição Federal, foi promulgada a Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Esta Lei, de importância sublime à proteção da fauna e da flora brasileira, é taxativa ao definir, em seu art. 32, que é crime:

[...] Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, 1988).

Ademais do marco constitucional, e da solidez formal da legislação federal, atualmente, há no Brasil uma forte tendência de massificação de normas municipais que buscam garantir a segurança dos animais e a sua respectiva guarda responsável. Dentre tantas legislações, entende-se oportuno destacar:

[...] o caso do Município de São Paulo, que, através da Lei Municipal nº 13.131, de 18 de abril de 2001, conhecida como Lei Trípoli, dispõe sobre o registro, vacinação, guarda, apreensão e destinação de animais, além de prever o controle reprodutivo de cães e gatos

e a educação para a guarda responsável; devendo-se ressaltar que o infrator dessas normas está, também, sujeito a sanções administrativas sob a forma de multa. Também há leis municipais abordando a guarda responsável dos animais nos Municípios de Mauá (SP), Lei Municipal nº 3.479/2002; Piracicaba (SP); Florianópolis (SC); Ponta Grossa (PR); Rio de Janeiro (RJ), dentre outros. (SANTANA; OLIVEIRA, 2006, p. 86-87).

Numa e outra aparência, e sem macular os objetivos de desenvolvimento científico e acadêmico, foi promulgada a Lei nº 11.794/2008, para definir os procedimentos a serem observados quando do uso de animais em experimentações científicas. Com o desígnio de gerar efetividade nos termos da Lei, criou-se, pelo art. 4º do texto legal, o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal – CONCEA. (BRASIL, 2008).

A TÍTULO DE ÚLTIMAS PALAVRAS: DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS À (IR)RACIONALIDADE HUMANA

Distante se encontra o tempo em que os maus-tratos aos animais estavam ausentes da preocupação dos juristas e afastados do objetivo e da segurança da Lei. Hoje, sejam os animais reputados sujeitos da vida ou questionados como sujeitos de direito, a legislação ocupou-se de formalizar os preceitos adequados a sua proteção. Nesse sentido, a lei brasileira resguarda intacto o mandamento de que todo o ser vivo tem de gozar uma vida íntegra, livre da dor e do sofrimento. Por isto, é uníssono o brado, entre os brasileiros, de que os maus-tratos contra os animais constituem crime, e, como tal, devem ser punidos.

Tanto é assim que a legislação que vigora no território nacional, convergente com os princípios e valores estatuídos pela Constituição Federal, eleva a importância da vida como um todo, e proclama a necessidade de uma atitude racional, solidária e cauta, para que ninguém, sob qualquer hipótese, se exceda em seus impulsos, acometendo seres irracionais com práticas bárbaras de maus-tratos. Conforme Bauman, “nós, humanos, compartilhamos os instintos de sobrevivência com nossos primos animais sejam os próximos, os nem tão próximos ou os bem distantes”, mas, quando se trata de amor-próprio, “nossos caminhos se separam e seguimos por conta própria”. (BAUMAN, 2004, p. 71).

Na separação dos caminhos, e no exercício vital por conta própria, o homem, no mundo hoje, vive ensimesmado, atrelado aos seus devaneios subjetivos de realização pessoal, conquistas materiais e proeminência de *status* num *locus* social em que uns servem de escada à projeção dos outros. Os homens olvidam-se que, como bem manifestara Aristóteles, a vida parece ser comum até às próprias plantas. Existe, a exemplo da vida humana, uma “vida de percepção, mas essa também parece ser comum ao cavalo, ao boi e a todos os animais”. (ARISTÓTELES, 1991, p. 16).

É justamente por este caminho que não se pode desprezar o novel padrão de moralidade instituído por Kant, pelo qual os animais, mesmo não sendo apreciados como atores morais, os homens o são, de forma que a sua plenitude moral está sub-rogada ao respeito dos animais não racionais, e dos racionais, como ele. É, pois, assim, que observamos “*deberes hacia la humanidad, cuando por analogía los observamos hacia los animales y promovemos con ello de modo indirecto nuestros deberes hacia la humanidad.*” (1988, p. 288). Dentro desta perspectiva, é possível afirmar que:

se puede, pues, conocer el corazón humano a partir de su relación con los animales. En este sentido, Hogarth muestra en uno de sus grabados cómo la crueldad puede comenzar con un juego infantil, cuando los niños maltratan a los animales atezando la cola de un perro o de un gato; en otro grabado representa el desarrollo de la crueldad mediante el atropello de un niño y en el último de ellos la crueldad culmina con un asesinato y se expone así en toda su crudeza el horrendo tributo que acaba por cobrarse la crueldad. Dichos grabados resultan muy instructivos para los niños. Cuanto más nos ocupamos de observar a los animales y su conducta, tanto más los amamos, puesto que tenemos ocasión de ver cómo cuidan de sus crías; de esta forma ni siquiera seremos capaces de albergar pensamientos crueles hacia el lobo. (KANT, 1988, p. 288).

A despeito das convicções e dos valores de ordem material reinantes no âmago da sociedade, os quais oprimem inclusive os preceitos mínimos de dignidade dos próprios homens, ocultando-lhes a condição de igualdade recíproca, é imperioso que a sociedade pondere as atitudes degradadoras que muitas pessoas promovem contra as diferentes espécies de vida que existem no contexto de habitação terrenal. Além das plantas, os animais também são seres dotados de vida, e, como tal, merecem um olhar respeitoso dos seres ditos racionais, eis que todos os que vivem no cenário terrenal são reciprocamente importantes entre si. Observando-se o caminhar do homem pela esteira do tempo, tem-se que a modernidade:

[...] reverbera um autonomismo humano, que de uma ou de outra forma gera uma espécie de cegueira coletiva, traduzida pela crença vazia e estagnada de uma nova perspectiva de vida, decorrente da possibilidade de desfrutar livremente do poder, e sentir-se seguro com ele. Esse apego à “pseudo” liberdade-segurança geradas pelo poder, oprime, não raras às vezes, o dimensionamento sobre os reflexos que os avanços científicos e tecnológicos, e os “signos” ocultos sob uma representatividade política, provocam na condição humana das «gentes do mundo. (MIRANDA; CORRÊA LIMA, 2018, p. 90).

Hodiernamente, a humanidade parece haver perdido o sentido supremo pelo valor à vida, seja humana ou não. A materialidade e as aparências realçam sobre fenômenos outros que desterram a dignidade, o respeito, o reconhecimento e a importância do alheio e dos próprios animais para a vida de cada ser dotado de razão. Impossível negar que a “modernidade buscou, em sua profundidade, resiliir a equação poder-pessoa, em especial aquela advinda do soberano ou do divino”. Porém, em linhas gerais, “relegou à personalidade a condição de mera subjetividade, de reafirmação de valores, sem um norte de retenção, ou de horizonte dos juízos reafirmados”. (MIRANDA; CORRÊA LIMA, 2018, p. 91).

Quem sabe pelo fato de perder-se do verdadeiro sentido de emancipação racional preceituado pela modernidade é que o homem dos tempos de agora, o homem pós-moderno, desagrega de sua razão o valor à vida, enaltecendo exclusivamente os aspectos de exterioridade, de poder e de domínio. Esta percepção, por certo, converge com o estado jurídico legal da proteção dos animais no território brasileiro.

Hoje, a legislação nacional, com influência notadamente biocêntrica, busca equalizar as ações que colocam em risco de dano mediato ou imediato os animais não-humanos. O direito está posto, a lei brasileira vigora, mas falta uma atitude humana nobre, soberana ao respeito à vida e à integridade dos animais domésticos, e mesmo aqueles que integram a fauna nacional. Urge, então, no

limiar do século XXI, quando o mundo experimenta o mais alto grau de evolução tecnológica, que as pessoas se tornem mais gentes, mais humanas, deixando a sua automaticidade para as páginas da literatura, que já sentenciou o corrente processo de liquefação da vida.

Na consolidação da pauta legislativa configurada como Direito dos Animais, o maior desafio dos homens é ser gente! Somente resgatando a sua capacidade de ser gente, priorizando o uso da razão, de forma que consiga controlar os seus impulsos violentos, é que os homens conseguirão resgatar a fraternidade, respeitando os seus iguais e reconhecendo a importância que inclusive os seres irracionais possuem para a sua vida e para o desenvolvimento humano. 

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- BAUMAN, Zygmunt. *A vida líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- _____. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- BEKOFF, Marc; PIERCE Jessica. *Justiça Selvagem: a vida moral dos animais*. Chicago: University of Chicago Press, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967*. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm. Acesso em: 28 out. 2018.
- _____. *Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008*. Regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Acesso em: 28 out. 2018.
- BROOM, Donald M. A History of Animal Welfare Science. *Acta Biotheoretica*, v. 59, n. 2, p. 121-137, fev. 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/49968389_A_History_of_Animal_Welfare_Science. Acesso em: 20 maio 2019.
- CAPRA, Fritjot. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2013.
- COLEMAN, Grahame. *Public perceptions of animal welfare – an international perspective*. Animal Welfare Science Centre School of Psychology, Psychiatry and Psychological Medicine Monash University, 3800, Australia, 2007. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/5075/c96a-709d908f2e4dff816855c7f264f3963e.pdf>. Acesso em: 13 maio 2019.
- DIAS, Edna Cardozo. Os animais como sujeitos de direito. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 1, n. 1, p. 119-121, 2006. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10243/7299>. Acesso em: 4 maio 2019.
- EGÍDIO, Mariana Melo. Criação de animais de companhia. In: DUARTE, Maria Luísa GOMES; Carla Amado (coord.). *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 157.
- FAVRE, David. A propriedade viva: um novo status pra os animais dentro do sistema jurídico. *Revista Brasileira de Direito Animal*, ano 6, v. 9, p. 101-175, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11725/8389>. Acesso em: 5 maio 2019.
- FEINBERG, Matthew; WILLER, Robb. The moral roots of environmental attitudes. *Psychological Science*, v. 24, n. 1, p. 56–62, 2013. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0956797612449177>. Acesso em: 5 maio 2019.
- FELIPE, Sonia. T. *Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas*. Florianópolis: Editora UFSC, 2014.

- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FRANCIONE, Gary L. Animal Rights and Animal Welfare. *Rutgers Law Review*, v. 48, 1996.
- HERZOG, Harold A. Gender differences in human-animal interactions. *Anthrozoos*, v. 20, n. 1, p. 7-21, fev. 2007. Disponível em: <https://www.psychologytoday.com/files/attachments/44240/gender-and-human-animal-interactions.pdf>. Acesso em: 3 maio 2019.
- KANT, Immanuel. *Lecciones de ética*. Barcelona: Editorial Crítica, 1988.
- JUNGES, Jose Roque. *Ecologia e Criação*: resposta cristã à crise ambiental. São Paulo: Loyola, 2001.
- LEITÃO, Alexandra. Os espetáculos e outras formas de exibição de animais. In: DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado (coord.). *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016.
- LIMA, João Epifânio Regis. *Vozes do Silêncio – cultura científica*: ideologia e alienação no discurso sobre vivissecção. São Paulo: Instituto Nina Rosa, 2008.
- MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. A transversão política do jurídico ao flagelo do estado democrático de direito: A incontinente deseficacização dos valores Constitucionais, no apogeu dos 70 anos da Declaração universal dos direitos humanos. *Unisul de fato e de direito*, ano IX, n. 17, p. 85-98, jul./dez. 2018. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/6738/3973. Acesso em: 6 maio 2019.
- POSNER, Richard A. Animal Rights. *The Yale Law Journal*, v. 110, n. 3, p. 527-541, 2000. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4525&context=yjlj>. Acesso em: 5 maio 2019.
- PROCTOR, Helen S.; CARDER, Gemma; CORNISH, Amelia R. Searching for animal sentience: A systematic review of the scientific literature. *Animals*, v. 3, n. 3, p. 882-906, 2013. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4494450/>. Acesso em: 4 maio 2019.
- RACHELS, James. Darwin, Espécie e Moralidade. In: GALVÃO, Pedro (org.). *Os Animais têm Direitos? Perspectivas e Argumentos*. Lisboa: Dinalivro, 2010. p. 177-200. Disponível em: <https://luizcandido.files.wordpress.com/2015/10/pedro-galvc3a3o-os-animais-tc3aam-direitos.pdf>. Acesso em: 4 maio 2019.
- REGAN, Tom. In: LEVAL, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.
- REIS, Marisa Quaresma. O papel da ciência na ascensão do Direito Animal e no reconhecimento de direitos dos animais – uma perspectiva comparatista. In: DUARTE, Maria Luísa; GOMES, Carla Amado (coord.). *Direito (do) Animal*. Coimbra: Almedina, 2016.
- SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda responsável e dignidade dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 67-104, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/32362/19167>. Acesso em: 3 maio 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo, Brasil: Saraiva, 2017.
- SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: Lugano, 2004.
- WARDEKKER J. Arjan; PETERSEN Arthur C.; VAN DER SLUIJS, Jereon P. Ethics and public perception of climate change: exploring the Christian voices in the US public debate. *Global Environ Change*, v. 19, n. 4, p. 512-521, 2009. Disponível em: https://www.pbl.nl/en/publications/2009/Ethics-and-public-perception-of-climate-change_-exploring-the-Christian-voices-in-the-US-public-debate. Acesso em: 3 maio 2019.
- WILSON, David A. H. *The Welfare of Performing Animals*: a historical perspective. Berlim: Animal Welfare, 2015.

JOSÉ EDUARDO DE MIRANDA é Pós-Doutor em Direito; Doutor em Direito cum laude acadêmica pela Universidad de Deusto, em Bilbao, na Espanha; Professor Pesquisador da Cátedra UNESCO de Formação Humana para América Latina, da Associação Internacional de Direito Cooperativo e do Instituto de Estudos Cooperativos, da Universidade de Deusto, em Bilbao, na Espanha; Professor Pesquisador da Cátedra Euro Americana de Proteção Jurídica dos Consumidores, adstrita à Faculdade de Direito da Universidade de Cantábria, em Santander, na Espanha; Professor em Cursos de Pós-Graduação; Diretor-Geral da FMB, Advogado.

RENATA BRANDÃO é Doutoranda em Biotecnologia e Biodiversidade pela Universidade de Brasília (UNB); Mestre em Biologia pela Universidade Federal de Goiás (UFG), Professora de cursos de Pós-Graduação na Faculdade CGESP, Professora e Coordenadora Laboratorial da FMB.



A referenciação do animal nas situações jurídicas de Direito Privado

■ POR MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ E DIOGO LUNA MOUREIRA

“Se a personalidade é fruto de um processo comunicativo no qual, a princípio, apenas a pessoa humana tem a capacidade de assumir os traços biográficos da própria vida, os avanços das biotecnologias tornam esta afirmação duvidosa. Nesse contexto, por tudo o que se tem na atualidade, não se vislumbra, pelo menos por ora, a possibilidade de atribuir ao animal um *status* jurídico de pessoa.”

Um dos maiores desafios enfrentados pela Teoria Geral do Direito Privado na atualidade consiste na tentativa de justificar a proteção jurídica concedida aos animais, tradicionalmente referenciados como objetos de direito. Nesse sentido, talvez, o maior desafio seja compatibilizar a orientação do Direito Privado com o imperativo trazido pela Constitui-

ção da República de 1988, que incumbiu ao Poder Público o dever de proteção da fauna, vedando, de forma expressa, práticas que coloquem em risco o ecossistema, que submetam os animais à crueldade ou que provoquem a extinção de espécies.

Apesar de a Constituição não ter se comprometido com o projeto de personificação da fauna, um novo olhar foi lançado sobre ela¹. Mas será que o escopo de tal proteção estaria a demandar uma ressystematização do Direito Privado a ponto de se justificar a personificação do animal?

Na modernidade, a Teoria Geral do Direito Privado estruturou-se por meio da retirada do indivíduo do estado de natureza e da sua transformação em cidadão, com direitos e deveres, que favoreceu a construção do conceito de sujeito de direito. Neste sentido, sustenta Simone Goyard Fabre que o sujeito de direito não era simplesmente o indivíduo, mas ele era “determinado, em dada situação concreta, pela norma jurídica”, de forma que, ser sujeito de direito, implicava em ter uma qualificação objetiva que submetia o indivíduo humano a uma regra de direito que fazia dele um sujeito de direito, reconhecendo-lhe direitos e deveres atribuídos pelo direito positivo. (GOYARD-FABRE, 2000).

Apesar de inúmeras controvérsias teóricas acerca do tema, sobretudo a sobrecarga do individualismo que repousava sobre o conceito de sujeito de direito e o posterior processo de personificação do indivíduo humano, o conceito de sujeito de direito fora mitigado pela compreensão de personalidade jurídica². Entretanto, partimos do pressuposto de que sujeito de direito e a personalidade jurídica são a mesma coisa.

Francisco Amaral, por exemplo, afirma que o termo pessoa possui dois significados: um *vulgar* e outro *jurídico*. O primeiro significado, refere-se à pessoa como indivíduo humano, enquanto que, o segundo, ao ser com personalidade jurídica, isto é, aptidão para a titularidade de direitos e deveres. Portanto, para ele, no sentido jurídico, “pessoa é o ser humano como sujeito de direitos”. (AMARAL, 2006, p. 216).

Diferentemente do que ocorreu na modernidade, vê-se, na atualidade, a tentativa de se estender aos animais um *status* jurídico até então limitado às pessoas reconhecidas pelo Direito enquanto sujeitos de direitos nas relações e situações jurídicas. Para justificar essa mudança de comportamento, teorias jurídicas afloram. Afinal, o Direito acaba por ser a via de resguardo e a garantia de proteção em esferas de liberdades e não-liberdades.

Portanto, o que se pretende perquirir, neste artigo, é a (des)necessidade de atribuição de personalidade ao animal para a sua efetiva proteção. E, ainda, a possibilidade de releituras do Direito Civil, sem a necessidade de mudança da teoria clássica de objeto de direito.

SITUAÇÕES JURÍDICAS: DINÂMICAS NORMATIVAS DA VIDA SOCIAL

Para todo estudioso do Direito, não há dúvida de que a compreensão de sua Ciência pressupõe, necessariamente, a análise das situações do mundo que, normatizadas pelo Direito, recebem relevância jurídica. Talvez, em razão da própria fluidez da atualidade, possa-se afirmar que não há vínculos que escapam aos braços do Direito. De qualquer forma, uma análise jurídica cuidadosa deve ser feita para se evitar teratologias.

É a partir deste pressuposto que se propõe, neste texto, abarcar o estatuto jurídico dos animais, enfrentando o debate que hoje se ventila na doutrina acerca do *status* jurídico a eles atribuído: são semoventes? São sujeitos de direito? São pessoas e, portanto, titulares de uma personalidade jurídica?

Para iniciar tais reflexões, e não poderia ser diferente, importante analisar a forma como o Direito abarca os animais nas situações jurídicas. Antes, porém, é preciso registrar que por situação jurídica compreende-se uma situacionalidade de fato, que é reconhecida e constituída como uma realidade na qual a norma jurídica é operacionalizada, seja ela uma situação jurídica uniposicional ou relacional. Logo, não se trata de um reconhecimento promovido apenas pela lei, mas pressupõe a compreensão argumentativa do Direito no processo de operacionalização da norma jurídica.

De acordo com Torquato Castro, o direito revela-se em situacionalidades determinadas como um *concretum* situacional, “consistente em uma disposição normativa de objetos certos ou medidos, enquanto referidos ao sujeito ou sujeitos individuados.” (CASTRO, 1985, p. 50). A situação jurídica relacional decorre da interação intersubjetiva dos indivíduos envolvidos no vínculo jurídico. Segundo Torquato Castro, tais situações decorrem do acolhimento normativo das relações sociais. Neste sentido, o autor afirma que tais situações jurídicas compreendem:

[...] o mais largo leque de incidência, e derivam, entre outras fontes, do acolhimento pelo direito de relações sociais, inclusive as que derivam de instituições sociais de caráter orgânico, que se firmam através de relacionamento hierárquico em razão de funções que a norma protege enquanto tais, assegurando-lhes o exercício em prol de interesse de outrem, de incapazes ou no de grupos sociais ou pessoas jurídicas (funções de direito de família ou de direito protetivo – pátrio poder, tutela e curatela; exercício de poderes de hierarquia, no comando dos interesses representativos ou administrativos de entidades personalizadas ou de simples patrimônios separados etc.); e estendem-se às relações patrimoniais, na ordem econômico-comutativa, e compreendem a grande classe das situações econômico-comutativa, e compreendem a grande classe das situações de direito pessoal, ou de crédito, ou situações jurídicas obrigacionais. (CASTRO, 1985, p. 77).

Por outro lado, a situação jurídica é definida como uniposicional pelo fato de o sujeito ser uniposicionado perante o objeto jurídico, “porquanto nela só há lugar para uma posição de sujeito, ou de sujeitos plurais que a essa posição acorrem um só, ou sob vários títulos”. (CASTRO, 1985, p. 70). Assim, tem-se por exemplo as situações jurídicas de direitos reais, nas quais a norma jurídica confere ao titular do direito o exercício de poderes jurídicos em face de um bem patrimonial ou as situações jurídicas existenciais, quando este bem jurídico possui natureza jurídica existencial, como corpo, nome, imagem, honra, etc.

Tradicionalmente, os animais sempre ocuparam o espaço destinado ao elemento objetivo nas situações jurídicas, isto é, aquele reservado ao objeto de direito. Neste contexto, tem-se que a doutrina clássica do Direito afirma ser o animal um bem jurídico semovente, cujo conteúdo é, em regra, patrimonial. Tanto é assim que animais são doados, vendidos e usados como instrumentos para inúmeras atividades laborativas e de lazer.

Mas, se a questão é repensar o *status* jurídico dos animais, a fim de perquirir se eles poderiam ocupar o polo subjetivo das situações jurídicas, é necessário

perpassar por três questionamentos, estruturados na modernidade, para definir as possibilidades de se tratar alguém ou qualquer coisa como sujeito dessas situações jurídicas, quais sejam: a) o animal só poderia ser considerado sujeito na situação jurídica caso expressasse uma vontade juridicamente válida?; b) se o animal não puder exprimir vontade juridicamente válida, tal como é o caso de uma criança, poderia ser ele tratado como sujeito na situação jurídica na medida em que nela se defendem seus interesses?; c) se o Direito estabelece deveres jurídicos para a proteção dos animais, isso quer dizer que eles possuem, correlatos a tais deveres, direitos e, portanto, devem ser tratados como sujeitos da situação jurídica?

A situação jurídica e o voluntarismo

Remonta ao movimento da Escola Histórica do Direito o processo de sistematização do Direito moderno, sendo Friedrich Carl von Savigny um dos seus maiores expoentes. O caráter pragmático do Direito Romano conduziu à formulação teórica de Savigny, uma vez que, a princípio, o que mais o preocupava era a realização do próprio Direito enquanto sistema.

Savigny compreendia o Direito como uma realidade que abraçava e penetrava todos os lados do indivíduo, aparecendo a este como uma manifestação de poder. No limite deste poder, segundo ele, reinava a vontade individual com o consentimento de todos. (SAVIGNY, [19-], p. 5). E a tal poder Savigny denominava de direitos, sendo alguns deles em sentido subjetivo.

O direito subjetivo expressava um poder da vontade que possibilitava que ao seu titular fosse reconhecida uma esfera de liberdade independentemente de qualquer vontade estranha. Tal concepção encontrava inspiração no racionalismo e no jusnaturalismo modernos (CORDEIRO, 2005, p. 313), pelo fato de exprimir a juridicização de poderes naturais de cada indivíduo, que repousavam sobre o valor inerente à liberdade de arbítrio de cada ser racional, capaz de pensar, querer e agir.

O reconhecimento do indivíduo humano enquanto agente da própria vontade pressupunha a existência de vínculos relacionais nos quais esta vontade humana se fazia presente e era, pelo Direito, reconhecida e assegurada. Desta pressuposição argumentativa decorria o conceito de relação jurídica que, para Savigny, era compreendida como um vínculo estabelecido entre pessoas às quais o Direito reconhecia a capacidade de possuir propriedade, tendo cada uma delas o resguardo jurídico de exercício absoluto de suas vontades, independentemente de qualquer interferência.

A partir da perspectiva moderna proposta por Friedrich Carl von Savigny, todos os autores que o sucederam, pelo menos os mais expoentes, como Bernard Windscheid (1902), defenderam a relação jurídica como sendo o espaço de legitimação jurídica do vínculo social que confere segurança à autonomia individual. Qualquer que seja a perspectiva, a vontade impera na relação jurídica, sendo tal vontade emitida por um sujeito capaz de querer e agir.

É evidente que, atualmente, não se pode afirmar ter o animal uma vontade juridicamente válida. Aliás, embora muito se discuta acerca da possibilidade de ele expressar sentimentos, isso não quer dizer que tais sentimentos, ou mesmo, impulsos instintivos, seriam suficientes para validar uma pretensa emissão de vontade.

Neste aspecto, o animal, por não exprimir vontade, não poderia ser titular de direito subjetivo e, para Savigny, ele não poderia ser considerado sujeito de direito por não ser capaz de possuir propriedade. Contudo, questiona-se: ainda que o animal não expresse vontade juridicamente válida, poderia ser ele considerado sujeito de direito pelo fato de possuir uma esfera de interesses juridicamente tuteláveis?

A situação jurídica e a dimensão dos interesses tuteláveis

Rudolf von Ihering destacou-se como principal opositor à tese defendida por Savigny e Windscheid de que o direito subjetivo seria expressão do poder da vontade. O fundamento de tais críticas assentou-se na existência de determinados direitos que dispensavam o exercício de qualquer vontade por parte do seu titular.

Para Ihering, os juristas positivistas pareciam satisfeitos com a tese de que o Direito consistia na possibilidade de obrigar outrem sob à garantia da lei. Porém, para ele, tal definição era insuficiente. (IHERING, [19-]). A preocupação de Ihering na definição do Direito era basicamente teleológica, uma vez que para saber o que era o Direito, o indivíduo deveria “exigir que a resposta descansa sobre a essência íntima do direito”, a fim de que esta servisse de “ponto de partida e de apoio para as investigações que seguem”. (IHERING, [19-], p. 354).

Esta essência íntima não era a vontade, tal como foi propagado pelos filósofos do Direito, Kant e Hegel, pois, de acordo com Ihering, atendendo-se exclusivamente ao elemento vontade, o sistema jurídico se tornava defeituoso, na medida em que convertia a ideia de Direito em um puro formalismo, como o fez Kant³.

Porém, Ihering não abandonou a ideia de vontade na sua formulação teórica. Pelo contrário, ele a reconheceu como sendo o fundamento de criação de toda manifestação humana e que nesta condição realizava o Direito. Assim, afirmava que “a vontade, e apenas a vontade, é que erige em *regra* de direito, em direito real e verdadeiro, as ideias jurídicas: as do legislador nas leis, as do povo nos costumes.” (IHERING, [19-], p. 354).

A manifestação da vontade como meio de realização do direito subjetivo era suficiente apenas para uma exposição dogmática, mas não sintetizava exatidão absoluta, posto que não apresentava o conteúdo da vontade, o que para Ihering seria necessário.

Para os defensores do direito subjetivo com base no poder da vontade, a capacidade jurídica e a capacidade de querer seriam equivalentes. Todavia, para Ihering, tal equivalência não se sustentava, na medida em que o Direito não podia ser considerado objeto da vontade, mas sua condição. (IHERING, [19-]). Se a vontade fosse objeto do Direito, como seria possível que as pessoas sem vontade tivessem direitos? Neste sentido, questionava Ihering:

se a personalidade e a capacidade jurídica são coisas idênticas à capacidade de querer, por que todas as legislações do mundo (e eu não sei de nenhuma que ofereça exceção), não somente reconhecem e protegem nas crianças e nos loucos a parte puramente humana da personalidade, o corpo e a vida, mas ademais lhes assinalam, salvo ligeiras modificações, a mesma capacidade patrimonial das pessoas dotadas de vontade?. (IHERING, [19-], p. 358).



“A realidade está aí. As mudanças são evidentes e embora não se possa negar a possibilidade de um dia estabelecer o animal como sujeito de direitos ou como pessoa, hoje, tal empreendimento ainda não se justifica.”

Nessa esteira de entendimento, Ihering propunha que toda pessoa possuía direitos independentemente da sua vontade. Assim, o sujeito de direito, para Ihering, era aquele a quem a lei destinava a utilidade do Direito, não sendo outra a missão deste senão garantir esta utilidade: os direitos não existem “de nenhum modo para realizar a ideia da vontade jurídica abstrata; servem, ao contrário, para garantir os interesses da vida, ajudar as suas necessidades e realizar seus fins”. (IHERING, [19-], p. 363).

Porém, embora houvesse, em Ihering, a mudança do foco de análise do direito subjetivo – do poder da vontade para o interesse tutelado –, o voluntarismo individual ainda permanecia presente, determinando incisivamente a concepção de direito subjetivo. Isso por que, como sintetiza Lúcio Chamon Júnior:

[...] o direito seria uma condição de exercício da vontade rumo à consubstanciação de um determinado interesse, e isso implica, justamente, uma compreensão teleologizante dos interesses capazes de serem assumidos como meios para um fim da vontade tanto individual quanto geral [...]. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 86).

Estar-se-ia diante de uma abertura interpretativa do Direito, capaz de permitir que qualquer coisa pudesse ser tratada como sujeito de direito, a partir de uma compreensão setorizada de vontade, ou mesmo, de vontades convergentes. Assumir tal postura interpretativa, de um compartilhamento ético comum, aplicada ao direito subjetivo, é reconhecer a possibilidade de tutela de interesses que nada mais são do que valores individuais; muitos dos quais

seriam impostos a todos os indivíduos na medida em que estariam respaldados em uma norma jurídica.

Este vazio criado pela teoria dos interesses tuteláveis poderia ser superado pela ideia de que o fato de termos deveres para com os animais, tais como dever de preservação, dever de não maltratar, dentre outros, faz com que eles tenham, de forma correlata, direitos. Será?

O direito subjetivo como reflexo do dever jurídico

Diferentemente dos juristas que até então tinham se dedicado ao estudo e à conceituação de direito subjetivo, enquanto conceito jurídico próprio, Hans Kelsen o apresentou a partir de uma concepção respaldada em critérios exclusivamente normativos e formais. Para Kelsen, o estudo do direito subjetivo devia ser considerado a partir de uma realidade na qual se faz total abstração dos elementos psicológicos que pudessem interferir na sua conceituação. Em sua perspectiva, o direito subjetivo não podia ser analisado como algo oposto ao dever jurídico.

Segundo Kelsen, era do Direito Natural que advinha a postura metodológica que estudava o Direito como conhecimento jurídico diferente do dever. E a razão disto era que os adeptos do Direito natural supunham haver direitos inatos ao homem e que, portanto, existiam antes de toda e qualquer ordem jurídica. (KELSEN, 2006).

Para os adeptos do jusnaturalismo, a ordem jurídica apenas colocava termo ao estado de natureza, impondo certos limites aos direitos que outrora eram naturalmente ilimitados. Tal limitação, se dava por meio da instituição de deveres jurídicos que asseguravam a integridade do Direito. Assim, os direitos naturais eram garantidos pela fixação de deveres. De acordo com Kelsen, esta compreensão de Direito influenciou, também, os juspositivistas do século XIX, além de ter influenciado sobremaneira a elaboração conceitual da teoria geral do Direito. (KELSEN, 2006).

Na compreensão de Kelsen, a falibilidade das teorias que sustentaram a concepção de direito subjetivo estava no fato delas conceberem tal espécie de direito como sendo algo diverso do direito objetivo. O erro dos teóricos anteriores, portanto, decorria da preocupação excessiva em determinar o que os direitos subjetivos protegiam e reconheciam, afastando-se do elemento objetivo, que era o que mais interessava ao estudo do Direito.

Segundo Kelsen, a dificuldade criada em torno do estudo do direito subjetivo estava no fato deste ser compreendido a partir de uma perspectiva ontológica, que designava várias situações diferentes. Deste modo, quando se afirmava que um indivíduo tinha o direito de se conduzir de determinada maneira, duas situações possíveis se evidenciavam: (i) a de caráter negativo, que poderia exprimir o fato de que a tal indivíduo não era proibida juridicamente a conduta em questão, podendo ele realizar ou omitir uma determinada ação e (ii) a assertiva, que poderia implicar que o indivíduo se encontrava juridicamente obrigado a se conduzir de determinada maneira em face de outro indivíduo que se apresentava, neste caso, como titular do direito.

Diante deste indivíduo, a conduta do obrigado poderia ser positiva, quando a ação consistia em uma prestação do indivíduo obrigado ao outro, ou negativa, quando ao indivíduo obrigado era imposta a obrigação de uma omissão, seja de uma ação determinada ou da omissão de impedir ou prejudicar uma determinada conduta do outro indivíduo.

Neste último caso, segundo Kelsen:

Quando estamos perante o dever de um indivíduo de não impedir ou por qualquer forma dificultar determinada conduta de outro indivíduo, fala-se de tolerar ou suportar a conduta de um indivíduo por parte de um outro e contrapõe-se ao dever de prestação o dever de tolerância. (KELSEN, 2006, p. 141).

Partindo desta premissa, a conduta do indivíduo obrigado pela norma jurídica correspondia ao ato do outro indivíduo, que podia exigir que aquele cumprisse o que estava obrigado. Neste caso, a conduta do outro correlativa da conduta devida do indivíduo obrigado é designada, num uso de linguagem mais ou menos consequente, como conteúdo de um “direito”, como objeto de uma “pretensão” correspondente ao “dever”. (KELSEN, 2006). Desta forma, o direito que o indivíduo tem, inclusive de exigir determinado comportamento de outrem, nada mais é do que reflexo do dever jurídico do outro ou dos outros com quem este se relaciona. E, neste caso, segundo Kelsen, não haveria duas situações juridicamente relevantes, mas apenas uma, na qual um indivíduo está obrigado por um dever jurídico de se conduzir de determinada maneira.

Se o direito subjetivo era, na perspectiva de Kelsen, reflexo de um dever jurídico, o sujeito na relação jurídica é apenas aquele que está obrigado a realizar determinado comportamento, uma vez que é ele o único que pode violar ou cumprir o dever pela sua conduta. (KELSEN, 2006). O outro indivíduo – aquele que tem o direito – é apenas o “objeto da conduta” (KELSEN, 2006, p. 143), não podendo ser considerado sujeito, visto que o direito reflexo “se identifica com o dever jurídico, o indivíduo em face do qual existe este dever não é tomado juridicamente em consideração como “sujeito”, pois ele não é sujeito deste dever”. (KELSEN, 2006, p. 144). Conclui-se, portanto, que diferentemente das percepções anteriores, o direito subjetivo, para Kelsen, apenas existiria quando um indivíduo fosse juridicamente obrigado a uma determinada conduta em face de outro, de modo que o direito reflexo de um decorria do dever do outro.

Porém, nem sempre um dever jurídico tem como correlato um direito. E Kelsen compreendia tal fato, na medida em que reconhecia haver determinadas normas jurídicas que prescreviam as condutas dos indivíduos perante certos animais, plantas ou objetos inanimados, sem que estes objetos fossem detentores de direitos reflexos. Nestes casos, os deveres impostos pela norma jurídica “subsistem perante a comunidade jurídica, interessada nestes objetos”. (KELSEN, 2006, p. 143). Ademais, como ele considerou, apenas se denomina sujeito aquele que está obrigado ao cumprimento do dever, de modo que não há risco de existir referência ao animal como sujeito.

Muito embora a tese de Kelsen seja coerente com a percepção fechada de sistema de Direito a qual pretende construir, reduzir o conceito de direito subjetivo ao de dever jurídico é algo um tanto quanto temerário. Neste ponto, Eduardo Garcia Maynez apresenta críticas à tese de Kelsen, afirmando que o erro fundamental desta consiste na identificação das noções de direito objetivo e de direito subjetivo (MAYNEZ, 1956), isto porque os conceitos de norma e de faculdade são confundidos.

Se Kelsen reconheceu que no Direito há determinados deveres jurídicos sem direitos subjetivos correlatos, como é o caso da imposição de deveres perante certos animais, ele nada disse acerca da possibilidade de haver direitos sem deveres correlatos. E não poderia mesmo fazê-lo, uma vez que a sua fundamentação teórica parte da percepção inicial de dever jurídico, sendo o direito subjetivo apenas reflexo daquele.

Porém, direitos subjetivos podem ser exercidos sem que haja um dever correlato. Isto é o que ocorre, por exemplo, com as obrigações denominadas naturais (prescritas, por exemplo), posto que embora o credor tenha direito ao recebimento da prestação, o devedor não tem o dever jurídico de pagá-la, porquanto juridicamente inexigível. Cumprida a obrigação, nada mais poderá fazer o devedor, uma vez que o pagamento é reconhecido pelo Direito e tido como válido.

Uma compreensão adequada do Direito está a demandar a distinção conceitual entre direitos e deveres. Logo, mostra-se injustificável compreender o animal como sujeito de direito tão somente pelo fato de outrem ter um dever para com ele. Aliás, ressalta-se que o próprio Hans Kelsen já havia refutado tal possibilidade. Sendo assim, o que nos resta do *status* jurídico dos animais? Se eles não podem ser considerados sujeitos de direito, o que são? Poderiam os animais serem reconhecidos como pessoas, caso se admita haver diferença entre sujeito de direito e pessoa?

A REFERENCIAÇÃO DO ANIMAL ENQUANTO PESSOA

Se o reconhecimento do animal enquanto sujeito de direito demandou extrema dificuldade teórica na tentativa de assim defender o seu *status* jurídico, conforme apresentado acima, mais hercúlea é a tarefa de dizê-lo pessoa. Se não se justifica atribuir ao animal o *status* de sujeito de direito, pelas razões apresentadas no item 2 do presente artigo, seria possível atribuir-lhe uma pessoalidade?

A problemática deste empreendimento se dá em decorrência das nuances interpretativas que decorrem do conceito de pessoa, notadamente pela sua flexibilidade em se referir tanto ao indivíduo humano quanto ao sujeito de direito. Francisco Amaral (2006) afirma que o termo “pessoa” possui dois significados: um vulgar e outro jurídico. No sentido jurídico, “pessoa é o ser humano como sujeito de direitos”. (AMARAL, 2006, p. 216). Já no sentido vulgar, o significado do termo refere-se à pessoa como indivíduo humano.

Em virtude da influência do cristianismo primitivo, o termo *persona* serviu aos propósitos da teologia para justificar a realidade de Deus, de modo que este termo passou, também, a espelhar a ideia da *ousia* grega, isto é, a natureza decorrente de Deus, afastando-se substancialmente dos contornos pragmáticos que lhe foram concedidos pelo estoicismo popular: “ao conceito de essência – a *usia* na doutrina trinitária –, complementar ao conceito de pessoa, corresponde na cristologia o conceito de natureza, de *physis*”. (SPAEMANN, 2000, p. 47).

Ao apropriar-se do conceito ontológico de pessoa, a modernidade se descortina para uma forma diversificada de tratar a pessoa e tudo o que ela é capaz de fazer. Da essência à potência, o conceito de pessoa passa a expressar as mais diversas possibilidades de criação do indivíduo humano. Com isso, chegamos na atualidade afirmando que todos os indivíduos humanos, na qualidade de

seres livres e que coexistem numa rede de interdependência e interlocução, possuem uma pessoalidade que não é pressuposta nem imposta, mas sim construída socialmente.

Hoje, pode-se dizer que não há ser humano algum que não tenha a liberdade para construir a sua pessoalidade, já que esta é edificada a partir das configurações assumidas pelo indivíduo humano e que decorrem das suas escolhas (ações e omissões) enquanto seres livres, agentes da própria vida e, portanto, capazes de se autodeterminar como construtores de sua individualidade.

O substantivo feminino “pessoalidade” advém do latim *personalitas* e significa a qualidade de ser pessoal. Não se trata da assunção de uma qualidade imanente à espécie humana, mas pressupõe a ação do homem na determinação daquilo que é individual e que expressa a efetivação de uma possibilidade pela liberdade na convivência com os outros. Pessoalidade decorre, pois, da autodeterminação e da autoafirmação das configurações individuais dentro de um fluxo comunicativo. (MOUREIRA, 2011).

O sentido do termo configurações, ora utilizado, foi propositalmente retirado da obra de Charles Taylor, (*As fontes do Self*). Segundo ele, é praticamente impossível ao indivíduo humano prescindir de suas configurações, denominadas de incontornáveis, uma vez que estas são responsáveis por atribuir conteúdo à pessoalidade livremente assumida. Segundo Taylor, é impossível ao indivíduo humano não julgar se determinada forma de vida vale de fato a pena, se sua dignidade se revela em uma certa realização ou posição ou, ainda, se certas obrigações morais são válidas na medida em que são assumidas autonomamente pelo próprio indivíduo. (TAYLOR, 1997).

Afigura-se, portanto, a pessoalidade como a possibilidade de o indivíduo humano assumir uma identidade, isto é, um horizonte dentro do qual ele é capaz de, livremente, tomar uma posição (TAYLOR, 1997) e, assim, agir, ser responsável pela sua ação e buscar ser reconhecido por meio dela, em um universo intersubjetivo em que as identidades se entrelaçam e processualmente se constituem e reconstituem.

Comumente, afirma-se que a pessoalidade é algo inerente à própria espécie humana, simplesmente pelo fato de o indivíduo pertencer a esta unidade taxonômica, ou mesmo por refletir uma suposta pessoa sagrada, de que seria criatura e imagem. Em regra, tais asserções decorrem do entendimento que se atribuiu às manifestações históricas do que se considerou ser pessoa humana.

Entretanto, é preciso evidenciar que a pessoalidade não é um dado *a priori*, como algo extrínseco aos indivíduos humanos, tão somente pelo fato de serem ditos ou se autodenominarem seres humanos. Pelo contrário, pessoalidade implica um processo de construção da identidade de um ser livre e autônomo, que reconhece a si mesmo por meio do outro (*alter*), em um constante processo de autodeterminação e de autorreconhecimento.

Nesta abertura, poderiam os animais serem capazes de construir uma pessoalidade? Tudo indica que não. Embora muitos possam tratar animais enquanto pessoas, atribuindo-lhes, inclusive, certo *status* social: filho, bebê, neto, etc., isso não quer dizer que os animais tenham a liberdade e a autonomia de se reconhecerem por meio do outro (*alter*), em um constante processo de autodeterminação em relação ao outro e vice-versa.

AFINAL, É POSSÍVEL FALAR DE UM ESTATUTO JURÍDICO DO ANIMAL?

O propósito desse texto não é restringir o Direito a uma leitura meramente descritiva do sistema normativo. A intenção é problematizar situações que podem, a depender do caso, referenciar o animal como algo ao qual é possível atribuir um *status* sociojurídico na argumentação e, portanto, ser tratado como sujeito de direito (detentor de uma personalidade jurídica); ou como alguém a quem deve ser possibilitada a efetivação dos traços biográficos da própria vida, enquanto coadjuvante no processo de construção da própria personalidade.

Não se pode definir de antemão a atribuição do *status* sociojurídico a algo ou a alguém, como pretendeu, por exemplo, o positivismo jurídico. É na argumentação jurídica que a personalidade é construída, de modo que o conceito de sujeito de direito, neste sentido, permanece aberto, oscilante entre os seres concretos já existentes ou não, e as universalidades de fato que o direito reconhece como centro de imputação normativa.

Não se trata do reconhecimento de uma mera capacidade de direito ou de fato, mas sim do reconhecimento de uma personalidade jurídica por meio da qual o Direito encontra espaço para imputar direitos e deveres, correlatos ou não. O elemento subjetivo das situações jurídicas é o sujeito de direitos, independentemente de ser humano ou não. Trata-se de um *status* específico, possibilitado para um fim jurídico.

Fechar esta abertura jurídica ao indivíduo humano ou aos seres a quem a Lei Civil diz expressamente conceder personalidade jurídica é restritivo e representa a falta de amadurecimento de uma concepção de Direito enquanto sistema aberto, em constante processo de construção por meio da linguagem. Muito embora, na atualidade, não possa ser reconhecida a personalidade jurídica a um animal não-humano, nada impede que um dia isto possa ocorrer, se a argumentação jurídica assim o possibilitar.

Afirmar que a personalidade jurídica não pode ser concedida a um animal não-humano é reconhecer que nas situações jurídicas construídas na *práxis* argumentativa não há como imputar direitos e deveres. Se atualmente, os animais são defendidos para viverem em liberdade e não sofrerem inutilmente, o que, por si só, não é suficiente para reconhecer-lhes a personalidade jurídica e assim dizer que são sujeitos de direito. O que há neste caso é a imposição de um dever ao indivíduo de preservá-los livres e não os fazer sofrer inutilmente.

Na argumentação jurídica não é dado ao animal a capacidade de agir em situações jurídicas como portador de personalidade jurídica. Diferentemente do animal não-humano, o nascituro – que comumente é comparado ao animal para fins de reconhecimento de personalidade – é inserido ativa e passivamente em situações jurídicas nas quais é concebido como titular de direitos e deveres, razão pela qual a ele pode ser reconhecida a personalidade jurídica.

Ainda, ressalta-se que de fato de não se trata da possibilidade de construção de uma personalidade, mas sim da concessão da personalidade jurídica, pois em se tratando de personalidade, o animal não-humano pode ser comparado ao nascituro, uma vez que nenhum dos dois tem a possibilidade de construí-la, linguística e intersubjetivamente compartilhada.

O se fazer pessoa pela construção da personalidade é um processo constante e um exercício de liberdade por meio do qual o indivíduo humano constrói a sua personalidade a partir das suas escolhas (ações e omissões), enquanto ser livre, agente da própria vida e, portanto, capaz de se autodeterminar como sujeito de sua individualidade.

Se ao nascituro é resguardado um direito à vida, como a um animal não-humano pode o ser, trata-se da imposição de um dever de preservação do mesmo, que é imposto aos demais indivíduos, humanos ou não, que se apresentam em um cenário social. Tanto é que o Código Penal prevê como crime a prática do aborto, seja ele praticado pela própria gestante, seja por terceiros (arts. 124 a 128).

Não é pelo fato de o nascituro pertencer à espécie humana que ele é detentor de personalidade. Porém, em razão do seu pertencimento a esta mesma espécie é que lhe é assegurado um rol de direitos, garantidos por deveres a outros impostos, como é o caso do direito à vida.

Já o desenvolvimento da personalidade é algo que se dá apenas em um contexto de convívio social. É o acolhimento do recém-nascido e o desenvolvimento da sua interação com o outro que possibilitará que ele desenvolva traços característicos daquilo que se denominará pessoa. Isto vai além da mera pertença à espécie humana.

O próprio Habermas admite tal fato ao assegurar que o ser geneticamente individualizado no ventre materno não é uma pessoa, mas apenas a partir da sua integração da esfera pública de uma comunidade linguística é que ao mesmo será proporcionada a sua transformação em indivíduo e em pessoa dotada de razão. (HABERMAS, 2004). Logo, a ideia de pessoa pressupõe uma existência compartilhada.

Sendo assim, se a personalidade é fruto de um processo comunicativo no qual, a princípio, apenas a pessoa humana tem a capacidade de assumir os traços biográficos da própria vida, os avanços das biotecnologias tornam esta afirmação duvidosa. Nesse contexto, por tudo o que se tem na atualidade, não se vislumbra, pelo menos por ora, a possibilidade de atribuir ao animal um *status* jurídico de pessoa.

CONCLUSÃO

O estudo do Direito deve ser reconstrutivo, crítico-discursivo, de modo que, a fim de se obter uma operacionalização legítima e coerente com o sistema, a problematização é necessária. Ainda que em uma determinada situação problema se chegue a uma possibilidade jurídica coerente com o sistema, tal possibilidade não se fecha, mas mantém-se aberta para outras problematizações específicas de cada caso concreto. E a conjugação entre a teoria e *práxis* é fundamental a tal propósito.

Assim, por uma reconstrução crítico-discursiva da Teoria do Direito Moderno, não é possível pensar em uma Teoria “que ofereça ‘as interpretações’ ou ‘os conceitos’ aos quais a prática deveria obediência”, pois “a frustração da ‘racionalidade’ iluminista impede de manter esta ilusão” (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 21). Com isso, o que se pretende assumir é que a reconstrução crítico discursiva da Teoria do Direito Moderno não se fecha em premissas jurídicas cujos conteúdos são fixados de antemão, e cuja aplicação ao caso concreto decorre de mera subsunção de diretiva legal genérica para uma premissa menor. Ao contrário, “as interpretações” ou

“os conceitos” de uma Teoria do Direito Moderno que pretende se manter crítica e discursiva são, argumentativamente, construídas a partir de cada caso concreto. Os conteúdos e categorias do sistema jurídico são reconstruídos a partir de problematizações existentes na *práxis* jurídica. Assim, somente quando se consegue superar uma compreensão superficial (empírico-analítica) rumo às estruturas mais profundas (reconstrução) “é que se pode vislumbrar uma pragmática universal capaz de denunciar o que há de transcendente de contexto em nossas práticas comunicativas contextualizadas”. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 14). Indispensável, pois, aliar teoria e prática.

A técnica biotecnológica de manipulação genética avançou de forma expressiva a partir do final do século XX. Hoje, vários centros de pesquisas genéticas estudam meios de se criar seres que mesclam material genético de distintas espécies animais. Neste sentido, Iñigo de Miguel Beriain apresenta alguns resultados práticos destes estudos, como é o caso da possibilidade de produção de frangos com a capacidade de cacarejar como as codornas. Para tanto, afirma que basta introduzir segmentos neurais de codornas em embriões ou fetos de frangos para gerar uma mutação suficientemente importante para alterar o funcionamento do cérebro das criaturas resultantes. (BERIAIN, 2007).

Tais pesquisas, porém, não se restringem aos frangos e codornas. Relata Iñigo Beriain que estas técnicas genéticas estão sendo utilizadas em experimentos nos quais se introduz neurônios humanos em macacos, alterando as suas características naturais. Assim, tal técnica, apesar de estar em fase de experimentação, pode proporcionar o surgimento de chipanzés capazes, por exemplo, de raciocinar e, assim, serem capazes de assumir uma individualidade racional e autoconsciente.

Os avanços tecnológicos aplicados às ciências da vida revelam que entre os dados concretos da realidade e as pretensões científicas existe um imenso vazio de situações possíveis e obscuras. E a ciência está aí demonstrando que muita coisa é possível, inclusive a produção de seres que não são naturalmente humanos, mas têm a mesma capacidade destes em se comunicar ativamente e se autodeterminar em contextos sociais de convivência. (SÁ; MOUREIRA, 2017).

Desse modo, além dos reflexos antropológicos, políticos e sociais que estes produtos científicos produzirão no futuro, o Direito não poderá ficar aquém desta realidade, como se fosse algo que estivesse fora da sua alçada. Se há uma possibilidade de construção de um contexto de partilha intersubjetiva por meio da qual indivíduos humanos reconhecem em outros seres a mesma capacidade de auto-determinação, o Direito certamente deverá mudar de postura diante de tal fato.

A realidade está aí. As mudanças são evidentes e embora não se possa negar a possibilidade de um dia estabelecer o animal como sujeito de direitos ou como pessoa, hoje, tal empreendimento ainda não se justifica. 

NOTAS

- 1 Importante registrar que é com fundamento neste dispositivo constitucional que o Supremo Tribunal Federal (STF), reiteradamente, tem declarado a inconstitucionalidade de normas e de práticas desportivas e culturais que se valem de animais para tal finalidade, como é o caso da farra do boi (REsp nº 153.531), da rinha de galos (ADI nº 1.856) e, mais recentemente, das vaquejadas (ADI nº 4.983). Some-se a isso, o importante desafio lançado ao STF, recentemente, em discutir a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017, que inseriu o § 7º, ao

art. 225, prevendo que “para fins do disposto na parte final do inciso VII, do § 1º, deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”. (ADI nº 5728).

- 2 Para maior aprofundamento do tema, vide: MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da Teoria do Direito Privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- 3 Nas palavras de Ihering: “mientras que Kant e su escuela no se elevan en su definición *más allá* de la manifestación exterior del derecho, la opresión, Hegel, científicamente o no, y su opinión ha venido a ser la reguladora de la nueva jurisprudencia positiva, coloca la sustancia del derecho lo mismo en el sentido objetivo que en el subjetivo, en la voluntad. El progreso de ese sistema es innegable; pero ateniéndose exclusivamente al elemento voluntad, dicho sistema ha concluido por separarse del verdadero camino, y ha caído en el defecto, como el principio de la fuerza de Kant, de convertir la idea del derecho en un puro formalismo.” (IHERING, [19-], p. 354).

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BERIAIN, Iñigo de Miguel. Un nuevo desafío para el derecho: la cuestión de las quimeras y los híbridos. *Perspectivas en Derecho y Genoma Humano*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA, Espanha, n. 10, dez. 2007. Disponível em: <http://bioderecho.eu/perspectivas/>. Acesso em: 4 maio 2019.
- CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, v. 1.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- IHERING, Rudolf Von. *El espíritu del derecho romano*. Madri: Bailly-Baillieri, [19-].
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 7. ed. México: Porrúa, 1956.
- MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da Teoria do Direito Privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011,
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. O Direito e as dimensões semânticas da personalidade: reflexões sobre ‘Her’, conectada e desintegrada. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. (orgs.). *Bioética & Cinema*. 2. ed. Maringá: Miraluz, 2017.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. Madri: Centro Editorial de Góngora, [19-].
- SPAEMANN, Robert. *Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*. Pamplona: EUNSA, 2000.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.
- WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle Pandette*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902.

ARQUIVO PESSOAL



MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ é Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito (CEBID).

ARQUIVO PESSOAL

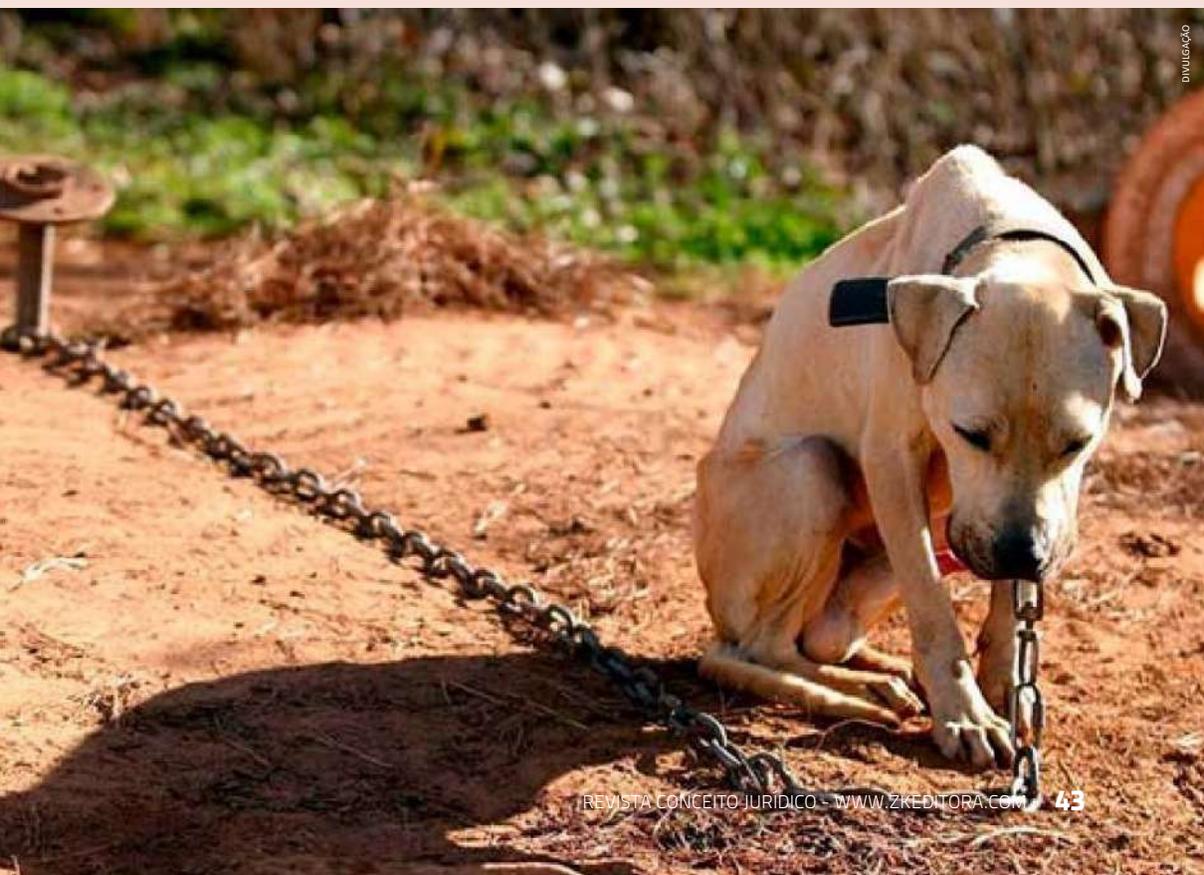


DIOGO LUNA MOUREIRA é Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Professor da Graduação da Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira (FUNCESI) e da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG); Pesquisador do Centro de Estudos em Biodireito (CEBID).

Os crimes contra os animais no ciberespaço

■ POR MARIA AUXILIADORA MINAHIM, HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO E DANIELA CARVALHO PORTUGAL

“Com a diminuição do poder de vigilância na sociedade da informação, o espaço virtual tem se apresentado, de um lado, como um veículo de divulgação de diversos crimes contra o meio ambiente digital, dentre eles, os crimes de crueldade contra os animais, o que obriga o Estado a assumir novas funções de inspeção e de vigilância. Ao proibir e criminalizar exatamente as ações que possam causar sofrimento aos animais, a norma criminal reconhece de forma implícita o valor intrínseco aos animais, de modo que o bem jurídico tutelado deve ser considerado o sofrimento destes, que seriam os verdadeiros sujeitos passivos desse crime.”



Este artigo pretende demonstrar que os vídeos divulgados na Internet com pessoas praticando atos de crueldade contra os animais podem ser utilizados como meio de prova nos processos criminais. É que com a facilidade de acesso às câmeras de vídeo, especialmente aquelas disponíveis em aparelhos celulares, muitas pessoas são filmadas – quando não são elas mesmas quem gravam os seus próprios vídeos – praticando atos de crueldade contra os animais.

Acontece que muitas vezes a Polícia e o Ministério Público têm dificuldade em identificar o autor e comprovar a materialidade desses delitos. Além disso, é bastante complicado estabelecer a competência para o julgamento de tais crimes, uma vez que o fato, via de regra, ocorre em lugar incerto ou mesmo no estrangeiro. É que devido a desnecessidade de identificação ou de qualquer tipo de controle no acesso à Internet, qualquer cidadão pode deliberadamente acessá-la, muitas vezes usando pseudônimos, o que torna os crimes praticados no ambiente digital de difícil comprovação, seja no estabelecimento da competência judicial, seja na identificação da autoria e comprovação da materialidade.

Não obstante, em face da ausência de um tipo específico e uma lei que estabeleça a competência e os meios de prova desse tipo de crime, o recurso ao Código Penal, às leis penais extravagantes e ao Código de Processo Penal passa a ser a única alternativa de punição desses ciberdelinquentes. Assim, inicialmente, este artigo vai analisar como a sociedade de informação vem permitindo a proliferação de crimes contra o meio ambiente digital, dentre eles, os crimes de crueldade contra os animais.

A seguir, será feita uma análise dos crimes contra os animais praticados no meio ambiente digital, identificando as suas características e o bem jurídico violado. Por fim, este artigo irá demonstrar que as imagens divulgadas na Internet podem servir de prova para a condenação dos crimes de crueldade provocados contra os animais.

A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A EMERGÊNCIA DOS NOVOS CRIMES PRATICADOS NO CIBERESPAÇO

A sociedade pós-moderna, na linha de pensamento trazida por Bauman, ocupa-se em dissolver tudo que é sólido, liquefazendo as antigas formas sociais sem, no entanto, substituí-las por novas formas, limitando-se tão somente a perpetuar um estado de constante inconstância. (BAUMAN, 2013). Para alguns teóricos, o mundo moderno já está ultrapassado, pois se encontra vigente uma nova estrutura social: a pós-modernidade (BARRA; MORAES, 2007), a qual substitui a máquina pela informação e o contato pessoal pelo virtual, e cujo espetáculo alcança o seu limite na fetichização das mercadorias no meio ambiente digital. (ROUANET, 1987).

A questão não é pacífica, já que autores como Gaudêncio Frigotto, sugerem que no máximo existiria uma neomodernidade, isto é, uma modernidade marcada pela exclusão e pela alienação, uma vez que não houve uma ruptura econômica no modelo produtivo, e não tendo havido essa ruptura ou revolução, não se pode falar em “nova era”. (FRIGOTTO, 1992).

Seja como for, este novo paradigma fez surgir um novo tipo de sociedade: a da informação ou do conhecimento, que é baseada em números, cálculos, fluxos de

comunicação e na velocidade da informação. É importante destacar que nesse novo tipo de sociedade, os sujeitos privilegiados têm maior acesso às fontes de conhecimento, dados, informações e transações comerciais, o que para muitos teóricos retira o sentido ético, formativo, histórico e emancipador desse novo paradigma.

Com efeito, as transformações técnicas, organizacionais e administrativas, baseadas em insumos decorrentes dos avanços tecnológicos da microeletrônica e das telecomunicações, fazem com que a informação passe a ser a principal matéria-prima e impere a lógica de redes baseada na flexibilidade e na convergência de tecnologias (computadores, biologia), circunstâncias que acarretam no surgimento de um novo tipo de meio ambiente: o digital, que transforma as noções clássicas de territórios e de fronteiras.¹

Em relação ao meio ambiente, no desafio ético decorrente da superação do humano (pós-humanismo), a disvirtualização dos meios necessários é proporcional à virtualização da vida, a desterritorialização e desmaterialização das relações e instrumentos (CASTRO JUNIOR, 2013), bem como a substituição de insumos baratos de energia por informação. A internet, por exemplo, foi criada na década de 1960, durante a Guerra Fria, pela *Advanced Research Projects Agency* (ARPA), com o financiamento do Departamento de Defesa dos Estados Unidos.

Ao fim do projeto, conseguiu-se interligar os centros universitários da Universidade da Califórnia de Los Angeles e Santa Bárbara e a Universidade de Utah, o que se constituiu na primeira forma de comunicação eletrônica on-line entre computadores. (CASTRO JUNIOR, 2013).² O ciberespaço ou Internet é uma rede de computadores de alcance mundial que trocam informações entre si na forma de artigos de texto, sons e imagens digitalizadas, correspondências, etc. (RABAÇA; BARBOSA, 2014), e é considerada um verdadeiro universo paralelo pós-humanista. (SILVA, 2014).

É preciso ter em conta que esse novo modelo de sociedade, que Ulrich Beck denominou de “sociedade de risco”, pode provocar danos ilimitados, globais e irreparáveis para a comunidade global, pois a despeito de produzir um vertiginoso avanço tecnológico e incrementar o bem-estar individual, ela ameaça constantemente os cidadãos com riscos e ofensas de diretos derivados de novas técnicas utilizadas pela indústria, dentre elas, a indústria da tecnologia digital. (BECK, 1988).

Além de incrementar a produção social de riscos, a produção de riquezas e o avanço no desenvolvimento de novas forças produtivas acarreta, como consequência lógica, a produção sistemática de danos. (BECK, 2011). O *risco* decorrente dessas novas fontes de produção assume um conteúdo conceitual aberto no processo de definição, a partir de interpretações causais apresentadas pelo conhecimento de novas possibilidades de dano ao longo dos estágios de modernização social. (BECK, 2011).

Para Márcia Elayne Berbich de Moraes, com essas mudanças introduzidas a partir do final do século XIX e do início do século XX, o homem deixou de trabalhar com o referencial da terra e passou a trabalhar com o referencial da luz, surgindo uma nova ordem de distância/tempo, cujas peculiares características e velocidade de atuação vão limitar, significativamente, o poder de vigilância do Estado. (MORAES, 2004).

Com a diminuição do poder de vigilância, o espaço virtual tem se apresentado, de um lado, como um veículo de disseminação de crimes como o estelionato, a

pedofilia, o racismo, a injúria e a difamação, a apologia, a incitação ao crime, dentre outros, muito comuns nas redes sociais da Internet.

Além disso, o aumento do fluxo de comunicação e a velocidade da informação fazem com que muitas pessoas utilizem a Internet como instrumento para a prática e para a divulgação de crimes. É possível encontrar nas redes sociais um sem número de vídeos que divulgam o sofrimento e a morte de animais, os quais ganham largo alcance face ao encurtamento de distâncias gerado por esse novo espaço relacional da sociedade da informação, que obriga o Estado a assumir novas funções de inspeção e de vigilância. (GORDILHO, 2009).

Com efeito, esses novos crimes vêm despertando a preocupação do Poder Legislativo, o qual acabou por editar as Leis nº 12.735/2012 e 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckman), que alteraram os art. 154, 266 e 298 do Código Penal e a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que regulou a utilização da Internet no Brasil. (LEAL; ALSELMO, 2015).³

Acontece que a Lei do Marco Civil da Internet estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres na esfera virtual, mas perdeu a oportunidade de criminalizar os vários tipos de condutas que se utilizam da Internet para violar bens jurídicos essenciais à sociedade, aparentemente deixando para a legislação específica fazê-lo, como ocorre com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para os crimes de pedofilia.⁴

O CRIME DE CRUELDADE CONTRA ANIMAIS E O MEIO AMBIENTE DIGITAL COMO BEM JURÍDICO PENAL

Para Celso Fiorillo, a tutela jurídica do meio ambiente digital visa interpretar os arts. 220 a 224 da Constituição Federal frente aos arts. 215 e 216 e às particularidades da denominada “cultura digital”, para estabelecer a proteção jurídica das formas de expressão e criações artísticas, científicas e tecnológicas realizadas através de computadores e outros meios eletrônicos. (FIORILLO, 2015).

Os crimes praticados no meio ambiente digital, por sua vez, podem ser classificados como puros, mistos e comuns. Os primeiros são aqueles praticados exclusivamente através do uso da Internet, como o ataque de um hacker a um computador; enquanto que os segundos são aqueles que utilizam os meios eletrônicos para cometer crimes como, por exemplo, a transferência ilegal de dinheiro em uma transação eletrônica.

Por fim, os crimes comuns são aqueles onde a Internet é usada apenas como forma de disseminação rápida e eficiente de crimes que já são tipificados em nosso meio. (CASTRO, 2003). Os crimes no meio ambiente digital, mesmo aqueles considerados puros, têm efeitos facilmente percebidos no chamado mundo real, de modo que atualmente não se pode separar essas duas definições, pois todo crime virtual têm um grande reflexo social.

Neste sentido, o Projeto de Lei nº 730/2015, em tramitação no Senado Federal, define os crimes cibernéticos, virtuais ou digitais, como os delitos praticados por meio eletrônico ou através da Internet que podem ser enquadrados no Código Penal Brasileiro. (BRASIL, 2015). Assim, questiona-se se esse mesmo espaço virtual pode se tornar um aliado na persecução criminal diante das práticas de crueldade contra os animais, cujos vestígios materiais estão fora do alcance do poder de vigilância do Estado.

Como sabemos, as histórias de crueldade contra os animais, via de regra, começam na infância, com sinais evidentes de perversidade que podem passar despercebidos pelos pais. Muitas vezes, a criança apenas reproduz um modelo de violência doméstica e de maus exemplos que favorece um ciclo ininterrupto de violência contra os que se encontram em situação vulnerável. (LEVAI, 2007).

Alguns desses vídeos são denunciativos e têm o objetivo de reprovar a conduta desses criminosos, mas uma grande parte deles são os próprios criminosos quem gravam e divulgam as imagens da própria crueldade, que podem trazer preciosos elementos de prova da autoria e da materialidade desse tipo de crime. Em 23 de abril de 2012, o juiz italiano A. Pellegrino, da cidade de Milão, na Itália, condenou Anna Biancone à pena de 4 meses de prisão, substituída por uma pena pecuniária de EU 4.400,00, por difundir na Internet uma vídeo onde aparece seminua, esmagando animais como baratas, ratos, coelhos e, até mesmo, pintinhos, fenômeno conhecido como *crush fetish*. (ITÁLIA, 2012).

O fato foi representado na Promotoria de Milão por uma sociedade protetora dos animais, oportunidade em que o membro do Ministério Público ofereceu a denúncia que resultou na condenação da ré pelo crime previsto no art. 544 do Código Penal Italiano.⁵ No Brasil, o meio ambiente, bem jurídico protegido pela Lei nº 9.605/1998, tem sede constitucional e não existem dúvidas quanto à legitimidade da incriminação não só em razão de sua fonte e do mandado de criminalização nela contido para o legislador ordinário, como também pelo valor atribuído à preservação do patrimônio ecológico.

Logo, não são possíveis interpretação ou atividade do legislador ordinário que possam se opor ao complexo de valores que conferem uma unidade de sentido ao ordenamento jurídico. Essa noção é essencial para que se interprete, adequadamente, a extensão da proteção jurídico-penal dispensada aos bens jurídicos protegidos pela Lei de Crimes Ambientais.

A compreensão de que a vida está entrelaçada em todos os seus elementos e que a preservação de uma espécie implica na conservação e na defesa de sua totalidade, foi, sem dúvida, o móvel prevalente para esse novo modelo normativo. O ambiente passou a ser protegido em um só texto legal, diferentemente do que ocorria até então quando diversas leis disciplinavam os crimes contra os distintos elementos que o integravam, fato que dificultava o conhecimento das ações proibidas e a efetividade da proteção legal. (BENJAMIN, 2003).

Assim, as condutas proibidas pela norma sob forma dos tipos penais na Lei nº 9605 são aquelas negativamente valoradas pela Constituição em razão da ofensa de pensamento e de ideais de uma época. Sob esse entendimento é que se fará a análise dos tipos penais contidos no texto legislativo mencionado. Na esfera penal, distingue-se o bem jurídico – valor, interesse – que é objeto de proteção da norma, de objeto da ação. Conforme Regis Prado (2013), este o objeto real é sobre o qual recai o comportamento punível do agente.

Por sua vez, Luis Greco entende que as expressões podem ser utilizadas como sinônimas, quando o bem jurídico for tomado apenas em sua dimensão dogmática. Em verdade, para este autor, tal noção interessa tão somente quando esta pode cumprir a sua função crítica ou político-criminal, servindo como diretriz para o legislador e não como um recurso capaz de legitimar a expansão do Direito Penal.

De acordo com o princípio da subsidiariedade, porém, nem tudo o que é acolhido pela Constituição deve ser protegido pelo Direito Penal, em razão da gravidade de sua sanção, que deve ser destinada tão somente àqueles bens que necessitem da proteção penal e para os quais não baste aquela oferecida por outros ramos do direito.

Dentre as muitas discussões sobre o bem jurídico protegido pela Lei nº 9.605/1998, existe uma articulada de perto com o tema em discussão e que diz respeito à exclusão do âmbito penal de valores cuja importância está ligada à coletividade e não a um indivíduo em especial, ainda que referidos constitucionalmente. Trata-se, portanto de admitir ou não os bens supraindividuais como sendo próprios do Direito Penal, e necessitados da sua sanção.

Para Hassemer (1999), o Direito Penal não tem aptidão nem foi predestinado a tratar dos bens jurídicos transindividuais. Para o autor, esta tarefa caberia ao chamado Direito de Intervenção, por ele proposto: um Direito menos garantista em termos materiais e processuais e com sanções menos intensas do que as existentes no Direito Penal tradicional. Os bens jurídicos individuais ficariam tutelados pelo Direito Penal, ainda assim ocorrendo uma expressiva descriminalização de condutas, enquanto os bens jurídicos universais seriam geridos por esse novo Direito que se situaria entre o Direito Penal clássico e o Direito Administrativo sancionador e estaria mais orientado para a prevenção do que para a reprovação pessoal e para a imposição de penas privativas de liberdade.

Já outros autores, a exemplo de Figueiredo Dias, entendem que a importância de alguns bens jurídicos transindividuais justifica a proteção do Direito Penal, é o caso do meio ambiente, do qual depende o destino das gerações futuras. Este argumento parece definitivo no sentido de referendar a atitude do legislador nacional, sem desprezar as considerações de Luis Regis Prado sobre a localização topográfica dos tipos penais no ambiente do Código Penal, em capítulo próprio do Código Penal. (DIAS, 2001). Enquanto que para Schunemann (1989), defender a proteção do meio ambiente através dos direitos individuais é confundir o instrumento de proteção com o próprio objeto da proteção.

BEM JURÍDICO E OBJETO MATERIAL DA AÇÃO

A distinção existente entre bem jurídico e objeto da ação é fundamental para a análise dos tipos que integram a Lei nº 9.605/1998, pois a sua sistematização ocorre de acordo com esses elementos. No Capítulo V, a referida lei dispõe sobre os crimes contra o meio ambiente e o legislador inicia a listagem das condutas típicas, a começar pelos crimes contra a fauna, ou seja, os crimes que têm como objeto material a fauna, um dos elementos que integram a noção de meio ambiente. O termo abrange a fauna terrestre e a aquática, a fauna silvestre, doméstica ou domesticada e não apenas os animais terrestres, conforme insinua a leitura do art. 29, § 3º da Lei. (BRASIL, 1998).

O antigo entendimento que excluía os animais aquáticos do conceito de fauna devia-se ao fato de que estes eram objeto de lei própria, qual seja, ao Código de Pesca. Da mesma forma, não são excluídos deste conceito os animais domésticos, não se devendo confundir a norma do art. 29, § 3º, – típica norma de hermenêutica – que trata de animais silvestres com o termo fauna, que compreende o conjunto de animais pertencentes a uma determinada região. (BRASIL, 1998).

Questão mais delicada e que ganha força na contemporaneidade diz respeito ao fato de se tratar a fauna de elemento do bem jurídico quando se propugna para os animais a qualidade de sujeito de direitos.⁶ Novos argumentos e fatos parecem pôr em questão a existência de um atributo exclusivo do ser humano, fragilizando a ideia de que existe uma rígida linha demarcatória entre o homem e os demais animais, sugerindo que sua distinção é muito mais de grau ou de complexidade do que de essência. (GARCIA, 2011).

Assim, tem-se alertado que apesar de nos últimos séculos ter-se postulado por direitos iguais entre todos os humanos, são poucos os direitos reconhecidos aos animais. No entanto, sendo dotados de cérebro e de sistema nervoso, eles são capazes, como os homens, de sentir dor. A dor carece de caracterização por espécie, visto que provoca sofrimento quer se manifeste em um homem, um elefante ou um gato e, é esta capacidade de sentir uma sensação penosa, produzida pela excitação de terminações nervosas, que habilita os filósofos a falar em um direito dos animais a não sofrer. Assim, os militantes dos movimentos de liberação animal entendem que evitar o sofrimento constitui uma etapa na conquista de suas metas definitivas. (GORDILHO, 2009).

A Lei nº 9.605/1998, no art. 32, *caput* e seu parágrafo, proíbe exatamente as ações que possam causar sofrimento aos animais, o que pode revelar a imprecisão do bem jurídico tutelado pela norma.

Se todos os tipos contidos na Lei de Crimes Ambientais têm como finalidade a proteção do meio ambiente, há que se indagar em que medida a crueldade contra um animal doméstico, por exemplo, afeta esse bem jurídico, objetivamente. Tudo leva a crer que a falta de coragem em avançar na formulação correta do valor protegido tenha inibido o legislador e os doutrinadores a admitir, como bem jurídico protegido, como chegam a sugerir Greco (2004) e Duarte (1958), o sentimento de solidariedade do homem com outros animais.

Roxin, referido pelo primeiro autor, prefere acreditar que este delito não protege um bem jurídico específico, tratando-se de uma rara exceção de incriminação sem bem jurídico. Essa solução não desconhece a existência de valor a ser preservado, situando-se a meio caminho, quem sabe, entre considerar o animal um mero elemento do meio ambiente ou outorgar-lhe outra categoria jurídica. Pode-se afirmar, enfim, apesar da perspectiva antropocêntrica a partir da qual surgem as normas, reconhecimento latente de valor intrínseco aos animais. (MINAHIM, 2015).⁷

O fato é que os autores citados, em sua maioria, preocupam-se mais em precisar as condutas que podem realizar o núcleo do tipo do art. 32, *caput*, do que com as reflexões dos filósofos sobre a possibilidade de o animal vir a ser sujeito passivo do crime. O artigo pune, com pena de detenção, de três meses a um ano, e multa a quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Há projetos que visam aumentar a pena, destacando-se, dentre eles, o Projeto do Código Penal que, no art. 391, eleva a pena do *caput* para um a quatro anos de privação de liberdade, o que retira a infração do âmbito da Lei nº 9099/1995, por não ser mais considerado como de pequeno potencial ofensivo, já que a pena máxima cominada passa de um para quatro anos. Deve-se destacar, no entanto, que a sanção na lei especial já é mais alta que no Código Penal, o que, sem dúvida, afeta o princípio da proporcionalidade.

As condutas que descrevem o ilícito do art. 32, de franca inspiração no art. 136 do Código Penal, são: praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Há críticas à tomada por empréstimo da expressão maus-tratos, que seria sinônima de crueldade, tornando-se o legislador repetitivo, e da expressão ato de abuso, em razão de sua abertura e fluidez. Com relação à última, deve-se lembrar de que não é incomum o recurso a expressões dessa natureza, nada impedindo que lhe seja atribuído um significado construído pela doutrina e pela jurisprudência.

Quanto à primeira expressão, ato de abuso, Regis Prado (2014) dá-lhe o significado de usar mal, ou inconvenientemente, como por exemplo, exigir excesso de trabalho do animal, uso de arreios pesados ou de chicotes com pontas de metal, de coleiras com grampos perfurantes, comportamentos que podem resultar em lesão para sua saúde ou integridade física.

A interpretação da expressão atos de abuso encontra a sua delimitação, portanto, na idoneidade da conduta que causa sofrimento, o qual pode afetar a saúde do animal. Os maus-tratos podem ser infligidos pela privação de alimentos ou pela imposição de ingestão para fins de engorda, pela ausência de cuidados indispensáveis, pelo abandono em espaços sujos e/ou inadequados para a sua existência ou em razão da exposição a ataques de outros animais ou à situação de vulnerabilidade.

O Decreto-Lei nº 24.645/1934, ao dispor sobre a matéria, de forma exemplificava, em 31 incisos, descreve diversas condutas tipificadas como maus-tratos, tais como: praticar ato de abuso ou crueldade contra qualquer animal; manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeça a respiração, o movimento ou o descanso ou que os prive de ar ou de luz; obrigar animais a trabalhos excessivos; golpear, ferir ou mutilar voluntariamente qualquer órgão ou tecido de economia, exceto a castração; abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária; entre outros. (GORDILHO, 2009).

Quanto a “ferir” e “mutilar”, estas são condutas que constituem espécies de maus-tratos e que podem vir a ser utilizadas a pretexto de experimentação científica. No § 1º, do art. 32, está disposta outra forma de maus-tratos, revestida de especial crueldade que consiste nos maus-tratos por vivissecção: § 1º – Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. (BRASIL, 1998).

A expressão “recursos alternativos” fragiliza a proposta acauteladora do bem-estar animal na medida em que a sua interpretação pode ser feita de uma perspectiva antropocêntrica, como pretende o art. 2º do Decreto nº 6899/2009, no inciso II, alínea “c”, que entende como sendo alternativo o método que empregue “o menor número de animais”. A norma é flagrantemente contrária à Constituição e ao valor por ela albergado no art. 225 e, mais especificamente, no inciso VII, do § 1º, que dispõe sobre a proteção da fauna e da flora, sendo vedadas as práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. (GORDILHO, 2010).

Neste sentido, nada mais cruel que a vivissecção, sobretudo quando se relata continuamente o seu uso dissociado de qualquer pesquisa, ou ainda, quando tal pesquisa pode dispensar um ser vivo e utilizar recursos de simulação. O dispositivo

é, portanto, um corpo estranho em um sistema que valoriza a vida e o bem-estar animal. Ainda, consigna-se que, ao redor do mundo, psiquiatras têm feito estudos que apontam no sentido de existir uma relação entre a crueldade contra animais e a agressividade contra pessoas.

Investigações feitas em pessoas encarceradas também provaram a existência de uma correlação entre os crimes violentos e a prática de tortura contra os animais. Da mesma forma, há estudos com pacientes psiquiátricos que mostram uma associação entre a agressão contra pessoas e a crueldade contra animais.⁸ Desafortunadamente, na sociedade da informação, tais perversões passaram a ser divulgadas nas redes de comunicação.

Observa-se, além disso, que se trata de um crime comum, de dano, comissivo ou omissivo (deixar de dar alimentos, por exemplo), de ação múltipla e de resultado, nas modalidades de ferir ou mutilar, na medida em que se aperfeiçoa mediante a verificação do resultado danoso, admitindo-se a tentativa. No que se refere, porém, à alternativa de praticar atos de abuso e maus-tratos, o crime é formal, de modo que a prática da conduta que se ajusta ao tipo implica em sua consumação, independentemente de qualquer resultado material. Pode ser instantâneo, de efeitos permanentes (mutilação), ou permanente (sujeição a trabalho excessivo, privação de alimentos, abrigo em local insalubre).

Não há modalidade culposa, a exemplo do que se prevê no Canadá e nos Estados Unidos, onde existem projetos no sentido de introduzir nas leis a prática de crueldade por negligência simples. Admite-se o *preterdolo* na forma qualificada do § 2º. Neste caso, especificamente, há de se obter a prova da morte para que a sanção seja agravada pela qualificadora.

O interesse jurídico tutelado pelo art. 32, § 2º da Lei nº 9.605/1998, refere-se à vida do animal e ao sentimento que toda pessoa humana nutre pelos animais. Além disso, tal bem-jurídico apenas é violado quando a morte ocorre de modo cruel, ou seja, sem necessidade, simplesmente pelo puro prazer de matar (*animus et voluntas necandi*). (PAOLO, 2008).

Nota-se que, quanto à circunstância incriminadora prevista e punida pelo art. 32 da Lei nº 9.605/1998, a crueldade e a falta de necessidade operam de forma distinta na delimitação da área do ilícito penal. Em realidade, deve-se afirmar que o crime em tela pode ser configurado até mesmo se o abate do animal acontecer por necessidade, caso seja feito de modo cruel e bárbaro. (PAOLO, 2008).

O interesse jurídico tutelado pelo art. 32, § 2º, da Lei nº 9.605/1998, refere-se à vida do animal e ao sentimento que toda pessoa humana nutre pelos animais. Além disso, tal bem-jurídico apenas é violado quando a morte ocorre de modo cruel, ou seja, sem necessidade, simplesmente pelo puro prazer de matar (*animus et voluntas necandi*). (PAOLO, 2008).

Nota-se que, quanto à circunstância incriminadora prevista e punida pelo art. 32 da Lei nº 9.605/1998, a crueldade e a falta de necessidade operam de forma distinta na delimitação da área do ilícito penal. Em realidade, deve-se afirmar que o crime em tela pode ser configurado até mesmo se o abate do animal acontecer por necessidade, caso seja feito de modo cruel e bárbaro. (PAOLO, 2008).

Além disso, o elemento subjetivo desse crime em particular é representado pelo dolo genérico, ou seja, pela consciência e pela vontade de causar a morte de um animal por pura crueldade ou sem qualquer necessidade. Não obstante, não

podem ser consideradas penalmente relevantes todas as condutas culposas de abate de um animal. Considere-se, por exemplo, um automóvel que provoque a morte de um animal que, de repente, atravessasse uma via urbana.

Na falta de elemento psicológico do dolo genérico, a conduta do agente que provocou a morte do animal poderá ser considerada como penalmente irrelevante em face do ordenamento jurídico. A classificação tem consequências importantes, já que a prova da materialidade do crime será exigível apenas nas modalidades de mutilar e de ferir, bastando, nas demais modalidades, apenas a prova da realização das condutas e esta, pode ou não, deixar resultados materiais.

A INTERNET COMO MEIO DE PROVA DO CRIME DE CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS

A modernização das relações sociais e o desenvolvimento de novos espaços de atuação social fizeram com que o Direito Penal e o Processo Penal se deparassem com a necessidade de adaptação para a atuação no âmbito do espaço virtual. Cabe, então, examinar, qual o grau de adaptação demandado para que os meios de prova já referidos pelo Código de Processo Penal em vigor possam contemplar, também, os vídeos e imagens de atos cruéis contra animais, disseminados em diversas redes sociais e no espaço virtual de maneira geral, avaliando-se, ainda, se estas são suficientes para a eventual condenação por crime ambiental diante do desaparecimento dos vestígios materiais da prática delitiva.

Para que os crimes contra os animais sejam punidos, é necessária a certeza quanto à materialidade e à autoria, o que exige a demonstração de que os fatos são verdadeiros, algo que só é possível com a utilização de provas documentais, periciais, testemunhais, etc.

A prova consiste em um conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros e pelo juiz para reconstruir a verdade e convencer esse último, especificamente da conduta criminosa, dos seus autores e das circunstâncias objetivas e subjetivas do fato. (SANTANA; SANTOS, 2013). Segundo Osvaldo Alfredo Gozaíni (2006), enquanto no processo civil é suficiente uma verdade menos exigente, bastando a persuasão sobre a fundamentação dos fatos e a certeza que surgem deles, no processo penal, é evidente a necessidade de se encontrar a verdade sobre a ocorrência dos fatos.

Para se analisar de que maneira o processo penal brasileiro se adapta à nova realidade social e aos novos recursos para a repressão de práticas de crueldade contra os animais, é imperioso delimitar algumas premissas. A primeira, é a orientação que conduz o presente estudo acerca do sistema processual em que se pauta (ou se deve pautar) o processo penal. Tal compreensão é necessária para que se defina, também, qual é o sistema de apreciação probatória que conduzirá a atuação do magistrado. Somente após as referidas diretrizes será possível elencar os meios de prova admitidos como meio garantista da formação do convencimento do magistrado, bem como examinar de que maneira os espaços virtuais de obtenção probatória se inserem nesta orientação político-criminal.

Disciplina o art. 155 do Código de Processo Penal que o juiz deverá formar o seu convencimento livremente, a partir dos elementos probatórios trazidos ao processo e submetidos ao contraditório. (BRASIL, 1940). Consagra, pois, o sistema do livre convencimento motivado ou sistema da persuasão racional como modelo

de apreciação de prova. A indispensabilidade do contraditório, por sua vez, reflete uma leitura constitucional (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal) da codificação processualista brasileira, minimizando a herança do modelo repressor fascista italiano da década de 1930, cujo texto inspirou o diploma legal pátrio.

Desta maneira, tanto na efetiva produção da prova em contraditório judicial, quanto pela via do contraditório diferido relativo às excepcionais espécies probatórias colhidas em fase de investigação, impõe-se a garantia do exercício de defesa como único caminho (constitucional) possível para a formação do convencimento decisório. É assim que a análise do regime legal das provas e o sistema processual adotado se apresenta, como bem explica Aury Lopes Jr., como forma de compreensão do estágio de evolução histórica do modelo de construção do conhecimento. (LOPES JUNIOR, 2014).

Compreende-se, aqui, que a pretensão democrática impõe uma releitura do sistema processual, tendo em vista a compatibilização de suas normas com um modelo garantista, acusatório e de persuasão racional. Portanto, a adoção de um sistema acusatório, marcado, sobretudo, pela negativa à iniciativa probatória do juiz, terceiro alheio aos interesses em jogo no processo, em contraposição ao sistema inquisitório, modelo antidemocrático em que se admite o juiz como um gestor da prova, verdadeira *parte* processual. (LOPES JUNIOR, 2014).

Declaradas as mencionadas premissas, cumpre agora analisar o regime legal de provas definido pelo Código Processual Penal, compreendendo que o sujeito julgador formará o seu convencimento livremente a partir das provas, mas sem que se lance em busca destas, para respeitar as garantias fundamentais que devem se apresentar como percurso necessário no processo de persuasão.

Ao disciplinar os meios de prova admissíveis, o legislador não dispôs de rol taxativo (*provas nominadas*), admitindo, desde que em caráter excepcional e sem se afastar das garantias constitucionais e processuais, as chamadas *provas inominadas*. Dentre as provas tratadas pelo Código de Processo Penal, apresentam-se como relevantes para o recorte temático ora definido as provas periciais. Esclarece Fernando da Costa Tourinho Filho que a perícia corresponde ao “exame procedido por pessoa que tenha certos conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos acerca de fatos, circunstâncias ou condições pessoais”. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 552).

Dentre as diferentes espécies de exames periciais que podem servir à formação do convencimento, destaca-se, para os fins do presente estudo, o exame de corpo de delito. Disciplinado a partir do art. 158 do Código de Processo Penal, a mencionada perícia é indispensável quando a infração deixa vestígios (crimes *não transeuntes*), não podendo esta ser suprida pela eventual confissão do acusado. (BRASIL, 1940).

O exame de corpo de delito deve ser realizado conforme as normas estabelecidas nos arts. 158 e seguintes do diploma processual, destacando-se as alterações dadas pela Lei nº 11.690/2008, que passou a prever a sua realização mediante um perito oficial, portador de diploma de curso superior, ou, em sua falta, por duas pessoas idôneas, também portadoras de diploma de curso superior, com habilitação técnica relacionada à natureza do exame. (BRASIL, 2008). Disciplina a própria lei processual que o exame de corpo de delito pode ser direto ou indireto, e que a sua ausência, seja em uma ou outra modalidade, em razão do completo desaparecimento dos vestígios do crime, poderá ser suprida por exame testemunhal (arts. 158 e 167, CPP). (BRASIL, 1941).

Fala-se em corpo de delito *direto* quando a prova é realizada a partir do exame *no próprio objeto* da perícia, diferentemente do exame *indireto*, realizado quando desaparecido o objeto a ser periciado ou quando impossível, por alguma outra razão, a realização direta do exame, é o caso da utilização de fotografias ou vídeos, por exemplo, a partir dos quais se possa examinar o corpo do delito para a prova da materialidade delitiva. (PACELLI; FISCHER, 2015).

Somente na hipótese de não ser possível a realização do exame de corpo de delito, seja ele direto ou indireto, é que terá vez a utilização da prova testemunhal, de maneira que Pacelli e Fischer advertem que não se pode confundir a prova testemunhal com o exame pericial indireto, uma vez que este é, necessariamente, uma modalidade de prova técnica, exigindo a participação de profissional qualificado, conforme já assinalado. (PACELLI; FISCHER, 2015).

Resta avaliar, diante disso, se vídeos e fotografias, bem como outros materiais, contendo demonstração de maus-tratos contra animais, pulverizados no espaço virtual, podem ser utilizados como meio para a prova de tais fatos e, eventualmente, suficientes para a formação do convencimento do magistrado sobre o crime contra os animais ou se, de outro lado, tal proposta contraria um sistema processual acusatório e garantista.

O EXAME PERICIAL INDIRETO COMO VIA PROBATÓRIA COMPATÍVEL COM UM SISTEMA PROCESSUAL GARANTISTA

É comum notar, modernamente, a acusação de que a adaptação do sistema Penal e Processual Penal à nova realidade delitiva tem sido travada às custas de um enfraquecimento do sistema acusatório e do respeito que se espera, em um Estado Democrático, às garantias fundamentais do acusado. Para Alexandre de Moraes da Rosa e José Manuel Aroso Linhares, o estreitamento das relações entre o Direito e a estrutura econômica moderna é marcado, especialmente, por uma confusão entre “Direitos Fundamentais” e “Direitos Patrimoniais”, desnaturando-se o conceito essencial de Justiça para que esse passe a se confundir com a noção de eficiência. (ROSA; LINHARES, 2011).

Todavia, é de valiosa importância refletir se por meio de uma noção de processo penal eficiente (não nos termos da análise econômica do direito), que utilize as praticidades oferecidas pela nova realidade social é possível compatibilizar um processo decisório justo. Mais especificamente, cabe avaliar se o exame pericial indireto corresponde a elemento probatório suficiente e legítimo, em um sistema processual acusatório, para a formação do convencimento do magistrado em crimes de crueldade contra animais disseminados e exibidos em espaços sociais virtuais.

Luigi Ferrajoli traça um plano epistemológico sobre os diversos princípios que compõem o modelo garantista de Direito Penal, empregando, em sua formulação, onze princípios penais e processuais penais: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa. (FERRAJOLI, 2014). A partir da epistemologia garantista como diretriz maior na tomada de conhecimento de fatos no Processo Penal democrático, Elmir Duclerc destaca o princípio da estrita jurisdicionalidade (*nulla culpa sine iudicium*) como único modelo admissível para o processo de cognição e de comprovação, exigindo-se um procedimento probatório do tipo indutivo. (DUCLERC, 2004).

No caso da utilização de imagens e vídeos em que se exiba, no espaço virtual, a prática criminosa de atos de crueldade contra animais, não há ofensa à teia de garantias disciplinadas para um processo acusatório e democrático desde que tais elementos probatórios sejam colhidos sob o crivo da estrita jurisdicionalidade.

Nesse sentido, para que tais elementos possam vir a formar o convencimento do magistrado, é imperioso observar que a gestão probatória não seja tomada como incumbência do juiz, não havendo espaço, em um Estado que se pretende democrático, a atuação parcial do magistrado na produção de material probatório. Portanto, entende-se o art. 156 do Código de Processo Penal, ao dispor sobre poderes instrutórios do juiz, como incompatível com um modelo processual garantista. (BRASIL, 1941).

Desta maneira, o primeiro elemento para a admissibilidade de material colhido no ambiente virtual contendo demonstração de atos cruéis contra animais é que se tenha respeitado o sistema acusatório e o ônus probatório para os tipos incriminadores descritos na Lei nº 9.605/1998. Além disso, cabe avaliar, também, que o Código de Processo Penal, ao tratar do exame de corpo de delito, impõe uma ordem hierárquica que deve ser observada.

Assim, na mesma linha de entendimento perflhada por Aury Lopes Jr., a regra geral para a comprovação de materialidade delitiva das infrações que deixam vestígios é, e não deixará de ser, a da utilização do exame de corpo de delito *direto*, sendo o exame indireto hipótese excepcional. (LOPES JUNIOR, 2014).

Portanto, a utilização de vídeos, fotografias e outras formas de exame indireto do corpo do delito somente é legítima quando não é possível realizar o exame pericial direto em razão do desaparecimento dos vestígios materiais do crime praticado. Além disso, não desonera a acusação do dever de obediência às normas disciplinadas nos arts. 158 e seguintes do Código de Processo Penal, afinal, mesmo em se tratando de um exame indireto, não deixa tal modalidade de ser espécie de exame pericial.

Com isso, eventuais vídeos e fotografias devem ser analisadas por perito oficial ou pessoa idônea, somando-se aqui a necessidade de conhecimento voltado, também, para a obtenção de provas em espaços eletrônicos e virtuais, como forma de se avaliar, adequadamente, se tais meios foram objeto de manipulação ou não. Não se pode afastar, portanto, da construção indutiva do conhecimento dos fatos.

Cumprido notar, ainda, o meio de obtenção da referida prova, registrando-se aqui como limites intransponíveis a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, de forma que não se pode admitir, em nenhuma hipótese, provas ilícitas ou destas derivadas, sob pena de nulidade. Ultrapassada a possibilidade de utilização de tais espécies como meio de prova admissível no processo penal acusatório, reconhecendo a compatibilidade do exame pericial indireto com um modelo garantista, desde que respeitada a sua excepcionalidade, resta ainda examinar as fontes de prova para a obtenção de vídeos e imagens disseminadores de maus-tratos.

Enquanto os meios de prova correspondem aos instrumentos processuais a partir dos quais se obtém elementos úteis ao processo de cognição e convencimento, as fontes de prova estão relacionadas às pessoas e aos objetos a partir dos quais é possível se chegar à prova. Geraldo Prado atenta para a necessidade de obediência às garantias processuais penais, sobretudo diante dos métodos ocultos de investigação, ainda que autorizados judicialmente, como interceptação

telefônica e de e-mails, prática comum nas atuações preliminares de investigação. (PRADO, 2014).

Admoesta o referido autor que o estabelecimento de princípios reitores é necessário para se coibir grandes devassas, tendo o Conselho da Europa disciplinado três diretrizes básicas para tais práticas de investigação, pautando-se na necessidade de base legal clara para a adoção de medidas de investigação secreta ou de intromissão, na proporcionalidade da medida e na existência de controle. (PRADO, 2014).

Portanto, não se trata de, em nome da tutela dos direitos dos animais, promover-se uma grande devassa dos espaços virtuais em que se estabelecem relações interpessoais íntimas, como troca de e-mails e de mensagens. Vale notar, nesse sentido, que a Lei nº 9.296/1996 estabelece que a interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática somente não será admitida para crimes punidos com detenção, como é o caso dos crimes contra os animais previstos nos arts. 29 a 34 da Lei nº 9.605/1998.

Entretanto, mesmo não sendo possível a devassa de comunicações sigilosas desenvolvidas em espaços virtuais para o combate ao crime de maus-tratos contra animais, é possível, ainda assim, a utilização de vídeos e de fotografias contendo elementos úteis ao exame pericial indireto de tais práticas, desde que não tenham sido obtidos por meio de interceptação informática. Portanto, é perfeitamente possível compatibilizar a utilização de material obtido em trocas virtuais como prova para crimes de crueldade contra animais, sem que isso desnature as garantias fundamentais disciplinadas para a formação do convencimento do magistrado.

Como destaca Salah Khaled, é necessário escolher qual modelo processual seguir, optando-se, de um lado, por um sistema acusatório e democrático ou, de outro, por um processo inquisitório fundado na persecução ao inimigo (KHALED JUNIOR, 2015), ciente de que a efetiva e justa proteção de bens jurídicos não precisa passar pela supressão de garantias e pela flexibilização de conquistas históricas da Democracia.

CONCLUSÃO

Com a diminuição do poder de vigilância na sociedade da informação, o espaço virtual tem se apresentado, de um lado, como um veículo de divulgação de diversos crimes contra o meio ambiente digital, dentre eles, os crimes de crueldade contra os animais, o que obriga o Estado a assumir novas funções de inspeção e de vigilância. Ao proibir e criminalizar exatamente as ações que possam causar sofrimento aos animais, a norma criminal reconhece de forma implícita o valor intrínseco aos animais, de modo que o bem jurídico tutelado deve ser considerado o sofrimento destes, que seriam os verdadeiros sujeitos passivos desse crime.

Por fim, os vídeos com imagens de crueldade contra os animais difundidos na Internet podem servir de meio de prova da autoria e da materialidade do delito, embora esses documentos digitais devam ser analisados por perito oficial ou pessoa idônea, capacitada para avaliar a sua veracidade. 

NOTAS

- 1 Para Fiorillo, o conceito de território está intimamente relacionado a uma ideia nova, qual seja a de rede. “Esta, como território, caracteriza-se pela localização da informação. A informação na rede, portanto, passa a ser elemento identificador do território no ciberespaço”. (2013, p. 15).

- 2 No início da década de 1990, a Internet recebeu o seu impulso máximo rumo à popularização. O programador inglês Tim Berners-Lee, do laboratório europeu para a física de partículas de Genebra, desenvolveu um sistema que chamou de Hipertexto de World Wide Web (WWW). Com o desenvolvimento de alguns softwares fáceis de usar e de adquirir, a rede “www” cresceu até tornar-se uma rede mundial de computadores. (CASTRO JUNIOR, 2013).
- 3 Para Leal; Anselmo (2015), a Lei do Marco Civil da Internet teve como uma de suas origens uma extensa discussão realizada com a sociedade por meio da própria Internet, entre outubro de 2009 e maio de 2010, e ocorreu em *blog* hospedado na plataforma cultura digital do Ministério da Cultura e da Rede Nacional de Ensino e Pesquisa, possibilitando a participação de mais 2.300 pessoas na elaboração da primeira versão do projeto de Lei.
- 4 Lei nº 11.829/08, art. 241-A: Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (BRASIL, 2008).
- 5 ITÁLIA. Código Penal, art. 727 – Quem, por crueldade ou sem necessidade, provoca a morte de um animal, será punido com pena de prisão de três meses a dezoito meses.
- 6 Ver BUOMPADRE, Jorge. Os delitos contra a fauna silvestre na República Argentina.
- 7 O papel do bem jurídico no âmbito do Direito Penal é essencial à fixação do objeto da proibição, cumprindo, como consequência, a função de restringir o cerceamento – conforme Schunemann – das liberdades civis. (MINAHIM, 2015).
- 8 Vide FELTHOUS, Alan R. Agression against cats, dogs and people. *Child Psychiatry and Human Development*, v. 10, n. 3, p. 169-177, 1980.
Vide HEATH, G.A.; HARDESTY, V.A.; GOLDFINE, P.E. Firesetting, enuresis, and animal cruelty. *Journal of Child and Adolescent Psychotherapy*, v. 1, n. 2, p. 97-100, 1984.
Vide HELLMAN, D.S.; BLACKMANI, nº Enuresis, firesetting and cruelty to animals: a triad predictive of adult crime. *American Journal of Psychiatry*, n. 122, p. 1431-1435, 1966.

REFERÊNCIAS

- BARRA, Alex Santos Bandeira; MORAES, Raquel de Almeida. Indústria Cultural, Pós-Modernidade e Educação: Análise crítica da sociedade da in formação. *Revista de Educação PUC-Campinas*, Campinas, nº 23, p. 21-28, nov. 2007. Disponível em: <http://periodicos.puc-campinas.edu.br/seer/index.php/reeducacao/article/view/165>. Acesso em: 5 jun. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. *A cultura no mundo líquido moderno*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2011.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; GALVÃO, Fernando (org.). *Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 108.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2019.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 maio 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 20 maio 2019.
- BUOMPADRE, Jorge. Os delitos contra a fauna silvestre na República Argentina. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 9, nº 15, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11308/8161>. Acesso em: 5 jun. 2019.

- CASTRO, Aldemario Araújo. "A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público". *Revista de Direito Eletrônico*. Petrópolis: IBDE, v. 1, nº 3, p. 41-51, 2003. ISSN – 1679-1045. Disponível em: http://www.ibde.org.br/index_arquivos/rede3.pdf. Acesso em: 19 jun. 2019.
- CASTRO JUNIOR, Marco Aurélio de. *Direito e pós-humanidade*. Curitiba: Juruá, 2013.
- CHIESA, Luis. Porque é um delito esmagar um peixinho dourado? dano, vítima e a estrutura dos crimes de crueldade contra os animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 8, n. 13, maio/ago. 2013. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8634/6176>. Acesso em: 6 jun. 2019.
- DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001.
- DUARTE, José. *Comentários à lei das contravenções penais: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- DUCLERC, Elmir. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. In: PRADO, Geraldo (coord.). *Coleção Pensamento Crítico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FELTHOUS, A. R. Agression against cats, dogs and people. *Child Psychiatry and Human Development*, v. 10, n. 3, p. 169-177, 1980. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/BF01433629>. Acesso em: 6 maio 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Crimes no meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FRIGOTTO, Gaudêncio. Cidadania, tecnologia e trabalho: desafios de uma escala renovada. *Tecnologia Educacional*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 107, p.04-10, jul./ago., 1992.
- GARCIA, Fabric. Del'homme et de l'animal: différences de degré, de nature ou d'orientation? In: *Hominidés*. Disponível em <http://www.hominides.com/html/references/de-l-homme-et-de-l-animal-mensonge-tromperie.php>. Acesso em: 1 dez. 2015.
- GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito Ambiental Pós-Moderno*. Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução, 2009.
- _____. Experimentação animal e hermenêutica constitucional. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora; FREITAS, Tiago Batista; OLIVEIRA, Thiago Pires (coords.). *Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 518.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Le verdade y laprueba. *Revista do Programa de PósGraduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, n. 13. Salvador: Fundação Orlando Gomes, 2006. p. 32.
- GRECO, Luis. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, jul./ago. 2004. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/265093761/Luis-Greco-Principio-Da-Ofensividade-e-Crimes-de-Perigo-Abstrato-Revista-Brasileira-de-Ciencias-Criminais-Ano-2004>. Acesso em: 5 maio 2019.
- HEALTH, G. A.; HARDESTY, V. A.; GOLDFINE, P. E. Firesetting, enuresis, and animal cruelty. *Journal of Child and Adolescent Psychotherapy*, v. 1, n. 2, p. 97-100, 1984. <https://psycnet.apa.org/record/1985-30936-001>. Acesso em: 5 maio 2019.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valência: Tirant Lê Blanch, 1999.
- HELLMAN, Daniel S.; BLACKMAN, Nathan. Enuresis, firesetting and cruelty to animals: a triad predictive of adult crime. *American Journal of Psychiatry*, v. 122, n. 12, p. 1431-1435, jun. 1966. Disponível em: <https://ajp.psychiatryonline.org/doi/abs/10.1176/ajp.122.12.1431>. Acesso em: 6 maio 2019.
- KHALED JUNIOR, Salah H. *A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_340.pdf. Acesso em: 9 de dezembro de 2015.

- LEAL, Luziane F. S.; ANSELMO, José Roberto de. Bloqueio de conteúdos ilícitos postados nas redes sociais: uma decisão cidadã dentro do devido processo legal. *In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPE-DI*, 25., Universidade Federal de Sergipe, 2015.
- LEVAL, Laerte Fernando. A condição-animal em Kaspar Hauser: crítica à ética racionalista: o bom selvagem e a esterilidade da razão. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 2, n. 3, p. 209-237, jul./dez. 2007. Disponível em: file:///C:/Users/Academico02/Downloads/10364-29203-1-PB.pdf. Acesso em: 6 maio 2019.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente na sociedade de risco (lei nº 9.605/98)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PAOLO, Alessandro. *Uccisionedianimaliart 544 bis c.p. – reato – crudeltà*. 2008. Disponível em: www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=1740. Acesso em: 5 maio 2019.
- PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.
- RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de comunicação*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2014.
- ROSA, Alexandre de Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROUANET, Sérgio Paulo. A verdade e a ilusão do pós-modernismo. *In: ROUANET, Sérgio Paulo. As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- SANTANA, Luciano Rocha; SANTOS, Clarissa P. G. dos. O crime de maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria (art. 32). *In: MARCHE-SAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.). Crimes ambientais: comentários à Lei nº 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.159.
- SCHUNEMANN, Bernd. Sobre ladogmatica y lapolitica criminal del Derecho Penal delmedio ambiente. *In: Libro homenaje a José Rafael Mendonza Trocontis*. t 2. Caracas: Facultad de Ciências Jurídicas y Políticas da Universidad Central da Venezuela, 1989.
- SILVA, Tagore Trajano Almeida. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. Salvador: Evolução, 2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARQUIVO PESSOAL



MARIA AUXILIADORA MINAHIM é Doutora em Direito Penal pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Professora Doutora Titular de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia (UFBA); Membro do Quadro Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA); Presidente Nacional da Associação Brasileira de Professores de Ciências Criminais.

ARQUIVO PESSOAL



HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO é Pós-Doutor pela Pace University Law School, New York (EU), onde integra a diretoria do Brazil-American Institute for Law and Environment (BAILE); Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Professor Associado das Faculdades de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e da Universidade Federal da Bahia (UFBA); Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA); Professor do Mestrado em Direito Animal e da Sociedade da Universidade Autônoma de Barcelona (ESP); Presidente da Asociación Latinoamericana de Derecho Animal (ALDA); Promotor de Justiça do Meio Ambiente na Comarca de Salvador (MP/BA).

ARQUIVO PESSOAL



DANIELA CARVALHO PORTUGAL é Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Professora Adjunta de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia (UFBA); Professora da Faculdade Baiana de Direito (FBD); Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPPP); Advogada Criminalista.



O direito dos animais diante da dissolução da sociedade conjugal

■ POR ALISSON RYAN MARTINS

“É preciso, que o direito volte o seu olhar para a realidade social, de modo a acompanhá-la no seu desenvolvimento e que, conseqüentemente, passe a ver os animais de estimação como seres que compartilham sentimentos com os seus companheiros humanos e que devem ter a sua dignidade e bem-estar preservados.”

Este trabalho teve por objeto analisar a proteção e os direitos dos animais diante da dissolução da sociedade conjugal, especialmente em casos de conflito envolvendo a guarda de animais domésticos. Tal questão da área do Direito de Família, necessariamente, pressupõe o estudo da perspectiva de direitos dos animais, que é resultado do acompanhamento pelo Direito das mudanças ocorridas na esfera da moral social, não restando dúvida de que este tema se encontra hoje no centro de debates em várias áreas do conhecimento, especialmente nos âmbitos jurídico, ético-moral e filosófico.

Entretanto, a expressão “direitos dos animais” possui um sentido não técnico e representa uma área de defesa que a lei não reconhece, já que seria utópico falar em verdadeiros direitos para os animais. De fato, a nomenclatura mais correta a ser utilizada para nomear animais irracionais é a de “animal não-humano”, uma vez que a dicotomia “ser humano/animal” sugere, por um lado, o caráter central e incomparável da espécie humana e, por outro lado, o caráter instrumental e secundário atribuído aos animais, o que demonstra a concepção de superioridade da espécie humana sobre as outras espécies e de imediato nos remete para o *especismo*. (ARAÚJO, 2013).

Apesar do termo ter sido primeiramente referenciado pelo autor Richard Ryder (1970), foi através de Peter Singer que o especismo ganhou notoriedade como vocábulo inerente aos direitos dos animais. A corrente “especista”, por vezes, traduz a ideia de supremacia da espécie humana como única e incomensurável nas suas características. (ARAÚJO, 2013).

O especismo é o entendimento dominante na cultura e na sociedade humana acerca dos termos da relação existente entre os homens e as outras espécies e é responsável por perpetuar inúmeros preconceitos, que prejudicam o avanço legislativo nacional e internacional que pretende a proteção e o bem-estar animal, inclusive em circunstâncias que envolvem a dissolução da sociedade conjugal.

Já que toda discussão que permeia a concessão ou não de direitos aos animais não-humanos ordinariamente se ocupa em debater se estes seres sencientes devem ou não ter um regime jurídico-civilista próprio, capaz de lhes reconhecer direitos e garantias, ou se devem continuar a ser considerados como *res mobiles*, termo advindo do direito romano que a eles confere o tratamento jurídico de semoventes.

Apesar do Código Civil brasileiro conceituar juridicamente o animal não-humano como uma coisa, a esperança de mudança neste contexto é cada vez maior, tendo em vista que já há experiências no direito comparado de criação de um regime próprio para os animais, a exemplo da Lei nº 69/2014, que criminalizou, em Portugal, a prática de maus-tratos aos animais de companhia e alargou a proteção concedida a estes e às associações zoófilas, representando real paradigma jurídico, social e político.

Acerca dos direitos dos animais, discute-se ainda qual seria a extensão dessas garantias, visto que, se absolutas, proclamariam a completa libertação animal e, se relativas, permitiriam o sofrimento e a subjugação destes em determinados casos. É neste cenário que nasce a diferença entre os defensores do bem-estar animal e os defensores dos direitos dos animais.

Os primeiros percebem o animal como um objeto de apropriação humana e lutam pela aprovação de uma forte tutela jurídico-penal para a punição de sujeitos que pratiquem atos cruéis contra animais não-humanos. Os defensores do bem-estar animal também defendem o oferecimento ao animal do tratamento mais humano possível, o que preconiza a humanização do animal. Contudo, entendem que, por vezes, o sofrimento é necessário e pode ser justificado quando estiverem em pauta outros interesses, notadamente econômicos e culturais, tais como: a experimentação animal, os jardins zoológicos, os circos e a caça ou a dissolução da sociedade conjugal, no caso de animais de estimação.

Já os partidários da causa dos direitos dos animais sustentam a necessidade de criação de um mínimo essencial e inviolável de direitos fundamentais à existência,

que, por analogia, relaciona a condição animal à condição de existência humana e passa a compreender o animal como um fim em si mesmo e não como um meio para o alcance de determinado fim. Alguns defendem a completa abolição do sofrimento animal, não compactuando com a maior parte das exceções que os defensores do bem-estar animal entendem como sofrimento necessário.

Desta forma, reivindicam o fim de toda e qualquer exploração animal, especialmente a advinda da experimentação científica, são contra a existência de jardins zoológicos e lutam pelo fim da indústria agropecuária, argumentando pelo modo de vida vegano ou vegetariano. De certa forma, na prática, verifica-se que a proibição de toda e qualquer exploração e maus-tratos aos animais só será possível se estes mesmos defensores abrirem mão de alguns de seus ideais, pois compreensões radicais neste sentido podem ter repercussões sociais negativas em relação à luta pela efetivação dos direitos dos animais, o que poderia ocasionar retrocesso nas discussões atuais da temática.

Assim, visto que o extremismo não é a melhor solução, este trabalho tem por escopo a análise da defesa do bem-estar animal, principalmente em face da dissolução da sociedade conjugal. Por meio do método teórico, fundamentou-se na revisão bibliográfica de artigos, obras, legislação e jurisprudência aplicável ao tema.

A VISÃO ANTROPOCÊNTRICA E A SUPREMACIA HUMANA

A concepção antropocêntrica percebe o ser humano como um ser superior a todas as demais formas de vida, de forma que, para tal teoria, os animais só merecem proteção enquanto bens de base econômica ou destinados à satisfação de utilidades sociais. Logo, esta concepção peca em não considerar a existência de uma íntima relação de dependência entre a pessoa humana e os demais animais.

Tal ligação, conforme o entendimento de Édiz Milaré (2007, p. 97) pode ser verificada, por exemplo, diante do fato de que “o crescimento das civilizações se construiu com recursos propiciados pelo mundo natural” e, ainda, “o esplendor daquelas se levantou às custas de riscos incalculáveis e de humilhações deste último”.

Desde os primórdios, a relação entre seres humanos e animais foi encarada de maneira antropocêntrica, isto é, por meio de uma visão que tem o ser humano como referencial, governante dos demais seres vivos. Há de se frisar que não havia a real conscientização, até pouco tempo, de que a sobrevivência humana está condicionada a sua interação com o meio ambiente, visto que até então a ideia de proteção da natureza só advinha de uma percepção da utilidade e da necessidade dos animais para o ser humano.

Assim, torna-se necessária a explicação do que vem a ser a visão antropocêntrica da sociedade como um todo, tendo em vista que quando se aborda a temática do reconhecimento do direito dos animais, este conceito se faz de suma importância. Segundo a análise do modelo antropocentrismo puro, o ser humano é o único capaz de se comunicar e, portanto, é o prisma de todos os valores. Coadunam com este pensamento filósofos como Aristóteles e São Tomás de Aquino. (MILARÉ, 2007).

A concepção aristotélica adota a crença de que existe uma cadeia da vida, onde os animais preencheriam posição inferior, visto que destituídos de racionalidade. Logo, para tal visão, muito embora os animais possuem alma sensitiva, estes não detêm capacidade imaginativa, posto que podem sentir, mas não são aptos a

imaginar. Portanto, não possuem inteligência, e a capacidade de elaboração de discurso é uma dádiva unicamente humana. (MILARÉ, 2007). Nessa acepção, Aristóteles (1951) afirma que os animais foram criados para suprir as necessidades da espécie humana:

A utilidade dos escravos é mais ou menos a mesma dos animais domésticos: ajudamos com sua força física em nossas necessidades quotidianas. [...] as plantas existem para os animais como os animais para o homem. Dos animais, os que podem ser domesticados destinam-se ao uso diário e à alimentação do homem, e dentre os selvagens, a maior parte pelo menos, senão todos, lhes fornece alimentos e outros recursos, como vestuários e uma porção de objetos de utilidade; e, pois, se a natureza nada faz em vão e sem um objetivo é claro que ela deve ter feito isso para o benefício da espécie humana. (ARISTÓTELES, 2010, p. 15).

Assim, a superioridade da pessoa humana se daria, sobretudo, pelo dom da comunicação, especificamente, pelo dom da palavra. Diante disso, a cultura encara de maneira natural a dominação do ser humano em face dos animais, visto que enquanto estes só possuem força física, aquele possui ideias e argumentação. Nesse sentido, como pontua Milaré (2017), o animal comumente é compreendido em um cenário escravista:

esta visão teve grande força no mundo ocidental, em virtude das posições racionalistas, partindo-se do pressuposto de que a razão (ratio) é atributo exclusivo do homem e se constitui no valor maior e determinante da finalidade das coisas. (MILARÉ, 2007, p. 98).

Segundo Édiz Milaré (2007), a tradição judaico-cristã reforçou esta posição de suposta supremacia absoluta e incontestável do ser humano sobre todos os demais seres. Com a ascensão do cristianismo no mundo romano, a ideia de singularidade da espécie humana, herdada da tradição judaica, ganhou grandes delineamentos, visto que somente os homens, entre todos os seres vivos existentes na Terra, poderiam alcançar a vida eterna, diante da imortalidade da alma e do entender de que a vida humana seria sagrada. (SINGER, 2010).

Outro ponto que colabora para tal visão é a de que somente o homem, dentre todos os animais, foi formado à imagem e semelhança de Deus. De acordo com Peter Singer, as atitudes da cultura ocidental em face da natureza são uma mistura daquelas defendidas pelo povo hebreu e pela filosofia da Grécia Antiga, principalmente por Aristóteles. (SINGER, 2002).

O desejo do ser humano em ser o ponto central de tudo fez com que este considerasse os demais seres vivos como meros serventes de sua ambição. Como observa Édiz Milaré (2011, p. 113) “o homem ocidental desenvolvido sucumbiu à tentação de fazer-se, ele próprio, o centro do mundo, proclamando que a glória dos demais seres estaria em servi-lo”.

Em outras palavras, o antropocentrismo faz do homem o centro de tudo que se desenvolve na Terra e acaba por permitir relações perversas de dominador *vs.* dominado, de razão *vs.* matéria, de absoluto *vs.* relativo, de finalidade última *vs.* instrumentalidade banal destituída de valor próprio. (MILARÉ, 2004).

Sob esta perspectiva, pondera Santos que:

ao reduzir a natureza à matéria prima sobre a qual o homem soberano inscreve o sentido histórico do processo de desenvolvimento, a ciência moderna provoca uma ruptura ontológica entre o homem e a natureza na base da qual outras se constituem (ou reconstituem), tais como a ruptura entre as ciências naturais e as sociais. A natureza é desumanizada e o homem, desnaturalizado, e assim se criam as condições para que este último possa exercer sobre a natureza um poder arbitrário, ética e politicamente neutro. (SANTOS, 1933, p. 61).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Tomás de Aquino compreende que “ninguém peca por usar uma coisa para o fim a que foi feita. As plantas vivem em função dos animais e os animais das plantas”. (DIAS, 2004). Dessa forma, o antropocentrismo puro reconhece que o animal seja capaz de sentir dor e prazer, todavia, não concorda que este possui espiritualidade, sendo incapaz de distinguir um ato de justiça ou um ato de injustiça e, em virtude disso, não merece consideração moral.

Logo, observa-se que o ser humano como passar do tempo firmou a sua identidade em relação ao meio ambiente posicionando-se como um indivíduo soberano, superior e autônomo, criando uma ciência do ser totalmente distinta entre o mundo dos homens e o mundo das coisas.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS

Como visto, os animais ainda são vistos por muitos como meros objetos de direito e tratados como coisas à disposição de pesquisas médicas e científicas, da alimentação, dos esportes, do vestuário e da moda. Entretanto, como compreende Singer (2002), pelo princípio da igualdade, entende-se que a preocupação com os outros não depende de como estes são ou das aptidões que possuem.

De modo que a exploração das espécies ou a desconsideração destas em razão de interesses mais relevantes não poderiam ser práticas alicerçadas na falta de inteligência ou de capacidade. De acordo com Ferry (2009), a luta pela proteção animal não pretende apenas proteger seres inferiores de maus-tratos cometidos por humanos, mas de reivindicar o direito destes de bem-estar e de pleno desenvolvimento. Assim, se um ser sofre, esse sofrimento deve ser levado em consideração.

A dor é inerente à própria condição existencial do ser, e com o animal não é diferente. Quando este está diante de uma situação que o faz sentir dor, se comporta de uma maneira muito parecida com a que o homem se comportaria nas mesmas circunstâncias. Da mesma forma que é perceptível a dor de uma criança quando esta se machuca, é latente o incômodo dos animais quando estes sentem dor, especialmente quando esta é evidenciada por gemidos e contorções. (SINGER, 2010).

Conforme a tradição filosófica do utilitarismo, poderiam ser reivindicados os direitos dos animais e não apenas um dever de cuidado dos seres humanos para com as outras espécies. Segundo os utilitaristas, são necessárias escolhas éticas racionais quando a discussão é o sofrimento animal, já que estes também são capazes de sentir dor e prazer. (SINGER, 2010). Como assinala Jeremy Bentham (2008), os princípios que norteiam o utilitarismo são a busca do prazer e o combate à dor, principalmente diante do fato de que tal corrente filosófica prega a conquista da felicidade pelo e para o maior número de pessoas possível.

Nesse sentido, Richard Posner pondera que o utilitarismo não tolera o sofrimento e considera que as experiências científicas feitas com a utilização de animais são

dolorosas e devem ser combatidas. Uma vez que é importante ter em mente que o sofrimento de um animal e de um homem estão no mesmo patamar, não havendo justificativa para tamanho descaso quanto à proteção animal. (POSNER, 2001).

Já Luc Ferry considera o animal como uma “pessoa moral” e merecedor de dignidade intrínseca. Para o autor, esta dignidade qualifica a capacidade de sentir prazer ou sofrimento e é suficiente para afirmar que o animal possui interesses próprios a serem tutelados. Assim, o utilitarismo se distingue do antropocentrismo em relação à proteção dos animais, visto que o primeiro entende que estes possuem interesses, sentem prazer e dor, enquanto que o segundo volta o centro da sua preocupação para o homem, em detrimento do animal. (FERRY, 2009).

Nesse contexto, constata-se que por mais que os animais não sejam pessoas humanas, também possuem direitos inatos, tais como: o direito à vida, ao livre desenvolvimento, ao não sofrimento ou cárcere por interesses humanos. O fato de os animais não serem inteligentes quanto os homens não justifica a superioridade dos interesses do homem, sendo estes merecedores de igual consideração.

Todavia, um dos grandes impasses que impedem a adoção da igualdade de consideração entre o ser humano e os animais é a visão social predominantemente antropocentrista e baseada no especismo, o que releva um certo egoísmo por parte dos homens quando se consideram superiores a todos os outros seres, dos quais podem usufruir da forma como desejarem. (SINGER, 2008).

Assim, para que o especismo seja evitado faz-se necessária a real colocação dos animais na esfera da preocupação da moral, visto que são seres que possuem valor intrínseco, interesses próprios e são capazes de sentir dor e prazer e, à luz do princípio filosófico da igual consideração, são sujeitos merecedores de direitos e não meros objetos.

O PAPEL DO ANIMAL DE ESTIMAÇÃO NA VIDA DO SER HUMANO

Para definir o papel dos animais de estimação na vida dos seres humanos, primeiramente é fundamental compreender a diferença entre os termos “animal de estimação” e “animal doméstico”. O vocábulo “doméstico” relaciona-se com “casa” e com “família”, com o “que é da casa, que vive na casa, que tem relação com a família”. Logo, refere-se aos animais que vivem em casas habitadas e são criados à luz da mansidão. (SACCONI, 1996).

Já o termo “animal de estimação”, no contexto jurídico, ganhou conceituação mais abrangente com o Projeto de Lei nº 1.058/2011, da Câmara dos Deputados, que, em seu art. 3º, definiu:

para os efeitos desta Lei, consideram-se animais de estimação todos aqueles pertencentes às espécies da fauna silvestre, exótica, doméstica ou domesticada, mantidos em cativeiro pelo homem, para entretenimento próprio ou para terceiros, capazes de estabelecerem o convívio e a coabitação por questões de companheirismo, afetividade, lazer, segurança, terapia e demais caos em que o juiz entender cabíveis, sem o propósito de abate. (BRASIL, 2011).

Os animais de estimação, portanto, constituem categoria mais ampla que a de animais domésticos, além disso, a principal característica destes não é a vivência

domiciliar, mas a capacidade de estabelecimento de relação de companheirismo e de vínculo afetivo com os humanos. Desta forma, é notória a importância que os animais de estimação ganharam nos últimos anos, tanto no contexto nacional quanto internacional. No Brasil, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2013, cerca de 44,3% dos domicílios do país possuía pelo menos um cachorro. (BRASIL, 2013).

Com isso, o Brasil passou a ocupar o 4º lugar no *ranking* das nações com maior número de animais de estimação no mundo, registrando 132 milhões e perdendo apenas para a China, em primeiro lugar, com 289 milhões, seguida dos Estados Unidos, com 226 milhões, e do Reino Unido, com 146 milhões. Além disso, o Brasil ocupa o 2º lugar em relação às maiores populações de cães e gatos ao redor do mundo. (BRASIL, 2015).

Tais dados comprovam que a relação entre os seres humanos e os animais vem ganhando cada vez mais força. Ademais, confirma que a mera companhia cedeu espaço para o desenvolvimento do afeto, que traz inúmeros benefícios sociais, psíquicos e fisiológicos, tanto para o animal quanto para o ser humano. (RIBEIRO, 2011). Independente da faixa etária dos humanos, os animais de estimação auxiliam na diminuição do isolamento e do sentimento de solidão humana. Os animais atualmente dão sentido à vida de muitos idosos, divertem as crianças, ajudam pessoas com problemas psicológicos e doenças graves e até aproximam familiares. (BECK, 2014).

A explicação fisiológica para os benefícios da relação supracitada está baseada na liberação de ocitocina (OT), conhecida como o “hormônio do amor”. Uma pesquisa desenvolvida na Universidade de Azabu, no Japão, mediu os níveis de ocitocina dos donos de cachorros antes e depois da interação com os animais. O estudo concluiu que há, de fato, um aumento nos níveis desse hormônio após o contato entre as espécies. (NAGASAWA, 2009).

A ocitocina é o mesmo hormônio liberado durante a gravidez da mulher e é ele que conecta a mãe ao bebê. Além disso, o hormônio auxilia na diminuição do estresse e da ansiedade. Dessa forma, não fica difícil entender a relação entre o ser humano e o animal, a ocitocina e os seus benefícios. (SMITH, 2014). Logo, cientificamente, é fato que os animais de estimação contribuem para a saúde e são integrantes da entidade familiar.

Como analisa Furbino (2014), os cachorros e gatos deixaram de dormir no quintal das casas e passaram a viver nos mesmos cômodos que os seus cuidadores. São chamados de “filhinhos da mamãe e do papai” e são levados ao veterinário e ao psicólogo. Para o autor, os animais de estimação nunca foram tão humanizados. Logo, uma vez que considerados verdadeiros integrantes da família, os animais devem ter os seus interesses tutelados pelo direito, que deve impedir maus-tratos e propiciar-lhes bem-estar, principalmente quando há a separação e o rompimento de vínculo existente entre os demais integrantes no corpo familiar.

DA GUARDA DOS ANIMAIS DE COMPANHIA EM CASO DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Em face da inexistência de lei que regulamente os direitos dos animais, a decisão a respeito da guarda dos animais de estimação em casos de dissolução dos vínculos

conjugais não é das mais fáceis, especialmente quando não há consenso entre os litigantes. À luz dos dispositivos elencados no Código Civil e do pensamento de Gonçalves (2012), a guarda dos animais é um direito natural dos tutores, assim como a guarda dos filhos é direito dos genitores.

A guarda do animal poderá ser atribuída a um dos tutores ou a uma pessoa idônea da família de um dos cônjuges, nos termos do disposto no art. 1584, § 5º, do Código Civil. A guarda ainda poderá ser unilateral ou compartilhada, a depender das circunstâncias de cada caso concreto. (art. 1583, CC). Como observa Fernandes (2014), atualmente é comum que os cônjuges/tutores elaborem contratos que incluam cláusulas que disciplinam a guarda dos animais de estimação em caso de divórcio no futuro. É o que decidiu o casal Eduardo Henriques e Daniela Picollo, que celebraram prévio acordo que definia o destino de doze cães da raça Cocker em caso de rompimento do vínculo conjugal, além de definir de quem seria a guarda dos cães e acerca do direito de visita. (FERNANDES, 2014).

Já em decisão proferida em 2015, a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), deu parcial provimento a um recurso que determinou a entrega de um cão, denominado Argus, sob pena de busca e apreensão. O cão Argus e a cadela Olívia estavam na posse da ex-mulher, visto que o juiz de primeiro grau entendeu que os animais estavam acostumados a sua rotina e que a transmissão da posse ao ex-marido alteraria a estrutura e o ambiente familiar, o que prejudicaria a saúde destes. Apesar disso, em razão da comprovada propriedade, o Egrégio Tribunal proferiu entendimento favorável ao ex-marido. (IBDFAM, 2018).

Já em junho de 2018, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), garantiu o direito de um ex-companheiro de visitar o animal de estimação após a dissolução da união estável. Com a inédita decisão no âmbito do STJ, o colegiado “confirmou acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que fixou regime de visitas para que o ex-companheiro pudesse conviver com uma cadela yorkshire adquirida durante o relacionamento, e que ficou com a mulher depois da separação”. (STJ..., 2018).

Tais decisões, conforme Gordilho; Coutinho (2017), demonstram que a falta de regulamentação jurídica para tais entraves vem ocasionando insegurança, tendo em vista que, de um lado, alguns juízes se utilizam do *status* de bem semovente “para aplicar soluções calcadas puramente na propriedade privada, e, de outro, julgadores vanguardistas aplicam por analogia o direito de família para embasar decisões como a guarda compartilhada”. (GORDILHO; COUTINHO, 2017, p. 276).

Para os autores, muito embora a proteção dos animais nesse sentido ainda seja falha, importa destacar que “as relações de afeto entre seres humanos e animais de estimação passam, gradativamente, a ter espaço nos tribunais e no mundo acadêmico” (GORDILHO, 2017, p. 273) e que é imprescindível, para a melhor proteção animal, “a alteração do *status* jurídico dos animais no ordenamento para reconhecê-los como seres sencientes e titulares de direitos”. (GORDILHO; COUTINHO, 2017, p. 276).

Diante de tal problemática e da ausência de legislação específica, vislumbra-se que o magistrado deverá buscar a melhor solução para cada caso concreto por meio da utilização de analogia, dos princípios gerais do direito e dos costumes. A melhor forma de resolver a situação é mediante a busca pela preservação dos interesses e do bem-estar do animal. Nesse cenário, a simples argumentação de propriedade do animal por parte de um dos integrantes da família não é o bastante

para a concessão da guarda, uma vez que a relação afetiva entre o animal e outro integrante pode ser mais forte. Além disso, os litigantes devem demonstrar ter melhores condições psicológicas, financeiras e de tempo para cuidar do animal.

Em 2018, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), proferiu decisão obrigando o ex-companheiro a contribuir para o custeio das despesas de uma gata e de seis cadelas, uma delas da raça Golden Retriever, diagnosticada com câncer e submetida à quimioterapia. A ex-companheira entrou com a ação para pedir a colaboração do ex-companheiro, com o qual viveu por 22 anos em união estável. O Egrégio Tribunal estipulou o valor de R\$150,00 (cento e cinquenta reais) por animal, ou R\$1.050,00 (um mil e cinquenta reais) no total. (NÓBREGA, 2018).

Como compreendem Cardin; Vieira (2017), quando um casal escolhe adotar um animal de estimação, este assume a responsabilidade de provisão de todas as suas necessidades. Além da alimentação, necessária para a subsistência, é fundamental garantir uma vida digna ao animal, sob pena de configurar abandono ou maus-tratos. Em caso de dissolução da sociedade conjugal, o magistrado deve utilizar, por analogia, os princípios gerais do direito em favor dos *pets*, a exemplo do melhor interesse da criança, que visivelmente poderia ser aplicado ao animal.

Assim, além do interesse dos tutores, é necessário que o magistrado também se atente ao melhor interesse do animal em cada caso concreto, visto que a depender do conteúdo da decisão sobre a guarda e o direito de visitas, o animal sofrerá sérias mudanças em sua rotina, que já foi prejudicada pela separação do casal.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, mostra-se protetivo dos animais não-humanos. Atualmente, é ampla a proteção ambiental e muitas são as discussões que envolvem o Direito Animal. Tal conjuntura se deve ao fato de que a relação entre humanos e animais não-humanos é cada dia mais forte e socialmente incentivada, uma vez que o vínculo atual das pessoas com os seus *pets* ultrapassa os limites estabelecidos pela mera companhia e abrange uma relação constituída pelo afeto, respeito, companheirismo e pela amizade, que sugere, em certa medida, o fenômeno da humanização dos animais, já que estes também passam a ser considerados integrantes da entidade familiar.

Ocorre que, embora o direito deva estar sempre atento a acompanhar o desenvolvimento da sociedade, no Brasil ainda não se alcançou um nível de legislação que promova um regramento normativo coerente com as expectativas sociais. O Código Civil brasileiro, distante dessa realidade do vínculo que cresce entre ser humano e animal de estimação, continua a tratar os animais não-humanos como “coisas”. Essa lacuna no ordenamento tem gerado debates importantes e de relevantes consequências práticas, especialmente no âmbito do Direito de Família e acerca do instituto jurídico da guarda e do direito de visita.

O que se pode perceber do estudo realizado é que já existem alguns Projetos de Lei que pretendem modificar a adequação legal da natureza jurídica dos animais não-humanos, de forma a lhes conceder uma posição que vai além da simples proteção para lhes possibilitar o alcance do *status* de sujeito de direitos.

Quanto às questões que envolvem o rompimento de relações conjugais e o litígio envolvendo o destino de animais de estimação, todo o contexto afetivo deve ser levado em consideração para o deslinde do caso, de forma que os prejuízos nos vínculos do animal com seus tutores sejam minimizados, uma vez que estes também sofrem com a separação do casal e não merecem ser tratados como simples “coisas” ou serem utilizados como moeda de troca entre os litigantes.

No âmbito judicial, algumas decisões vanguardistas já entendem pela solução que vise o melhor interesse do animal, que também não pode ser escravo da supremacia das vontades e dos anseios humanos momentâneos e impetuosos. Entretanto, inúmeras ainda são as decisões que levam em consideração somente aspectos materiais, tais como o valor econômico do animal, as condições econômicas de cada cônjuge para a criação deste ou o simples título de propriedade, que, por vezes, não se sobrepõe à relação existente entre o animal e o outro cônjuge ou outro integrante da família.

É preciso, portanto, que o direito volte o seu olhar para a realidade social, de modo a acompanhá-la no seu desenvolvimento e que, conseqüentemente, passe a ver os animais de estimação como seres que compartilham sentimentos com os seus companheiros humanos e que devem ter a sua dignidade e bem-estar preservados. 

REFERÊNCIAS

- ANIMAIS de estimação são alvo de disputa na justiça. *IBDFam*, Belo Horizonte, 25 abr. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6605/Animais+de+estima%C3%A7%C3%A3o+s%C3%A3o+alvos+de+disputa+na+justi%C3%A7a>. Acesso em: 20 jan. 2019.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO (ABINPET). *Faturamento do setor crescerá 7,4% e fechará em R\$ 17, 9 bilhões em 2018*. 2018. Disponível em: <http://abinpet.org.br/faturamento-do-setor-crescera-74-e-fechara-em-r-179-bilhoes-em-2015/>. Acesso em: 27 jan. 2019.
- BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao direito*. 6. ed. São Paulo: Letras & Letras, 1998.
- BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. *IBGE – População de animais de estimação no Brasil – 2013 – Em milhões*. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/assuntos/camaras-setoriais-tematicas/do-cumentos/camaras-tematicas/insumos-agropecuarios/anos-antiores/ibge-populacao-de-animais-de-estimacao-no-brasil-2013-abinpet-79.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.058 de 2011*. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Disponível <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498437pdf>. Acesso em 21 abr. 2019.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.196 de 2010*. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/765006.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.
- _____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002. Acesso em: 20 abr. 2019.
- _____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; VIEIRA, Tereza Rodrigues. On multi-species families: pets as subject of rights in cases of marital dissolution. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da*

- Universidade Federal da Bahia*, v. 27, n. 2, p. 195-216, 2017. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/25148/15330>. Acesso em: 12 jul. 2019.
- CHAVES, Marianna. Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie? *IBDFam*, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Marianna%20Chaves>. Acesso em 22 abr. 2019.
- FERNANDES, Nelito. Quando os donos se separam. *Época*, São Paulo, 23 out. 2010. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0EM181588-15228,00-QUANDO+OS+DONOS+SE+SEPARAM.html>. Acesso em: 22 abr. 2019.
- FERRY, Luc. *A nova ordem ecológica: A árvore, o animal e o homem*. Rio de Janeiro: Difel, 2009.
- FURBINO, Zulmira. Cada vez mais animais de estimação são tratados como gente e recebem cuidados especiais; isso é um problema? *Uai*, 17 abr. 2014. Disponível em: <https://www.uai.com.br/app/noticia/saude/2014/10/07/noticias-saude,191429/cada-vez-mais-animais-de-estimacao-sao-tratados-como-gente-e-recebem-c.shtml>. Acesso em: 23 abr. 2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2011.
- GORDILHO, Heron José de Santana; COUTINHO, Amanda Malta. Direito animal e o fim da sociedade conjugal. *Revista Direito de Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 257-281, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/16412/21342>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- MADALENO, Ana Carolina Carpes Madaleno; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MILARÉ, Édiz. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. 2. ed. Campinas: Boookseller, 2000.
- NAGASAWA, Miho et al. Dog's gaze at its owner increases owner's oxytocin during social interaction. *Hormones and Behavior*, v. 55, p. 434-441, mar. 2009. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0018506X08003206>. Acesso em: 22 abr. 2019.
- NÓBREGA, Bárbara. Homem é obrigado pela Justiça a pagar pensão para animais de estimação. *O Globo*, 19 abr. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/homem-obrigado-pela-justica-pagar-pensao-para-animais-de-estimacao-22608092>. Acesso em: 12 jul. 2019.
- POSNER, Richard Allen. Animal Rights. *Slate*. 15 jun. 2001. Disponível em: <https://slate.com/news-and-politics/2001/06/animal-rights-9.html>. Acesso em: 21 abr. 2019.
- POPULAÇÃO de pets cresce 5% ao ano e Brasil é quarto no ranking mundial. *Portal MF.com.br*, 14 nov. 2016. Disponível em: <http://www.caesegatos.com.br/populacao-de-pets-mundial/>. Acesso em: 21 abr. 2019.
- RISTÓTELES. *A política*. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1951.
- RYDER, Richard D. Speciesism. In: BAIRD, Robert M.; ROSEMBAUM, Stuart. E. (eds.). *Animal experimentation: the moral issues*. Amherst: Prometheus Books, 1991.
- SINGER, Peter. *Libertação Animal*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *Ética prática*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- STJ garante direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução da união estável. *Supremo Tribunal Federal*, 16 jun. 2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/si-es/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-garante-direito-de-ex%E2%80%9393companheiro-visitar-animal-de-estima%C3%A7%C3%A3o-ap%C3%B3s-dissolu%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel. Acesso em: 9 jun. 2019.



ALISSON RYAN MARTINS é Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Advogado.

Mais investimentos no Brasil, mais desenvolvimento para os brasileiros

■ POR FRANCISCO DE GODOY BUENO E JOSÉ CARLOS DA FONSECA JÚNIOR

Mesmo em um momento de baixo dinamismo econômico, o setor de árvores cultivadas vem investindo em tecnologia, expansões, novas fábricas e florestas. No ápice da crise, entre 2014 e 2017, foram mais de R\$ 20 bilhões. De 2020 a 2023 estão previstos novos aportes de R\$ 32,6 bilhões. Trata-se de uma injeção monetária que



“O Brasil precisa avançar com a aprovação de reformas que melhorem o ambiente de negócios e deem segurança para que recursos privados compensem as lacunas criadas pelas dificuldades fiscais que reduzem a capacidade de investimentos do setor público. Nesse sentido, destravar investimentos estrangeiros em terras nacionais, certamente, beneficiarão os brasileiros. Esses novos aportes gerarão riquezas para nosso País, emprego e renda ao nosso povo.”

aumentará a capacidade de fabricação de produtos com origem ambientalmente adequada, que deve gerar 46 mil novos empregos, dos quais 11 mil serão fixos, levando desenvolvimento e renda a regiões distantes dos grandes centros, com baixa atividade econômica. No entanto, esse avanço poderia ser ainda maior, desde que superados alguns entraves regulatórios, como para a atração de investimentos estrangeiros.

Decisão tomada em 2010 pela Advocacia Geral da União retomou a aplicação, pelos órgãos fundiários, de uma Lei de 1971, a qual estende a empresas brasileiras com capital internacional o tratamento dado ao estrangeiro no que diz respeito à aquisição de imóveis rurais. Diversas entidades já se manifestaram contra a aplicação da Lei nº 5.709/71, inclusive perante o Supremo Tribunal Federal, para que fosse reconhecido que o tratamento dado às empresas brasileiras de capital estrangeiro é discriminatório e atenta contra o preceito da igualdade de condições de concorrência. A Sociedade Rural Brasileira, por exemplo, fez esse questionamento e segue sem solução do Poder Judiciário.

O Poder Legislativo também busca saídas para essa situação, com destaque para o esforço que o Senador Irajá Abreu tem feito na busca de aprovação de seu Projeto de Lei nº 2963/19, que visa facilitar e impulsionar investimentos para a geração de empregos no campo. Poucos investimentos são mais benéficos para ajudar no desenvolvimento do País do que o realizado em áreas rurais, muitas vezes ainda carentes de serviços públicos elementares. De fato, temos evidências de que o investimento privado tem um efeito direto de melhoria de qualidade de vida das pessoas em regiões com IDH muito baixo, depois da chegada das atividades relacionadas à agroindústria de base florestal.

São visíveis os casos de sucesso do setor florestal na transformação de regiões anteriormente pouco desenvolvidas em polos regionais de geração de emprego e renda. Conjuntamente aos milhões de reais investidos na implantação de árvores cultivadas, são gerados empregos com responsabilidade social e ambiental, criam-se novas cadeias de suprimentos de equipamentos e serviços, de modo que pequenas cidades crescem para atender novas demandas

de fábricas de processamento de madeira, instaladas onde antes nada existia. Três Lagoas (MS), Eunápolis (BA), Três Barras (SC) e Aracruz (ES) são exemplos claros desse efeito direto do setor florestal. Segundo análise do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM) médio do Brasil, os municípios que possuem plantios comerciais de árvores cresceram 56%, enquanto o crescimento deste indicador médio do Brasil ficou em 47% nas mais recentes pesquisas realizadas, com dados de 1991, 2000 e 2010. Esses municípios também apresentaram maior crescimento que a média brasileira nas três dimensões que compõem o índice: Renda (20% contra 14%), Longevidade (26% contra 23%) e Educação (149% contra 128%).

Cabe o registro de que o setor florestal tem uma área produtiva que corresponde a menos de 1% do território do País, mas gera empregos diretos para 513 mil pessoas, impactando cerca de 3,8 milhões de brasileiros. Além disso, esse setor impulsiona a economia nacional com um Produto Interno Bruto (PIB) de R\$ 86,6 bilhões, representando 6,9% do PIB industrial brasileiro. Não há por que deixarmos o Brasil rural de fora da rota dos investimentos estrangeiros. É preciso, ao invés disso, promovê-los, para que a nossa população rural possa se fixar no campo e também participar das cadeias globais de valor. Diferentemente de outros países, o Brasil, além de condições naturais favoráveis, tem tecnologia própria, mão de obra qualificada e cadeias de suprimento estabelecidas, o que lhe dá protagonismo global na produção de alimentos e fibras vegetais.

Ademais, o campo brasileiro já há algum tempo vem assumindo o compromisso de produzir com sustentabilidade. Setores do agronegócio, como o florestal, tem o potencial de fortalecer os objetivos do Brasil no Acordo de Paris, em que nos comprometemos a reduzir as emissões dos gases do efeito estufa em 43% frente a 2005; a restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas; a incentivar a integração de lavoura, pecuária e florestas (ILPF) em 5 milhões de hectares; a zerar desmatamento ilegal; e a atingir 45% de energias renováveis na matriz brasileira. Não seria exagero afirmar que são notáveis os avanços nacionais em governança fundiária, com georreferenciamento de cadastros, para controle da posse e da propriedade, bem como para o combate ao desmatamento ilegal. Os investimentos estrangeiros obedecerão à lei brasileira, sem colocar em risco nossa soberania nem a integridade das nossas florestas.

O Brasil precisa avançar com a aprovação de reformas que melhorem o ambiente de negócios e deem segurança para que recursos privados compensem as lacunas criadas pelas dificuldades fiscais que reduzem a capacidade de investimentos do setor público. Nesse sentido, destravar investimentos estrangeiros em terras nacionais, certamente, beneficiarão os brasileiros. Esses novos aportes gerarão riquezas para nosso País, emprego e renda ao nosso povo. **□**



ARQUIVO PESSOAL

FRANCISCO DE GODOY BUENO é sócio do Bueno, Mesquita e Advogados, vice-presidente da Sociedade Rural Brasileira e assessor jurídico da Indústria Brasileira de Árvores (Ibá).



ARQUIVO PESSOAL

JOSÉ CARLOS DA FONSECA JÚNIOR é embaixador e ex-deputado federal.



O Juiz do Novo Direito

■ POR REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

“Estamos defronte um admirável mundo novo. Em consequência, o juiz não pode ficar retido nos mesmos escaninhos mentais do passado. Deve libertar-se de conhecimentos preconcebidos. O pré-conceito se desvaloriza. O mundo muda permanentemente. Heráclito tinha razão. E o juiz não pode banhar-se nas mesmas águas.”

O direito dos deuses. A consolidação positiva do Direito Romano. Fico incomodado com os limites estreitos em que se insiste por o direito. Brecht já disse que todos reclamam das águas que extravasam o canal do rio e causa tanto dano com as enchentes, mas ninguém diz que suas margens são estreitas.

Na Antiguidade Clássica buscava-se o direito divino. Antígona enfrenta o rei Creonte: “Jamais pensei que o direito dos homens pudesse revogar o direito dos deuses” ao pretender enterrar seu irmão Polinice.

Os deuses não podiam errar. Zeus punia as infrações com seus raios ou sancionava Sísifo ou Prometeu com penas duríssimas e eternas.

As pendências se resolviam através dos *ordálios* ou juízos de deus. Tudo era decidido pela fortuna.

Em Roma as coisas mudam, porque o direito passa a ser formal. Como nos informa Savigny acreditava-se na sorte para criar um direito diferente, mas “cette supposition tombe devant ce fait incontestable, que partout où l’existence d’un droit se révèle à intelligence humaine” (M.F.C. De Savigny, “Traité de droit romain”, tomo I, Librairie de Firmin Didot Frères, 1885, Paris, pág. 14). Sustenta o autor que

o direito nasce da consciência dos homens. Mas, o direito que vem à consciência dos homens não é um composto de regras abstratas (ob. Cit., pág. 16).

As normas proveem, então, da fonte básica que é o Estado. Este constitui o direito escrito que será consolidado, em Roma, no ano de 533 d. C., com o advento do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano. Savigny ressalta as partes integrantes do *Corpus*, como o direito escrito (ob. Cit., pág. 65).

O direito natural.

Invocava-se o *direito natural*. Há distinção entre o que é por natureza e o que é por convenção. O direito natural está em toda parte e prescreve ações que sobre elas tenha o sujeito, independente do fato de parecerem boas ou más (Norberto Bobbio, “O positivismo jurídico”, ed. Ícone, 1999, pág. 17). Seria ditame da justa razão e comandado por Deus, como autor da natureza. Seriam os direitos do ser humano enquanto tal.

O direito natural era o do mais forte e outorgava a qualquer um a morte violenta. A vingança era a regra, mas é um processo interminável. Diz René Girard: “Não há, no sistema penal, nenhum princípio de justiça realmente diferente do princípio da vingança” (“A violência e o sagrado”, Paz e Terra, 1998, pág. 28). O primitivo transforma-se em civilizado através do Judiciário que assume o papel de vingador da injustiça e tem o mesmo efeito que o sacrifício imolador.

O direito positivo.

Nasce em contraponto ao direito dos deuses, o conceito de norma que identifica o direito positivo. Surgem os códigos que consubstanciam todo um rol de condutas numa só garrafa de gargalo estreito. O direito adota a forma de lei. É imperativo. Resulta da natureza do proibido. Em tal posição, a lei é a única fonte de qualificação, a norma é imperativa e definida como coativa. Como conjunto legal, forma-se o ordenamento normativo.

Desenha-se o direito como uma pirâmide que busca validade na Constituição e esta fornece completude e conexão ao sistema. A norma é sagrada e transcendental. A racionalização completa vem com as modernas Constituições. Como diz François Ost (“Revista sobre enseñanza del derecho”, año 4, número 8, 2007, págs. 101/130), tal modelo atende a quatro focos: a) o monismo jurídico, leis códigos e sistematização, b) soberania estatal, pirâmide normativa; c) racionalidade dedutiva e linear, regras gerais deduzidas de princípios e d) concepção de tempo com futuro controlado.

O direito é positivado pelo legislador que detém o monopólio da instituição da norma. O juiz, então, tem seu limite de conhecimento gizado pela norma.

Este direito provém de representações canônicas e ligadas a um autor supremo: Licurgo, Sólon, Justiniano e Napoleão.

O direito realista.

O direito funcionando como engenharia social. É o que se conecta com realismo norte americano. Assim, o direito não é um dever ser, mas “un fenómeno fáctico complejo formado por los comportamientos de las autoridades judiciales” (Ost, ob. Cit., pág. 110). As regras jurídicas são meras possibilidades. Holmes é seu grande representante.

Neste campo, a efetividade é a condição primeira para a validade. O normativo se exaure em mera coleção de normas de previsão possível. Aí é que levam os direitos fundamentais a sério, como o faz Dworkin. Em contrário ao monismo, há o pluralismo, terminando com o absolutismo binário permitido/proibido, válido/inválido.

A ideia do direito vem delineada como aspiração de justiça.

O direito polifônico.

A polifonia vem do conceito musical que se desenvolveu na Idade Média e nasce por oposição ao canto gregoriano. Era linguagem dinâmica e mutável, flutuante. Seria para expressar a percepção carnavalesca do mundo. Na literatura, Bakhtin a analisa na obra de Dostoiévski (Mikhail Bakhtin, “Problemas da poética de Dostoiévski”, ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 5ª ed., 2013). A psicanálise busca o modelo musical para explicar o inconsciente.

Diz Bakhtin “A multiplicidade de vozes e consciências independentes e imiscíveis e a autêntica polifonia de vozes plenivalentes constituem, de fato, a peculiaridade fundamental dos romances de Dostoiévski” (ob. Cit., pág. 4). O que é importante, na análise literária é a multiplicidade de consciências equipolentes “e seus mundos que aqui se combinam numa unidade de acontecimento, mantendo a sua imiscibilidade” (ob. cit., pág. 5).

Significa que Dostoiévski foge do padrão. No direito, como encarar as coisas? O direito não está na norma. Ele é captado por ela, no meio dos fenômenos. O mundo empírico é múltiplo. Ao trazer para a norma o fenômeno encontrado, traz junto uma multiplicidade intensa de valores, objeções, comportamentos, sentimentos, etc. É multisignificativo. Há um turbilhão de significados, mas permanece imiscível.

O que rotulo direito polifônico é o direito de mil faces. É o que capta não o fato, mas o fenômeno e não o reduz a uma norma, nem a mera interpretação. Busca captar todos seus sentidos, toda sua complexidade. É que a sociedade não está parada. Ela se movimenta a todo instante e a todo instante aparecem situações novas.

Agora, a sociedade do homem na lua, o que traz indagações de toda ordem sobre propriedade, posse, busca de soluções extraterrestres. A clonagem humana, a comunicação eletrônica, as *fake news*, as invasões de *hackers*, a inseminação artificial, a identidade transfigurada por transexuais, transformações de sexo em gênero, representação política artificial, politização do judiciário, esvaziamento do princípio da legalidade, interferência nos poderes do Estado, tudo muito rápido.

O direito não pode mais se limitar à estrutura formal, nem ficar no sentimento político do juiz.

Os conceitos normativos não dão mais resposta à complexidade social. A globalização da economia, a tributação que perde sua territorialidade, as necessidades do Estado que se multiplicam. Tudo demanda uma nova compreensão do direito.

Modernamente assistimos a outra reação da sociedade. O procedimento judicial, no direito positivo, é um acordo prévio sobre a forma mais justa de saber tudo (anglo saxão) ou de considerar provas aceitas. O direito polifônico não se contenta com qualquer das saídas. Ao contrário, busca o conhecimento que, como diz Foucault, “é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. É essa relação estratégica que vai definir o efeito de conhecimento e por isso seria totalmente contraditório imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo” (Michel Foucault, “A verdade e as formas jurídicas”, ed. PUC, Nau editora, 2003, pág. 25).

A sociedade conflituosa.

Os problemas que se enfrentam hoje: As drogas, a sexualidade, a insegurança urbana, a busca de identidade. Como diz Garapon “na sociedade democrática, a pertença social tornou-se, com efeito, uma questão essencial” (“O guardador de promessas – justiça e democracia”, ed. Instituto Piaget, Lisboa, 1996, pág. 128).

Acrescenta Garapon que “uma sociedade é apenas um sistema organizado de diferenças; são as diferenças que dão aos indivíduos a sua identidade, e que lhes

permitem situar-se uns relativamente aos outros. Os excluídos são-no desde logo e antes de todo este sistema de diferenças, eles são órgãos de toda a filiação social e, portanto de toda a representação. Estão privados de toda a participação numa ação coletiva, do direito de ter direitos e do benefício de uma qualquer solidariedade social” (ob. Cit., pág. 128).

O direito sobrevive entre tantas contradições. Por maior complexidade que tenha a sociedade em seus diversos nuances, as coisas não se misturam. São imiscíveis.

Os três juízes de Ost. O psicopompo.

Ost prevê três tipos de juízes para a aplicação do direito: o primeiro é de Júpiter, formal e normativo; o segundo, de Hércules, realista e constitui o juiz fonte única de direito e o terceiro é o de Hermes tem estrutura de rede, que se traduz em infinitas informações e ao mesmo tempo dificilmente sintonizadas.

O *psicopompo* vem do grego e significa o guia da alma. É um ente cuja função é guiar um ser humano entre dois ou mais eventos significantes. Cabia-lhe conduzir a alma dos mortos.

O psicopompo foi muito estudado por Jung que entendia como um interme-diário entre o consciente e o inconsciente.

No direito podemos ter referida figura como o intelectual que logra trazer o transcendente ao imanente; aquele que consegue ligar o conhecimento do *espí-rito* do direito com a realidade social. É ligar o que é com o que deve ser. É fazer a ligação dos dois mundos – realidade e normativo.

No mundo cambiável e instável de hoje, há que se fazer a conexão entre diversas comunicações, diversos fenômenos, diversas compreensões de análise. O juiz não pode estar atento apenas ao fato que lhe é trazido ao conhecimento. Tem que analisá-lo em conjunto com todos os fatores sociais, psicológicos, históricos para poder bem compreender o que está sendo submetido a seu julgamento.

É o saber *complexo* de Morin (Edgar) aplicável ao mundo *líquido* de Baumann. A compreensão do mundo diversificado como o nosso, complexo, de múltiplos fatores e fatos, de situações as mais problemáticas, de desencontros,

Em situações de decisão sobre um comportamento administrativo, deve levar em conta os recursos ali envolvidos, o comportamento do agente administrativo, qual a compreensão para a ação, a forma da ação, seu momento, tudo é importante. Não lhe basta analisar simplesmente o fato, enquadrá-lo na norma e dar a decisão.

Tem que estar atento, ademais, às consequências de sua decisão, tal como determina a LIDB. Explicitar seu convencimento e analisar o que daí resultará. Não se pode mais colocar na cômoda posição de simplesmente emitir o comando individual sem estudar todo o fenômeno em seu conjunto com a realidade social.

Em tal passo, como adverte Garapon, o juiz assume papel de tutelarização das pessoas frágeis (ob. Cit., pág. 158). Afirma: “o juiz deve substituir-se à autoridade vacilante para autorizar uma intervenção nos assuntos privados de um cidadão” (ob. Cit., pág. 159).

A justiça deixa de ser meramente ritual ou de fazer o papel de uma justiça burocrática. Afirma Garapon: “A justiça informal, já o sabemos, é a suavização das regras de procedimento pelos próprios juízes que se caracteriza pela confusão dos lugares, dos momentos e dos atores” (ob. Cit., pág. 245).

Vemos, pois, que a prolixidade da sociedade não subsiste sem a normatividade. Essa é que dá coesão ao todo, dentro da perplexidade fática. Daí a necessidade de regramento social, de vez que a sociedade começa com a repressão, como já disseram Freud e Marcuse.

Dentro de tal complexidade é que se necessita da ética.

Devemos institucionalizar a ética? O juiz não é apenas um ser racional. É movido por sentimentos. Mas, como proceder diante da lei? Esta é mera forma. Busca captar o todo social, mas não logra. Tenta ser abstrata para alcançar o maior número de situações, mas não consegue atingir o todo. Se o juiz não logra atingir a finalidade social com sua decisão ele frustra as expectativas. Demasiada lealdade à norma torna o juiz colaborador de juízes injustos. Bem já se viu isso com Hitler, Franco, Mussolini e no tempo do apartheid, na África do Sul que manteve Mandela preso por longos anos. O juiz passa a ser colaborador. Por isso é que ao pode deixar de ter ética judicial, a saber, é valor que se junta à sua decisão.

Finaliza Garapon: “Uma justiça moderna, para ser eficaz e, assim, respeitada, deve conhecer muito bem a matéria que deve julgar. Tratando de regulações cada vez mais complexas pondo em jogo interesses – tanto políticos como econômicos – importantes, já não basta conhecer o direito, é necessário compenetrar-se do que há à volta, da técnica e da cultura própria da matéria” (ob. Cit., págs. 279/280).

Evidente que a justiça não pode regular todos os problemas e dizer a verdade científica, história, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem estar de todas as pessoas. Desnecessário multiplicar os direitos formais. As pessoas não aceitam ser tratadas como excluídas.

O juiz está aí para lembrar às pessoas que devem ser tratadas como dignidade, como seres humanos, com igualdade, seriedade e como seres humanos. Como disse Bobbio, a era da declaração dos direitos já se venceu. Resta cumpri-los e garantir seu exercício. É o papel dos juízes.

Atonia e acromia.

O mundo foi habituado a pensar no espaço e no tempo. O espaço fixa a competência da jurisdição; o tempo os prazos que devem ser obedecidos. Modernamente, vivemos num mundo de ausência de espaço e ausência do tempo. O mundo virtual cria uma nova realidade – simulacro (Bachelart). Vivemos em que mundo? Real ou virtual?

O juiz polifônico vive profundamente a realidade em que está. Sabe das desigualdades sociais em que vive. Não tem cultura somente normativa. Lê os clássicos. Insere-se no conhecimento de sua época. Quando decide não o faz apenas pela óptica normativa. Sai dela. Vai para a realidade.

Não pode o juiz decidir conhecendo apenas a norma. Esta é apenas um dos dados do fenômeno jurídico. Tem o magistrado que *estar* no seu tempo e *viver* a sociedade de seu mundo. Para tanto, tem que estar informado do que se passa no cosmos, em cultura que abranja o maior plexo de conhecimento possível. É sentir como vive o povo (a norma é dirigida para cumprimento de todos e não para parte restrita da sociedade).

O juiz ora estudado não pode desconhecer a norma. Esta é mero escaninho para que os termos utilizados pela lei sejam por ele interpretados. Sobre a linguagem que capta os fenômenos sociais é que o juiz faz recair seu conhecimento.

Sabidamente a norma é instituída por determinado grupo de dominação. Dependendo da ideologia reinante em determinado momento histórico as normas são produzidas. Em tese, devem resolver problemas vividos pela população. No entanto, nem sempre é assim. Os interesses que subjazem na sociedade são tomados por determinados grupos políticos. Apropriam-se deles e buscam inseri-los em normas jurídicas. Por ali se veem interesses religiosos, ambientais, urbanísticos, tributários, financeiros, de gênero, familiares, etc., que nem sempre se identificam com a sociedade em seu todo, mas com grupos particulares.

Isso torna o direito positivo em um todo movediço. Instabilidades passam a dominar o ambiente jurídico. Essa a origem do que se rotula de *politização do Judiciário* ou *judicialização da política*. As atribuições de confundem. Fruto do momento histórico que se vive. Os juízes percebem o sentimento da sociedade que se volta contra os políticos e passam a imputar a eles os males de que padece o país. As instituições políticas reagem e, com o endurecimento da interpretação dos juízes que ultrapassam requisitos procedimentais e buscam alcançar o *justo*, tentam limitar a responsabilizar os juízes.

Eles não podem, dizem, pretender administrar cidades, Estados e o país. Muito menos o Ministério Público. As atribuições entram em choque. Colidem.

A dramática situação social e política.

Tal situação é fruto dos conflitos globalizantes. Estados buscam colocar seus interesses sobre os de outros. Migrantes buscam países diferentes fugindo de sua origem, por fome, guerra ou medo. Estados inteiros são dizimados. Surgem guerrilhas e, mais modernamente, “Estados” guerreiros como o ISIS, o Estado Islâmico, que desconhecem os princípios e regras de direito internacional e agem como guerrilheiros ou como bando de bárbaros, revivendo passado de terror. Bandos terroristas desprovidos de qualquer ideal arrasam populações e as submetem a seus desejos, violentando homens e mulheres.

A África vê-se ignorada pela maioria dos países. Só percebem que existem quando buscam explorá-los. Genocídios ocorrem sem que os países de molestem com isso. Ignoram o problema, mesmo porque não há interesse econômico.

As diferenças sociais internas dos países preparam ebulição que irá ocorrer. A população se sente abandonada, arredada dos bens da vida. Sem perspectiva de vida saudável. Filhos abandonados, desesperançados de qualquer futuro. Vivendo em completo abandono do Estado. Vivendo à margem da sociedade. Em situação de promiscuidade. Sem aparelhos urbanísticos. Sem escola, educação, hospitais, creches, etc. Situação caótica para qualquer ser humano.

Os agentes políticos buscam assenhoar-se dos bens públicos. Dominam a cena política para enriquecer seus cofres. Enriquecem-se às custas de corrupção e de toda sorte de desmandos.

A tudo isso o juiz assiste. Percebe que há descompasso entre o direito positivo e a realidade social. As situações não se encaixam. As normas jurídicas não logram absorver ou dar soluções a todos os problemas sociais e políticos.

O juiz tenta, então, atropelar a norma, superar sua ausência, as lacunas normativas e busca solucionar os problemas, mesmo sem legislação a respeito. Problemas de comunicação eletrônica, *fake news*, agressões ambientais, minorias, tais como indígenas e população LGTB, linguagens diversas, negros e toda sorte de abandonados.

Como exigir que o juiz se atenha ao texto da lei? Ouvi isso milhares de vezes: o juiz é um técnico que tem que aplicar a Constituição e as leis. Não me parece ser assim, O juiz é ser pulsante de sentimentos e tem que olhar para a sociedade antes de decidir. Não pode criar um direito seu. Mas, dentro da margem interpretativa e por força da *vaguedad* das palavras, deve retirar a venda da deusa Thêmis, que a torna cega, para observar, analisar e decidir voltado para a sociedade.

Os pratos da justiça estão desequilibrados. Tortos. De um lado 1% riquíssimos e donos de toda produção de alguns países. De outro, tirante a classe média, um bando de farrapos, morando em favelas, arrastados por milícias, traficantes e desordeiros de toda ordem. Cresce um estado paralelo. O PCC já domina os presídios

e boa parte das favelas. Em “o direito de Pasárgada” o jusfilósofo português Boaventura Santos bem retratou os dois direitos.

Como age o juiz diante de tal anomia? Ele cria a norma do nada ou procura aplicar as existentes adaptando-a à realidade social. Criar não pode, porque não lhe cabe legislar, mas deve retratar em suas decisões os sentimentos mais puros presentes na coletividade.

As leis. O papel do juiz.

No mundo havia apenas animais. Os deuses reclamaram a Zeus que não havia quem os adorasse. Zeus envia Prometeu para distribuir todos os bens aos animais (Thomas Bulfinch, “O livro da mitologia”, Martin-Claret, 2013, pág. 21). Este pede a Epimeteu, seu irmão que cumprisse a obrigação divina. Fê-lo, mas se esqueceu dos homens. Prometeu, então, foi ao Olimpo e roubou a centelha divina e a entregou aos homens. Zeus irá punir os homens enviando Pandora para distribuir os males. Os homens, então, começaram a praticar injustiças. Zeus, preocupado com o desaparecimento da raça humana, enviou Hermes para distribuir justiça e pudor (Platão, “Protágoras”, 322 d).

Zeus determina: “Aquele que não conseguir partilhar pudor e justiça deverá morrer, por ser uma pestilência para a cidade” (verso 322 d). Observação fundamental: Não é a lei que Zeus oferece, mas uma *relação com ela* (François Ost, “Contar a lei – as fontes do imaginário jurídico”, ed. Unisinos, 2007, pág. 64). A segunda observação é a de que todos participem da formação da *vontade comum* (Ost, ob. Cit., pág. 65).

Percebe-se, então, que há um dever cívico de participação. É o que se denomina política (participação na polis). Mas, o mais importante é a adequação da norma abstrata ao mundo das realidades. Diz Anatole France: “As leis são feitas pelos ricos e poderosos para a conservação do poder e da riqueza” (“Le lys rouge”, ed. Gallimard, XXII, pág. 480).

Daí o papel imprescindível e essencial dos juízes. As leis são feitas de forma açodada e fornecem apenas um escaninho formal. Cabe ao intérprete dar-lhe vida. As normas retratam a dominação que se perpetua dentro das sociedades. Grupos que assumem o comando de partidos e estes dos Municípios, Estados e União. Ao se assenhorearem do poder buscam perpetuar-se e fazem de tudo para que o logrem.

O juiz que apenas lê a lei não é juiz. Deve buscar interpretá-la. Antes de mais nada deve situá-la no contexto social. Em segundo lugar, desvendar a deusa da justiça que nada vê. Olhar a sociedade é papel fundamental do juiz. Aplicar o texto é simples. O difícil é utilizar seu raciocínio para buscar uma solução justa. Distingue-se, então, o legal do justo. Diz Aristóteles que “justo será quem observa a lei e respeita a igualdade. Disposição justa é, então, por um lado a observância da lei e o respeito pela igualdade; disposição injusta, por outro, é a transgressão da lei e o desrespeito pela igualdade” (Aristóteles, “Ética a Nicômaco”, Livro V, 1129 b).

A primeira forma de injustiça é a transgressão à lei (ob. cit., 1130 10). O igual é o meio termo entre extremos (ob. cit., 1132, 24) e o juiz quer ser “como que a justiça encarnada” (1132 25) e “o juiz é capaz de restabelecer a igualdade”. Diz Aristóteles, “ato justo, em sentido estrito, consiste na correção de um determinado ato injusto praticado” (ob. cit., 1134, 10).

Aqui o filósofo arremata: a equidade é forma superior de justiça. “A justiça e a equidade são, pois, o mesmo” (ob. Cit., 1137, 10). “O que põe aqui problemas é o fato de a equidade ser justa, não de acordo com a lei, mas na medida em que tem uma função retificadora da justiça legal” (1137, 10).

O juiz utiliza a régua de Lesbos, ou seja, que se amoldava a qualquer circunstância.

A partir daí, pode-se perguntar: O juiz pode fazer o que quiser? Claro que não. Ele tem os limites de sua competência. Depois, sua formação intelectual. Deve ter sensibilidade ao analisar o caso concreto, amoldando-o à realidade em que vive. Utilizar sabedoria prática, prudência, temperança e deliberar bem objetivando atingir o melhor dos bens alcançáveis – o bem geral, captar a vontade geral da comunidade.

A prudência significa a memória necessária da experiência adquirida; o senso interior, a docilidade em relação a sábios, pronta atenção às conjecturas, previsão das contingências, precaução. Deve ter, como diz Aristóteles, um *terceiro olho* (capítulo VI, 1136, 15).

O juiz, portanto, deve conhecer a lei, mas evitar cair em seus percalços.

CONCLUSÕES

Qual o comportamento de um juiz embutido em tal sociedade, tendo que decidir para desequilíbrios tão grandes?

As sociedades mundial e brasileira são fragmentárias. O mundo se reparte em polos ideológicos e divide-se em países ricos e pobres. Cercados pela dominação. As sociedades estão divididas. De um lado uma minoria rica e, de outro, uma imensa maioria pobre. Muitos abaixo do limite de pobreza. No meio, uma classe média sufocada e carente.

Caso o juiz se atenha à norma, sem compreender o que se passa na realidade, será um juiz menor. Se não tiver cultura polivalente e múltipla, apenas verá os casos submetidos a sua análise por ótica parcial. Não enxerga todos os ângulos do problema que deve decidir.

Hoje, os problemas rompem com tempo e espaço, a linguagem é absolutamente diferente do que era no passado. A informática encurtou o tempo e propiciou novas aberturas. Os meios eletrônicos de comunicação têm nova linguagem. O papel deixou de ser importante. A virtualidade é a nova senhora da realidade. A família tem novo significado. O gênero ultrapassou o sexo. Os confrontos tomaram novas formas e conteúdo. A pobreza atinge níveis nunca vistos. A desigualdade persiste a desafiar as mais finas sensibilidades. As ideologias entram em crise.

Enfim, estamos defronte um admirável mundo novo. Em consequência, o juiz não pode ficar retido nos mesmos escaninhos mentais do passado. Deve libertar-se de conhecimentos preconcebidos. O pré-conceito se desvaloriza. O mundo muda permanentemente. Heráclito tinha razão. E o juiz não pode banhar-se nas mesmas águas.

Daí o que se rotula juiz polifônico, ou seja, aquele que abandona tradições, sem perdê-las de vista, que respeita o clássico, mas de forma crítica, que desvenda a deusa dos olhos vendados, que olha a realidade com olhos de intérprete.

Para tanto, somente a compreensão do mundo e o dedicar-se ao fenômeno analisando-o de seus perfis é que pode dar solução adequada aos inúmeros litígios que lhe são postos a julgamento.

Somente um novo sentido de subjetivismo conceitual é que poderá ver todas as nuances do que lhe é posto a seu julgamento.

Uma cultura abrangente, sólida e consistente dará ao magistrado todas as perspectivas do fenômeno colocado à sua apreciação.

Este é o juiz do novo tempo.



REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA é Professor Titular Aposentado de Direito Financeiro da USP.



Lei Complementar nº 155/2016 O investidor-anjo nas micro e pequenas empresas

■ POR RENATO LIBORIO FARIA

“A aprovação da Lei Complementar 155/2016 foi um reflexo da demanda de diferentes atores do mercado e da necessidade de criar-se uma estrutura com segurança jurídica, a fim de que empresas de micro e pequeno porte possam receber aportes de capital, amadurecer e se profissionalizar por meio do conhecimento de tais investidores.”

A Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016, introduziu dispositivos na Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, para regular o formato e as características do investidor-anjo. Em vigor desde o início de 2017, a referida lei estabelece as regras de funcionamento do investimento-anjo para as microempresas ou empresas de pequeno porte, com a finalidade de incentivar as atividades de inovação e os investimentos produtivos.

A principal novidade da lei, contida no art. 61-A, § 4º, inciso I, é de que o investidor-anjo não será considerado sócio ou administrador da sociedade investida, tampouco possuirá poder de gestão sobre ela. Nestes termos, o investidor não será responsável pelas obrigações da empresa, não podendo, por exemplo, ser acionado para pagar uma dívida trabalhista ou fiscal do negócio. Outrossim, o mesmo artigo, em seu inciso II, explicita claramente que não se aplica ao investidor-anjo as hipóteses de desconsideração da pessoa jurídica, impedindo, portanto, que seu patrimônio pessoal seja atingido em razão de dívidas contraídas pela empresa investida.

Outra novidade diz respeito as características do investidor-anjo. A Lei Complementar definiu que o investidor será remunerado nos termos do contrato de participação, não podendo a remuneração ultrapassar o prazo de 5 (cinco) anos e não ser superior ao percentual de 50% dos lucros da sociedade ao final de cada período. Ademais, poderá resgatar o valor aportado somente 2 (dois) anos após a realização do investimento, ou se prazo maior for estipulado no contrato de participação.

Mais um ponto de interesse é o que versa sobre o enquadramento da sociedade. O art. 61-A, §5º é claro ao afirmar que, para fins de enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, os valores de capital aportado não são considerados receitas da sociedade, o que beneficia o empreendedor e o acesso da empresa ao Simples Nacional.

Finalmente, importante observar que, ao saber do art. 61-A, § 9º, a transferência da titularidade do aporte para terceiro - alheio à sociedade -, dependerá do consentimento dos sócios, salvo estipulação contratual expressa em contrário. Outrossim, afirma o art. 61-C, caso os sócios decidam pela venda da empresa, o investidor-anjo terá direito de preferência na aquisição, bem como direito de venda conjunta da titularidade do aporte de capital, nos mesmos termos e condições que forem ofertados aos sócios regulares.

Isto posto, a Lei Complementar representa uma evolução no mercado de investimentos e impulsiona o desenvolvimento de um saudável ecossistema de empreendedorismo e inovação. A aprovação da Lei Complementar 155/2016 foi um reflexo da demanda de diferentes atores do mercado e da necessidade de criar-se uma estrutura com segurança jurídica, a fim de que empresas de micro e pequeno porte possam receber aportes de capital, amadurecer e se profissionalizar por meio do conhecimento de tais investidores, que fomentam a geração de negócios promissores e, em última instância, o desenvolvimento do setor no Brasil. 





Lei de liberdade econômica e meio ambiente

■ POR LUCIANA GIL E PATRÍCIA MENDANHA

“O que deve sempre prevalecer é a máxima segurança jurídica do empreendedor e, em consequência, do meio ambiente, que não pode ficar sujeito às interpretações inconstantes de órgãos reguladores ou divergências entre normas plenamente válidas e eficazes.”

Desde a edição da Medida Provisória nº 881/2019 até a publicação da versão final da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) muitos questionamentos surgiram sobre os reflexos na área ambiental, especialmente sobre possível flexibilização ao setor econômico.

Não para menos. Em um ano em que o meio ambiente ganhou as capas dos jornais, as preocupações sobre um possível afrouxamento das regras regulamentadoras são, de fato e por oportuno, muito legítimas.

A realidade, todavia, é que as disposições da lei não podem deixar de ser interpretadas com base no ordenamento jurídico existente e específico da temática. A interpretação sistemática e teleológica ganha, aqui, um significado especial.

É o que acontece, em primeiro lugar, na polêmica disposição sobre a dispensa de “atos públicos de liberação de atividade de baixo risco”, cujo conceito foi atribuído à regulamentação do ente estadual, distrital ou municipal ou, residualmente, ao Poder Executivo federal.

Na vigência da MP nº 881/2019, inclusive, já havia sido publicada a Resolução nº 51/2019, versando sobre a definição de “baixo risco”, consistente em uma conjugação de fatores de risco em prevenção contra incêndio e pânico, segurança sanitária e controle ambiental sendo previsto, no Anexo I, a listagem de atividades consideradas de baixo risco sanitário e ambiental.

Na prática, entretanto, será fundamental a verificação caso a caso considerando a legislação aplicável, inclusive em nível municipal e o impacto/porte da atividade no âmbito do licenciamento ambiental para evitar risco na operação que, embora dispensada de autorização pela Lei de Liberdade Econômica, pode estar sujeita a alguma autorização/licença específica pela legislação ambiental.

Outro ponto de discussão diz respeito à possibilidade de autorização ambiental tácita diante do silêncio administrativo, após cientificação do interessado e desde

que apresentados os elementos para instrução do processo (art. 3º, IX). Pela legislação ambiental, a aprovação tácita de licenças é expressamente vetada pela Lei Complementar nº 140/2011, que prevê que o decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva (art.14 § 3º).

Na MP que antecedeu a lei, havia expressa menção à referida Lei Complementar, prevendo que o prazo específico de análise não se confundia com os prazos para emissão de licença ambiental (art. 3º § 9º). Diante do conflito, o dispositivo da MP foi vetado, sob a justificativa de que não contemplava de forma global as questões ambientais. Na exposição de motivos, foi fundamentado pela sua inconstitucionalidade por violação à prevenção ambiental, especialmente nos casos de exigência de prévio estudo de impacto ambiental.

Após a publicação da lei, as discussões permeiam sobre a possibilidade de que a aprovação tácita possa se aplicar para autorizações (e não licenças), como de supressão de vegetação, de órgãos intervenientes, entre outras. E, até mesmo, nos casos de renovação de licenças em que não houver alteração de impacto da atividade licenciada, cujos pedidos tenham sido protocolados antes da validade, mas posteriormente à antecedência de 120 dias de sua expiração. Afinal, a Lei Complementar nº 140 veda a emissão tácita somente para os casos de emissão de licença ambiental, sendo omissa em relação às autorizações e/ou renovações.

Vale lembrar que esse tema está, inclusive, dentre as polêmicas discussões do Projeto de Lei Geral do Licenciamento Ambiental (PL 3.729/2004). É também o que foi proposto pelo Senador Márcio Bittar no Projeto de Lei Complementar nº 71/2019, tendente à alteração do parágrafo 3º do artigo 14 da Lei Complementar nº 140 para dispor que o decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, implica emissão tácita e autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra. O projeto que está, atualmente, na Comissão de Meio Ambiente do Senado Federal teve sugestão de emenda para que a emissão tácita seja aplicável apenas para os empreendimentos que sejam, simultaneamente, de pequeno porte e baixo potencial poluidor, e desde que o empreendedor demonstre o atendimento a regras gerais de controle ambiental e cumprimento das normas de uso e ocupação do solo.

Outro aspecto importante, embora pouco suscitado pela mídia especializada, foi a tentativa da Lei de evitar que ocorra transferência de obrigações públicas aos particulares na figura de “medidas compensatórias e mitigadoras” abusivas, inclusive em situações em que a atividade não causar impacto ao que se pretende impor. Situações essas que, para quem milita na área, sabe que não são incomuns.

Ao fim e ao cabo, o que deve sempre prevalecer é a máxima segurança jurídica do empreendedor e, em consequência, do meio ambiente, que não pode ficar sujeito às interpretações inconstantes de órgãos reguladores ou divergências entre normas plenamente válidas e eficazes. A análise concreta de riscos e das regras aplicáveis ao caso assumem papel fundamental nesse contexto, minimizando chances de questionamento posterior ou responsabilização indevida. 



Direito e a crise em que nos afogamos

■ POR AMADEU GARRIDO DE PAULA

“A imensa tarefa de nossos dias, em que estamos metidos numa crise que não somente é política, religiosa, ética, educacional, é afastar a crise jurídica, que também nos esbordea, estremecimento imprevisito em nossas passadas eras, senão de ouro, pelo menos de platina.”

É de trivial conhecimento que a Constituição suprema de um país traça as normas jurídicas que estruturam seus ideais.

Elaboradas, em princípio, por um poder nacional constituinte, em momentos históricos decisivos, de composição das contradições e dos antagonismos, tal poder é um cadinho de vozes discrepantes. É a suprema manifestação dialógica que devemos seguir num mundo civilizado. Toma o lugar da dialética das lâminas dos combates físicos.

Para conciliar as frondosas opções de homens de livre arbítrio e de posições opostas, os princípios, garantias e regras das Constituições necessariamente medram no campo das generalidades dos consensos. Concordamos, em princípio, mas fiquemos sem os detalhes, pois, do contrário, não conseguiremos criar regras estruturantes. Encalharemos nos desvios e nos atalhos e não daremos conta das funções magnas inerentes a esse poder revolucionário do direito.

Compete às Supremas Cortes dos países, como nosso Supremo Tribunal Federal – STF, guardar essas balizas fundantes e fundamentais. As leis e os atos administrativos, em sua múltipla variedade, não podem desgarrar-se de seus rumos, sob pena de não serem eficazes – são inconstitucionais.

O dilema do intérprete exsurge ao observar determinada matéria jurídica.

Estaria ela plantada no superior campo constitucional, ou no terreno ordinário, que o viabiliza e lhe dá vida. São instrumentos do ideal ou o próprio ideal?

Essa reflexão instiga as análises do STF. Determinado fenômeno do direito é constitucional ou infraconstitucional? Está no diploma maior ou abaixo dele? Muitas decisões de nossa Suprema Corte têm como eixo cognitivo essa definição, que cabe à inteligência do Pretório.

Tácito, senador romano, autor de “anais” e “história”, primava pela concisão.

Esta é mais desafiadora do intelecto que a prolixidade. Talvez por isso falasse de Jesus, depois de um século da crucificação, pois Jesus escreveu apenas algumas palavras na areia, logo tocada pelo vento. Tácito ficou célebre com seu anátema, “corruptissima republica, plurimae legis”. A profusão de leis escritas é um mal.

Por seus desvãos fogem os predadores. Sem crítica (ou autocrítica) aos homens de letras, podemos dizer que os grandes homens só verbalizaram, e pouco, a ponto de suas lições ficarem gravadas na memória da humanidade.

Sócrates, Pitágoras, Buda, nada escreveram. E deram caminhos. Alexandre da Macedônia não descartava sua *Ilíada*, mas dormia com uma espada em baixo do travesseiro, ao lado do livro. Dizia-se na antiguidade – e até hoje – que o livro do começo da estrada só provem do Espírito. O Corão não foi escrito por Deus, foi parte de sua essência, como a bondade e a onipresença.

No dia em que nossas Constituições não passarem de algumas poucas palavras rabiscadas na areia dos ventos talvez sejamos felizes. Mas, por ora – voltemos à vida – cumpre dizer o que é uma coisa ou outra.

Vamos a um conhecido problema. Nossa lei maior – como outras – enuncia que a lei nova deve respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Indaga-se: os elementos orgânicos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada são matéria constitucional? Analisar se uma cláusula foi cumprida para adquirir-se o direito; se decorreu o tempo necessário para aperfeiçoar o direito adquirido; se os efeitos da coisa julgada englobaram duas ou três pessoas, está na alta esfera constitucional?

Evidentemente não. O espírito se dirigiu ao legislador ordinário, o representante do povo. A lei não pode ser retroativa, ei-nos plantados no denominado direito intertemporal. Não façam leis que gerem instabilidade ao povo, porque este precisa viver em paz. Assim, somente se uma lei – ditatorial, ilegítima – disser que ela se aplica sem respeitar aqueles valores, trata-se de matéria constitucional. Diga-se o mesmo de um ato administrativo – um decreto ditatorial.

Tal como nos citados exemplos, as condições, veja-se, utilizando-se do mais derradeiro, último e excepcional recurso, a ação rescisória, que desconstitui a coisa julgada. Deve ser demonstrado pelo autor que o prazo de dois anos, de decadência do direito, não decorreu. Operação no campo infraconstitucional – das leis ordinárias. Demonstrar que o “*dies a quo*”, a partir do qual descabe qualquer outro recurso – início do fluxo decadência – nada tem a ver com a Constituição. É o homem e seus dilemas neste mundo de Deus, não o espírito e a racionalidade abstrata.

Não tem o tema dimensão constitucional, como disse em contrário um acórdão – isolado – do Supremo. Pertence à orquestra, não à luz que inspira a sonata que a movimenta. A imensa maioria do STF assim o diz, contrariamente àquele solitário e pretensioso produto do imaginário, mas é preciso definir de vez. Essa é a dificuldade do Supremo. Muitos são os guardiões, por meio dos quais passam os assaltantes. Por isso o povo não consegue compreender o direito. A imensa tarefa de nossos dias, em que estamos metidos numa crise que não somente é política, religiosa, ética, educacional, é afastar a crise jurídica, que também nos esbordea, estremecimento imprevisto em nossas passadas eras, senão de ouro, pelo menos de platina. No sentido de procurar, para comunhão com as percepções do povo, a melhor, a mais simples forma de comunicação, sem descartar insuperáveis imposições de uma arte ou de uma ciência; que corresponde ao avançado território que buscamos desde os primórdios, a civilização do direito. **C**



ARQUIVO PESSOAL

AMADEU GARRIDO DE PAULA é poeta e ensaísta literário, é advogado, atuando há mais de 40 anos em defesa de causas relacionadas à Justiça do Trabalho e ao Direito Constitucional, Empresarial e Sindical. Fundador do Escritório Garrido de Paula Advocacia.

As Empresas Familiares são mais lucrativas ou são mais lucrativas porque são Empresas Familiares? Eis a questão!

■ POR ROSE GIACOMIN

“Algumas pesquisas demonstraram que as empresas familiares foram as primeiras a superar as últimas crises mundiais. Isto se deve ao fato deste tipo de negócio possuir maior agilidade na tomada de decisão e uma visão de mais longo prazo.”



Nesta mistura de família com o negócio não é difícil encontrar pessoas que ainda fazem cara feia, que torcem o nariz ou que têm uma imagem negativa a respeito das empresas familiares. No entanto, esse preconceito é extremamente equivocado e merece destaque em relação à importância no cenário econômico.

Podemos considerar um consenso entre os autores na interpretação da empresa familiar, sendo aquela que envolve em torno de um núcleo familiar, ou, de vários núcleos familiares a direção dos negócios por meio do exercício de laços de parentesco e seus papéis de gerenciamento.

Fatores como os possíveis conflitos de interesses entre membros da família e as disputas de poder daqueles que exercem função na gestão do negócio; acabam distanciando talentos a desenvolverem uma carreira neste tipo de organização. As barreiras encontradas nos cargos mais elevados reservados para os que possuem grau de parentesco ou para os seus sucessores, também são considerados ponto de atenção.

Enganam-se. No Brasil há empresas familiares de todos os portes e algumas pesquisas realizadas pelo FBN (Family Business Network) demonstrou a predominância dessas organizações em diversos países da Europa: Na Espanha, 85% das empresas são familiares; a França possui 83% dos negócios como familiares; na Alemanha o percentual fica em 79%; na Itália são 73% das empresas consideradas como familiares; e na Finlândia, o percentual sobe para 91%.

Além de representar a maioria das organizações no Brasil e no Mundo, as empresas familiares também costumam apresentar melhores resultados econômicos, especialmente quando comparadas com outras organizações.

Há alguns anos, o IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa -, fez uma análise de quinze empresas familiares de capital aberto e as comparou com a mediana da Bovespa; o resultado foi que esse grupo de empresas familiares mostrou ser, em média, maiores, mais valiosas, com maiores múltiplos de mercado, mais rentáveis operacionalmente, mais líquidas, pagadoras de maiores dividendos e mais solventes no curto prazo do que a mediana de todas as empresas listadas na Bovespa.

Para reforçar a relevância dessas organizações, algumas pesquisas demonstraram que as empresas familiares foram as primeiras a superar as últimas crises mundiais. Isto se deve ao fato deste tipo de negócio possuir maior agilidade na tomada de decisão e uma visão de mais longo prazo.

Tenho ampla experiência em Direito Empresarial ao ajudar os gestores das empresas familiares a perpetuarem o seu negócio jurídico. Portanto, da próxima vez que alguém fizer cara feia, torcer o nariz ou fizer algum comentário pejorativo sobre empresa familiar, lembre-se da importância dessas organizações no Brasil e no mundo. 



ARQUIVO PESSOAL

ROSE GIACOMINI é Advogada, Escritora, Professora e Consultora. Autora de diversos artigos e livros. Como função social da carreira colabora como: membro da Asociación Argentina de Justicia Constitucional; Instituto de Estudios Políticos y del Estado; Editor-chefe da Revista da Academia Brasileira de Direito Civil; comitê avaliativo da Revista Síntese em Direito Empresarial da IOB e no Conselho Empresarial de Educação da ACMINAS.

O novo pregão eletrônico. Novidades do Decreto nº 10.124, de 20 de setembro de 2019 Segunda parte

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN



“Nesse panorama rigorosamente verdadeiro outra vez alertamos para que o menos é mais. Além da documentação previdenciária tradicionalmente imprescindível há décadas no Brasil, nos pregões eletrônicos quanto menos documentos se exigirem, mais inteligentes serão os procedimentos, e mais lúcido será o ente promotor. Licitação não é auto-de-fé medieval, nem autoflagelação, nem deve constituir festival de hipocrisia de quem finge que não sabe desses fatos.”

O art. 5º abre o Capítulo II, Dos Procedimentos, do Decreto nº 10.124/19, e leva o subtítulo Forma de realização. Informa que será o Sistema de Compras do Governo Federal o responsável por realizar os pregões eletrônicos para os entes sujeitos ao decreto, e indica o endereço eletrônico respectivo.

O § 1º reza que o sistema será dotado de criptografia e autenticação em favor da segurança durante o certame, o que é de esperar em sistemas eletrônicos de operações do que quer que seja. E o § 2º fixa que os sistemas de que trata o § 3º do art. 1º poderão ser próprios da União ou particulares, disponíveis no mercado, desde que integrados à plataforma de operacionalização das várias modalidades de transferências voluntárias.

São muitas remissões para algo que poderia se resolver sem maior detalhamento, eis que o Executivo federal poderia simplesmente informar que os sistemas de compras eletrônicas, do que lá fosse, podem ser públicos ou particulares, sem tantos rodeios. Fica a impressão de que o governo sabe, ou desconfia fortemente, que sendo públicos os sistemas podem não funcionar. Se de fato desconfia, tem carradas de razão.

O art. 6º elenca as etapas do pregão eletrônico, que divide em 9 (nove), sendo (I) planejamento da contratação; (II) publicação do aviso do edital; (III) apresentação de propostas e documentos de habilitação; (IV) abertura da sessão e envio de lances, que denomina etapa competitiva; (V) julgamento; (VI) habilitação; (VII) recursal; (VIII) adjudicação, e (IX) homologação.

Quando se refere ao julgamento quer significar o julgamento das propostas, parecendo olvidar-se o decreto de que a habilitação também contém um julgamento, o de se o proponente está ou não habilitado.

A habilitação merece tanto desprezo da autoridade – que quanto a isso também está coberta de razão, porque a cada dia que passa mais se revela a absoluta desprezibilidade da fase da habilitação nas licitações – que o decreto nem se lembra de que também essa fase contém um julgamento.

Ideal nos parece que a habilitação sofra crescente depreciação até o feliz momento em que por completo desapareça do ordenamento jurídico brasileiro. Qualquer alternativa parece melhor que o sistema tradicional, com seus ridículos, insignificantes, mal descritos e confusos, desatualizados e anacrônicos documentos. A habilitação nas licitações hoje em dia lembra automóveis movidos a gasogênio, ou computadores a carvão.

O art. 7º, *caput*, dá o único critério de julgamento do pregão eletrônico: menor preço, ou maior desconto sobre algum preço de referência que o edital tenha estabelecido – o que significa menor preço.

Não é proibido ao edital do pregão fixar preço mínimo, preços ou faixas de referência, ou o que quer que seja que a lei de licitações tenha proibido para as modalidades tradicionais, simplesmente porque o pregão eletrônico se rege única e exclusivamente por este decreto, e por nenhum outro diploma. Ninguém invoque para o pregão eletrônico institutos, proibições ou restrições da Lei nº 8.666/93, porque ela se lhe aplica tanto quando o código de Hamurabi ou as ordenações manuelinas: zero.

Mas... neste país, a cristalina regra do *caput* não podia sair incólume. O parágrafo único deste art. 7º parece trabalho de quem chegou ao serviço mal recuperado após ser atropelado por caminhão, ou recém-nocauteado por peso pesado. É absolutamente contraproducente.

Então, se não é essencial. O *caput* informa que o critério é o de menor preço, e o parágrafo fala em melhor preço, o que já constitui uma grave impropriedade

porque baralha com o de menor preço conceitos próprios de melhor técnica, e essa impressão se reforça pelo que segue no dispositivo, a citar prazo de execução, especificações técnicas, parâmetros mínimos e outras absolutas incongruências dentro de um critério de menor preço.

O autor do parágrafo – que não deve ser o autor do *caput* – não se conforma com que o menor preço seja apenas o preço mais baixo, o inferior de todos, o que signifique a menor importância financeira, e inventa novidades rigorosamente incabíveis e inaplicáveis. Quando um dispositivo confunde menor preço com melhor preço, então é melhor pulá-lo desde logo e passar à leitura do seguinte como se o primeiro não existisse, porque o seu autor simplesmente não sabe o que faz e, na esteira bíblica, deve ser perdoado, mas não observado.

É o que recomendamos neste caso – como de resto sempre aconselhamos quanto a inúmeros dispositivos da lei de licitações, mais enigmáticos que as fórmulas alquímicas da idade média.

Mas figuremos apenas um exemplo disso afirmado: “diretrizes do plano de gestão de logística sustentável”. Imaginando que ao menos o autor do dispositivo saiba o que é isso, a pergunta que se lhe formula é a seguinte: onde isso contribui para a fixação do menor preço? Que tem a ver esse gatafunho com menor preço? Onde esse desprezível casuísmo contribui com o estabelecimento do menor preço? Aliás, é menor ou melhor o preço perseguido?..

Se o edital exige que as propostas dos licitantes atendam aquelas mencionadas diretrizes, e que obedeçam isso ou aquilo, então escreva tais exigências como especificações no termo de referência, de modo que será pura e simplesmente desclassificada a proposta que não as atender – e ponto final. E assim qualquer outra especificação do edital: ou a proposta a atende ou é desclassificada.

Mas por tudo que é sagrado, não se polua nem se contamine a diafanidade do conceito de menor preço, que uma criança de três anos domina e que toda dona de casa exercita durante todos as horas do seu dia, com rematadas afetações e exibicionísticas frivolidades como são estas constantes da parte final do parágrafo único deste art. 7º. Muito melhor, nesse sentido, era o *caput* do art. 2º do Decreto nº 5.450/05, cujo autor sabia o que é menor preço.

O longo e rebarbativo art. 8º já à primeira mirada se afigura exagerado para um pregão eletrônico, que sempre deveria pautar-se pela simplicidade, pelas operações diretas e pelos efeitos rápidos. Sim, porque se algo é eletrônico há de ser antes de tudo e por princípio rápido e descomplicado – ou de outro modo não haveria por quê adotar a eletrônica.

O brasileiro continua entretanto, ainda hoje, escravo da burocracia, até porque para se elaborarem diplomas sintéticos e inteligentes é preciso abreviar drasticamente as instituições tradicionais, muitas das quais originárias de décadas atrás e que hoje em dia fazem rir¹.

Dentro da clara vocação do decreto para instituir listas e mais listas de obrigações, competências, etapas e fases procedimentais – o que é pedagógico e organizativo –, este artigo elenca os documentos instrutórios do pregão eletrônico, algo, entretanto, que poderia ser mais útil se mais conciso. São os seguintes:

Inciso I – estudo técnico preliminar, quando necessário. Então, se não é essencial, por que o prever?;

Inciso II – termo de referência. Foi o título que as especificações do edital receberam, já no decreto anterior. Chamando-se assim, ou não tendo nome algum as especificações do edital, o resultado é o mesmo. mas a impressão é a de que deste modo os autores do edital entendem do que se está tratando – nada mais que o conjunto das especificações do edital acerca do objeto;

Inciso III – planilha estimativa de despesas. Trata-se do orçamento da administração, e também nenhuma novidade constitui. O ente licitador precisa orçar o objeto com seus componentes, para orientar o mercado fornecedor. Recomenda-se realismo neste momento, e não ufanismo ou idealismo fora do mercado real;

Inciso IV – previsão dos recursos orçamentários. Não significa indicar a existência de dinheiro em caixa, mas apenas as rubricas do plano de contas que suportarão as despesas que virão. Recurso orçamentário é conta contábil, não cash. Para registro de preços não se aplica esta exigência, porque o ente nem sequer sabe se vai adquirir os itens licitados. Esta matéria interessa apenas ao ente licitador, e nem precisaria estar prevista na regra;

Inciso V – autorização de abertura da licitação. Outra particularidade de interesse exclusivamente interno, que o licitante não sabe o que é, não quer saber e amiúde tem muita raiva de quem sabe. Simples cópia, sem nenhum sentido prático, das regras anteriores, tão inútil quanto aquelas mas que precisa ser observada pelo ente: indicar quem autorizou o certame, e quando. Serve mais ou menos como a pedra na sopa, ou a função de soprador de verruma, de Monteiro Lobato no seu conto A vingança da peroba.

Mas o pior é o seguinte: até hoje o legislador, ou o decretoiro de plantão, não se deu conta de que a autoridade não autoriza que se licite, mas manda, determina que se licite;

Inciso VI – designação do pregoeiro e da equipe de apoio. Matéria de mero despacho dentro do processo, que não precisa ter nenhuma publicidade. Não é matéria secreta, mas também não tem porque ser anunciada. Quem quiser saber os nomes, examine o processo;

Inciso VII – edital e respectivos anexos. Ora, então o termo de referência, do inciso II, acaso estaria fora do edital? Não é o TR por acaso a parte mais essencial do edital? É de se entender que o TR é um anexo do edital, mas então esta relação deveria esclarecê-lo, porque parecem coisas separadas; no mais o dispositivo é óbvio ululante, na medida em que o edital é a própria licitação;

Inciso VIII – minuta do instrumento de contrato, ou da ata do registro de preços se for o caso. Importante, e haurido da lei de licitações que desde 1993 exige que um dos anexos do edital seja a minuta do instrumento de contrato, o que evita que o ente licite a e depois ocasionalmente pretenda contratar b, como era comum ocorrer antes da Lei nº 8.666/93. O licitante precisa sempre saber em que barco está pisando. Em não correspondendo objeto licitado com objeto do contrato, impugne-se o edital, se preciso até mesmo judicialmente;

Inciso IX – parecer jurídico. Observe-se que não mais existe a aprovação pela unidade jurídica do edital, mas mero parecer, que é livre opinião, não libera coisa alguma para prosseguir e não vincula a atuação da autoridade superior.

Sendo mera opinião (opinio) não gera responsabilidade ao parecerista, porque constitui livre expressão do pensamento, o que é direito e garantia

individual do cidadão por força de cláusula pétrea da Constituição, figurante do seu art. 5º, inciso IV.

Outra coisa, bem distinta e juridicamente mais relevante que uma mera opinião, seria o ato administrativo da aprovação, como acontece na lei de licitação, art. 38, parágrafo único, ato esse que libera o prosseguimento do certame e gera responsabilidade ao autor;

Inciso X – documentação de habilitação. Sempre dissemos que a habilitação podia no máximo ser um mal necessário, mas neste momento nos retratamos: não é. Habilitação é um péssimo necessário, quando é necessário. Toda a documentação do mundo, em seu conjunto, não garante absolutamente nada à Administração.

Quem não tem vergonha na cara não sofre restrição alguma com documentos, nem reconhece coerções, e nem sequer sob a permanente ameaça de processo, multa, ressarcimento e cadeia, e encerramento da empresa. Nada intimida os bandidos, e o mundo da licitação está abarrotado dos piores meliantes – particulares e autoridades públicas –, como o país assiste há bons anos. Com lava-jato, sem lava-jato ou apesar da lava-jato o mar de lama persiste irrefreável: – comigo não acontece, muitíssimos assim pensam, e resistem em sua carreira. E não será documentação nenhuma no planeta que conterà a sodomia-e-gomorria administrativa.

Nesse panorama rigorosamente verdadeiro outra vez alertamos para que o menos é mais. Além da documentação previdenciária tradicionalmente imprescindível há décadas no Brasil, nos pregões eletrônicos quanto menos documentos se exigirem, mais inteligentes serão os procedimentos, e mais lúcido será o ente promotor. Licitação não é auto-de-fé medieval, nem autoflagelação, nem deve constituir festival de hipocrisia de quem finge que não sabe desses fatos.

Conhecemos muitos servidores da área de licitações que quase sofreram síncope cardíaca, ou acidente vascular cerebral fulminante, quando pela primeira vez foram informados que a lista dos documentos constantes dos arts. 27 a 31 da lei de licitações não é toda ela de exigência obrigatória; mas parece que até o dia de hoje muitas autoridades ainda não o aprenderam, a confirmar que o pior cego é o que não quer ver²;

Inciso XI – proposta de preços do licitante. Essa é a proposta inicial, originária, sobre a qual o proponente espera começar a negociar na subsequente fase de lances. Por mais que na sequência os preços ofertados se distanciem dos da proposta, uma oferta inicial sempre constitui a base do que virá;

Inciso XII – ata da sessão pública, instruída ao menos com

– lista de participantes (apenas os oficialmente admitidos ao pregão, excluídas as fantasmagorias ou as almas penadas de qualquer natureza, sempre presentes nas telas);

– as propostas oferecidas;

– as comunicações entre o ente e os interessados, como avisos, esclarecimentos e impugnações, estas com seus resultados;

– os lances oferecidos e sua classificação;

– as suspensões e os reinícios eventuais. Se ocorreram, naturalmente precisam estar registradas;

– “aceitabilidade de proposta de preço” – e aqui temos todas as restrições do mundo ante a confusa técnica do pregão presencial aqui copiada

para o eletrônico, no qual se instituiu essa incompreensível fase de exame da aceitabilidade quando os preços já foram todos classificados ou desclassificados anteriormente, com isso se retornando a uma fase já superada do procedimento.

Ora, se o preço é inaceitável quando oferecido (proposta ou lance), então que seja imediatamente desclassificado, e descartado tão logo apresentado – ainda que se reconheça que assim proceder no pregão presencial, em que as pessoas sabidamente existem – é mais fácil do que fazê-lo no eletrônico; mas a ideia, tal qual o palito do delicioso sanduíche, não desce;

– habilitação. Tudo que ocorrer nessa fase deve constar da ata, ou de outro modo, jurídica e simplesmente, não aconteceu. Princípio da formalidade: o que não está nos autos não está no mundo;

– decisão sobre recursos, saneamentos havidos nas propostas ou documentação. No pouco que tem compreensível esta previsão ela dá medo, porque parece autorizar que alguém saneie ou corrija erros ou vícios nos documentos dos licitantes. Que diabo disso é aquilo? – indagaria o sábio rurícola. Desde quando alguém saneia alguma coisa em licitação? Se o desavisado agente público tentar fazê-lo estará simplesmente adulterando documentação alheia, o que é bastante grave e o sujeita a desagradáveis eventos;

Ninguém saneia coisa alguma, porque isso é proibido. Se existem erros formais como uma sequência errada das páginas, por exemplo fls. 1, 2, 4, 3, então o pregoeiro aponta esse fato e lavra em ata que não haverá prejuízo ao proponente porque nada faltou ao documento e não houve má-fé no caso, mas apenas foi ordenado com erro sequencial um documento – e esse é o limite do “saneamento”. Poderia o dispositivo ser mais técnico e cuidadoso;

– recursos interpostos e suas decisões. Se os houve, então pelo mesmo princípio da formalidade evidentemente precisarão constar do expediente eletrônico, até porque podem constituir direitos a alguém, ou negá-los a outrem;

– resultado da licitação. Mais do que óbvio, isto é tudo o que se almeja ao licitar: obter um vencedor, que será o fornecedor do bem ou do serviço. O registro do resultado é a fonte de direito para o que siga de interesse dos licitantes, muito em especial do vencedor;

Inciso XIII – comprovantes das publicações. Todas as publicações que o decreto do pregão eletrônico exige o ente precisa demonstrar que ocorreram, daí a exigência de que constem do expediente eletrônico; devendo estar claramente indicado o veículo utilizado. Destacam-se as publicações do aviso do edital e do extrato do contrato, que o decreto expressamente enumera;

Inciso XIV – ato de homologação – trata-se de ato hierárquico, praticado sempre por autoridade superior a quem praticou o ato homologando, na medida em que ninguém homologa – ou confirma, avaliza, endossa – seu próprio ato. A homologação habilita o pregão a produzir efeito fora do ente público que o realizou; sem ela toda a tramitação havida ainda é interna daquele ente, não podendo haver contratação nem produção de outro efeito externo.

Uma pergunta: onde está a adjudicação? O art. 6º, inciso VIII, prevê como etapa do pregão a adjudicação, mas curiosamente esse ato não consta da lista dos conteúdos necessários ao expediente do pregão, neste art. 8º.

Olvido circunstancial? Oblívio do autor, que teria acaso ingerido as águas do rio Lethe? É no mínimo curiosa a omissão, mas se recomenda que jamais deixe de constar do expediente do pregão o ato da adjudicação, que é de autoria do pregoeiro caso inexista recurso, e da autoridade superior caso exista, cf. art. 17, inciso IX.

Pela adjudicação a autoridade atribui o objeto ao vencedor do pregão, ou mesmo a alguém fora de licitação, nas contratações diretas, daí se falar em adjudicação direta. Sem a adjudicação o objeto ainda não é de ninguém, vale dizer, é ato indispensável ao aperfeiçoamento do processo.

Encerram este cabeludo art. 8º dois parágrafos. O § 1º informa que a instrução do processo pode ser realizada eletronicamente, sendo eletrônicos todos os atos e seus registros, todos digitais, revestidos de plena legalidade desse modo. Porém se a regra diz apenas que podem ser, e não que serão obrigatoriamente eletrônicos, então é lícito admitir que os atos podem também ser plasmados em papel, imprimindo-se os registros eletrônicos.

Ao gosto da autoridade valem as duas formas de formalização, o que é sempre bom na medida em que se sabe que a mais maravilhosa conquista do mundo moderno é a eletrônica – sempre que dá certo.

O § 2º manda que se disponibilize na internet a ata da sessão pública imediatamente após o seu encerramento, algo também bastante elogiável por permitir o acesso instantâneo ao pregão acontecido, e a sua mais rápida publicidade.

Inicia-se o Capítulo III, Do acesso ao sistema eletrônico, pelo art. 9º.

Tanto o pregoeiro quanto a equipe de apoio, quanto ainda os licitantes, deverão ser credenciados pelo ente promotor, perante o provedor do sistema eletrônico. Esse credenciamento consiste simplesmente (§ 1º) na atribuição de uma chave de identificação e de uma senha pessoal e intransferível a cada uma daquelas pessoas.

Quanto aos servidores da entidade pública talvez isto seja normal, mas fica a impressão de que ela tem medo até do seu pessoal, e trata de distribuir chaves e senhas. E cesse o comentário por aí, já que o mundo da eletrônica e da cibernética, em que na criatura precisa se identificar a todo tempo perante o seu criador, é assaz peculiar... – e, sem nenhum embargo, há quem goste disso!

O § 2º, de uma despiciência atroz e que poderia ser matéria de um telefonema ou um bilhetinho de Jânio, estabelece que a autoridade competente do ente licitador solicitará ao provedor do sistema o credenciamento dos envolvidos. Alguém suporia que o pedido fosse formulado por autoridade incompetente? Algum ato administrativo acaso pode ser praticado por autoridade incompetente para tanto?.. Não fora esta regra talvez alguém supusesse que o solicitante deveria ser o Secretário de Estado norteamericano, ou o presidente da Organização do Tratado do Atlântico Norte.

O art. 10 prevê que se o pregão for promovido por ente integrante do SISG, então o credenciamento, bem assim a sua manutenção, dependerão de registro prévio e atualizado no SICAF.

E o art. 11 pontifica no sentido de que o credenciamento no SICAF permite a participação de quaisquer interessados em quaisquer pregões eletrônicos, a não ser – fantástico! – que o credenciamento tenha sido inativado.

Recusamo-nos a comentar algo assim, num texto de decreto federal. É virtualmente lastimável que o governo federal edite, em decreto presidencial, algo de semelhante irrelevância.

O art. 12 inaugura o Capítulo IV – Da condução do processo. Informa que o pregão eletrônico será conduzido pelo ente que o promove – acaciano! Fenomenal! Que seria da Administração federal sem um fundamento dessa magnitude? –, com apoio técnico e operacional do SISG, que atuará como provedor. Trata-se de dispositivo que não merece sequer ser lido até o final. Pensará o Executivo federal que seus decretos são terapia ocupacional para alguém?

O art. 13 relaciona as atribuições da autoridade que, de acordo com atos de organização interna de cada entidade, é a competente para dirigir ou supervisionar o pregão eletrônico. Quanto a esse assunto compete-lhe:

(I) designar o pregoeiro e equipe de apoio, o que poderá realizar por mero despacho no processo, uma portaria nos parecendo exagero;

(II) indicar o provedor do sistema se já não for o próprio SISG, referido no art. 12. Parece mais simples do que é fazê-lo, porque não se designa provedor de um momento para outro, sem atos preparatórios, os quais por consequência cabem à mesma autoridade conduzir;

(III) determinar a abertura do pregão – agora, sim, determinar e não autorizar como alhures e freqüentemente se lê. O chefe manda licitar, pois que está em seu posto para isso. Sem essa ordem nenhuma licitação se realiza;

(IV) decidir os recursos contra atos pregoeiro, que este já não tenha acatado como pode fazer. O chefe apenas decide o que o pregoeiro manteve de sua decisão contestada, podendo mantê-la ou anulá-la, mandando que o pregoeiro a refaça dentro do que o chefe entende ser o legal e o regular.

O chefe – chamemo-lo assim, porque o é, em vez de autoridade competente, expressão que não diz patavina – não muda nem refaz a decisão porque não é competente para isso, e tal seria usurpação da função expressa do pregoeiro; não é porque o chefe é chefe que pode praticar todos os atos de seu subordinado, se esses atos estão indicados na regra como privativos do subordinado. Se o chefe manda o pregoeiro refazer e este se recusa a fazê-lo, muito provavelmente deixará de ser pregoeiro logo a seguir, dando lugar a outro, sem que se configure abuso de autoridade.

O recurso provido somente invalidará, quando merecer provimento, o que for insuscetível de aproveitamento – o que estiver irremediavelmente errado –, não se devendo prejudicar o bom pelo ruim;

(V) adjudicar o objeto sempre que tiver havido recurso não provido pelo pregoeiro. O inciso não diz exatamente assim mas entendemos que o direito é esse, porque se o pregoeiro provê o recurso então nada mais o impede de adjudicar o objeto ao vencedor, exercitando sua competência prevista no art. 17, inciso IX.

Assunto delicado, porque tanto este inciso V do art. 13 quanto o inciso IX do art. 17 mencionam que se não houver recurso o pregoeiro adjudica, e, portanto, se houver recurso não adjudica, subindo os autos ao chefe para que decida o recurso e então adjudique ao vencedor. Mas mantemos nosso entendimento,

porque não existe no decreto nenhuma autorização para o chefe apreciar a decisão do pregoeiro que proveu o recurso de alguém.

Ou seja, o decreto não autoriza que o chefe anule a decisão do pregoeiro que proveu algum recurso, de modo que ele não pode fazê-lo por falta de amparo jurídico. Se não pode, então por que motivo estaria impedido o pregoeiro de exercer desimpedidamente sua atribuição originária de adjudicar o objeto, se o recurso havido já foi regularmente resolvido por ele, e se essa decisão do pregoeiro não está sujeita a confirmação pelo chefe?

O processo somente sobre porque o pregoeiro não proveu o recurso, e com isso essa atribuição de decidir o recurso sobe ao chefe, e apenas por isso. O decreto, como a lei do pregão presencial, entendeu que seria demasiado poder ao pregoeiro o de improver o recurso e dar seqüência ao processo, adjudicando o objeto ao vencedor. Mas se o recurso for provido já pelo pregoeiro, então esse agente dá seqüência, e o seu ato seguinte será o de adjudicar o objeto ao vencedor.

Assim, entendemos que se houver recurso provido pelo pregoeiro este agente é quem, após prover o recurso, adjudica o objeto ao vencedor do certame, e não o chefe. À superior consideração do gentil leitor;

(VI) homologar o resultado da licitação. Apenas o chefe homologa ato de seu subordinado, exercendo poder hierárquico. Jamais alguém poderia homologar seu próprio ato, por falta de senso lógico nessa medida, na medida em que não se imagina alguém reprovando seu próprio ato. Mesmo se quem adjudicou foi o chefe – decidindo recurso não provido pelo pregoeiro –, o ato de homologação é seu, porque estrará homologando trabalho de seu subordinado pregoeiro, que conduziu o pregão, e

(VII) contratar, ou assinar a ata de registro de preços. Não seria ninguém senão a autoridade que manda licitar a competente para assinar o contrato, em qualquer província da administração e a respeito de qualquer assunto. O contrato pode ser também referendado por outras autoridades – que junto com o chefe responderão pela contratação em quaisquer ações administrativas ou judiciais que contestem o pacto –, mas necessariamente será assinado por quem mandou licitar. 

NOTAS

- 1 A melhor demonstração do burocratismo é a própria história do pregão eletrônico: o primeiro decreto tinha 15 artigos; o segundo, 33, e, este terceiro, 61. Isso é simplificar? A persistir a tendência, em breve o decreto do pregão eletrônico será maior que a lei de licitações.
- 2 E para concluir que nem todos os documentos são obrigatórios basta ler toda a lista, e se observará que alguns documentos são reciprocamente excludentes: um exclui materialmente o outro. No art. 28, por exemplo, quem pode atender um dos cinco incisos em geral não tem como atender outro, digamos, com cédula de identidade e com ato constitutivo de empresa. RG é para licitantes pessoas naturais ou físicas, e ato constitutivo para licitantes pessoas jurídicas. Ou o licitante está em uma ou está em outra categoria.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é Advogado em São Paulo.

O Brasil e as normas da OIT

■ POR ALMIR PAZZIANOTTO PINTO



“O ambiente paradisíaco em que se localiza a OIT não é o local mais indicado para as assembléias onde países ricos, pobres e miseráveis discutirão questões relacionadas ao trabalho e ao desemprego. Talvez fosse recomendável que as reuniões anuais acontecessem em cenários diferentes, onde as delegações tripartites estivessem em contato direto com a realidade.”

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) surgiu como cláusula do Tratado de Versalhes, assinado em 29/6/1919 pelos países vitoriosos na primeira guerra mundial (1914-1918).

Do mesmo Tratado nasceu a Liga das Nações, com finalidade precípua de impedir a deflagração de novos e sangrentos conflitos mundiais.

O Brasil pertence ao pequeno grupo de países fundadores da OIT, cujo centenário foi celebrado em 19/7. Entre eles estavam a Argentina, Uruguai, Bolívia, Colômbia, Chile, Cuba, Venezuela, Haiti, Panamá, Portugal, Austrália, Bélgica, China, Suécia, Suíça, França, Reino Unido, Noruega.

Na imaginação dos fundadores da OIT destacava-se o projeto de elaboração de Código Internacional do Trabalho, onde seriam inscritos os direitos e garantias universais das classes trabalhadoras. O jurista mexicano Mario De La Cueva assinala que a ideia de uma organização internacional, capaz de criar um direito internacional do trabalho, “*não era nova, pero es em el Tratado de Versalles donde adquirió su primero esplendor*”.

A Conferência da Paz, reunida em Versalhes, após o término da primeira guerra mundial, constituiu uma Organização Permanente cuja missão consistia, segundo o Preâmbulo da Parte XIII do Tratado de Versalhes, na criação do direito internacional do trabalho, apoiado nos princípios da Justiça Social no qual o Direito do Trabalho serviria como base para as legislações nacionais contendo as primeiras garantias internacionais para a proteção do trabalho.

Assenta-se a OIT sobre os seguintes princípios:

- a) O trabalho não é mercadoria;
- b) A liberdade de expressão e de organização são essenciais ao progresso;
- c) A pobreza, em qualquer lugar do mundo, representa um perigo para a prosperidade de todos;
- d) A luta contra a necessidade deve prosseguir com energia dentro de cada nação, mediante esforço continua e combinado, no qual os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, colaborando em pé de igualdade com os representantes dos governos, participem de discussões livres e de decisões democráticas, com o objetivo de promover o bem-estar comum.

O programa da Aliança Liberal continha a promessa de ratificação das convenções da OIT. No discurso de 02/01/1930, lido por Getúlio Vargas no Rio de Janeiro, o então candidato à presidência da República declarou: “O pouco que possuímos, em matéria de legislação social, não é aplicado, ou só o é em parte mínima, apesar

dos compromissos que assumimos, a respeito, como signatários do Tratado de Versalhes e das responsabilidades que nos advém da nossa posição de membros do Bureau Internacional do Trabalho, cujas convenções e conclusões não observamos”.

As primeiras convenções ratificadas pelo governo brasileiro – se não me falham os registros – foram as de números 3, sobre proteção à maternidade; 4, sobre o trabalho noturno da mulher; 5, sobre idade mínima na indústria; 6, sobre idade mínima do menor, na indústria; todas em 26/4/1934, quando Vargas era chefe do Governo Provisório. A convenção 7, sobre a idade mínima no trabalho marítimo, de 19120, foi ratificada em 8.6.1936, na vigência da Constituição de 1934. Também em 1936 foi ratificada a Convenção nº 41, sobre idade mínima da mulher para o trabalho noturno, assinada em 1944.

Em discurso, como Ministro do Trabalho, na 72ª Conferência, em 1986, registrei que o Brasil havia ratificado, em 4/5/1983, a Convenção nº 131, que dispõe sobre a fixação do salário mínimo e que o governo havia remetido ao congresso pedido de autorização para ratificar as convenções ns. 147, sobre normas mínimas da marinha mercante e 152, sobre segurança e higiene nos trabalhos portuários. A primeira foi ratificada em 17/01/1991 e a segunda em 18/05/1990.

De particular importância é a Convenção nº 98, sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva, assinada em 1949 e ratificada pelo nosso governo em 18.11.1952. Determina o artigo 4 deste documento:

“Devem ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais, quando necessário, para, de uma parte, estimular e fomentar entre empregadores e as organizações nacionais de empregadores, e as organizações de trabalhadoras, por outra, o pleno desenvolvimento e uso de processos de negociação voluntária, com o objetivo de regulamentar, por meio de contratos coletivos, as condições de trabalho”.

É longa a relação das convenções assinadas e ratificadas pelo governo brasileiro, como mostra Arnaldo Sussekind em seu livro *Convenções da OIT*.

Entre as convenções ratificadas ou não pelo nosso governo, oito são consideradas fundamentais pela OIT: Convenção nº 29, sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório, de 1930, ratificada em 15/4/1957; Convenção nº 87, sobre Liberdade Sindical e Proteção do Direito de Sindicalização, de 1948, não ratificada; Convenção nº 98, sobre Direito de Organização e Negociação Coletiva, de 1949, ratificada em 18/11/1952; Convenção nº 100, sobre igualdade de remuneração, de 1951, ratificada em 25/04/1957; Convenção nº 105, sobre Abolição do Trabalho Forçado, de 1957, ratificada em 18/06/1965; Convenção nº 111, sobre Discriminação no Emprego ou Profissão, de 1958, ratificada em 26/11/1965; Convenção nº 138, sobre Idade Mínima, de 1973, ratificada em 26/6/2001; Convenção nº 182, sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, de 1999, ratificada em 02/02/2000.

Entre as fundamentais o Brasil não ratificou a Convenção nº 87, talvez a mais relevante entre as fundamentais, e essencial ao Estado de Direito democrático e à sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a que se refere o Preâmbulo da Constituição.

Elegi três convenções para examinar a delicada questão das relações entre o Brasil e a OIT. A primeira não poderia deixar de ser a Convenção nº 87, sobre Liberdade de Associação e Proteção ao Direito de Sindicalização.

Assinada em junho de 1948, na Conferência de São Francisco, entrou em vigor no dia 4/7/1950. Foi ratificada por 148 dos 185 países filiados à OIT.

Diz o Preâmbulo da Convenção nº 87 que, entre os instrumentos capazes de aprimorar as condições de trabalho e de garantir a paz está a “afirmação do princípio da liberdade de associação sindical” e que “a liberdade de expressão e de associação é essencial para o progresso constante”.

O presidente Eurico Dutra apressou-se em pedir autorização ao Poder Legislativo, para ratificá-la. Com esse objetivo encaminhou a Mensagem nº 256 à Câmara dos Deputados, no dia 31/5/1949.

Para abreviar o relato, a Câmara dos Deputados. O processo se extraviou e foi reconstituído em 1966.

Após demorada tramitação a Mensagem foi aprovada pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara em 20/6/1984, acolhendo parecer do deputado Pedro Colin.

Remetida ao Senado lá permanece à espera de solução.

O saudoso senador Eduardo Dutra, na última sessão da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, em 11/12/2002, ao lavrar o voto favorável à ratificação, disse acerca da Convenção nº 87: “A proposição sob exame é por certo a mais antiga em tramitação no Congresso Nacional. Há mais de meio século, desafia o Parlamento brasileiro, dividido entre o constrangimento de rejeitá-la por inconstitucionalidade, cedendo a pressões de entidades constituídas sob a égide do modelo corporativista para heterônimo e as cobranças internas e externas, pela adoção de uma das diretrizes fundamentais da Organização Internacional do Trabalho”.

Como Ministro do Trabalho envidei todos os esforços no sentido de submeter o pedido de aprovação ao Senado. Lamentavelmente, porém, fui incapaz de superar os obstáculos opostos pelas confederações sindicais patronais e profissionais.

Trato agora da polêmica Convenção nº 158, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, aprovada em 1982 e ratificada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 1/4/1996. Passados oito meses o presidente Fernando Henrique a denunciou, mediante o Decreto nº 2.100, de 20/12, que tornou público que deixaria de vigorar, para o Brasil, em 20/11/1997.

Em 19/6/1997 a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.625, no Supremo Tribunal Federal, com pedido da decretação da inconstitucionalidade do decreto de denúncia.

Como diria Rui Barbosa, desde 1997 os autos penam, nas mãos dos senhores ministros, “como as almas do purgatório, ous arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato”. Dos ilustres magistrados que integravam a Corte em 1997, permanecem apenas dois: Celso de Mello e Marco Aurélio. Os demais se aposentaram ou morreram. Como proclamar futuramente o resultado da votação, para o plenário do Tribunal de onde estarão ausentes a maioria dos ministros que já registraram voto, é um mistério que não consigo decifrar.

Por último trato da Convenção nº 154, sobre o fomento da negociação coletiva, aprovada em 1981, em vigor desde 1983 e ratificada em 29 de setembro de 1994, pelo Decreto nº 1.256, de 29/9/1994.

A Constituição reconhece a validade das convenções e acordos. A única exigência que faz é relativa à obrigatoriedade da presença dos sindicatos profissionais e patronais (arts. 7º, XXVI e 8º, VI).

A CLT, em dispositivo recepcionado pela Constituição de 1988, trata do conteúdo obrigatório dos acordos e convenções. Ver, nesse sentido, o art. 613.

Tratados internacionais ratificados se incorporam à legislação interna, conforme determina o art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição. Não faz sentido, portanto, a linha

divisória traçada pela Lei nº 13.467, de 13/7/2017, entre o que pode e o que não pode ser objeto de negociações coletivas e quando o negociado prevalecerá sobre o legislado.

“O elemento do poder é inerente a todo tratado político”, escreveu o historiador e diplomata britânico Edward Halle Carr. Quem não dispõe de poder próprio, corre perigo de se tornar impotente diante de crises reais. É o que acontece com a OIT que não dispõe de recursos concretos para exigir o cumprimento das convenções aprovadas e ratificadas, ou aprovadas e não ratificadas, mesmo as consideradas essenciais.

Vejo-me obrigado a registrar as lúcidas observações do professor Fernando Araújo, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa:

“Não podemos esquecer que a OIT está criticamente dependente da colaboração dos Estados-membros, e que as suas recomendações e declarações não-vinculativas são tão numerosas como as convenções vinculativas que foram desenvolvidas sob a sua égide. É uma organização macrocéfala na sua centralização, pesadamente burocrática e ineficiente, deficientemente auto-avaliada, opaca, dispendiosa, muito vulnerável ao jogo político-ideológico e à captura pelos interesses representados na sua estrutura tripartida e na multiplicidade de <<stakeholders>> que gritavam na órbita da OIT.” (OIT 100 Años: Una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI. Tereza Nahas e Fernando Fita Orte (co-ordenadores). Thomson Reuters Aranzadi, ES, 2018, pág. 12).

São constantes as críticas à Organização das Nações Unidas (ONU). Resultam da incapacidade histórica de atuar de maneira forte e decisiva, em situações de crise.

Nem por isso, entretanto, alguém teria a ousadia de propor a sua extinção. Com todas as dificuldades, ainda é o foro mundial destinado a registrar e procurar a solução para conflitos de interesses políticos ou econômicos entre países filiados.

Situação semelhante observo na Organização Internacional do Trabalho. A Organização Internacional do Trabalho precisa deixar a zona cinzenta em que se encontra, para exigir, com autoridade incontestável, que respeite, sem tergiversar, as Convenções ratificadas.

No exercício da sua soberania o Brasil não está obrigado a ratificar tratados internacionais, como as Convenções da OIT. Uma vez ratificadas, porém, não deve deixar de cumpri-las, comportando-se como república bananeira de segunda categoria, para a qual leis e tratados de nada valem.

Genebra é uma cidade da Suíça que fica na parte sul do vasto Lago Lemano (Lago de Genebra). Rodeada pelas montanhas dos Alpes, a cidade tem vista para o impressionante Mont Blanc. Sede das Nações Unidas e da Cruz Vermelha na Europa, é um centro diplomático e financeiro global. População 183.287 habitantes e 3ª cidade com melhor qualidade de vida do mundo e a 5ª cidade mais cara do mundo. O ambiente paradisíaco em que se localiza a OIT não é o local mais indicado para as assembleias onde países ricos, pobres e miseráveis discutirão questões relacionadas ao trabalho e ao desemprego. Talvez fosse recomendável que as reuniões anuais acontecessem em cenários diferentes, onde as delegações tripartites estivessem em contato direto com a realidade. 



ARQUIVO PESSOAL

ALMIR PAZZIANOTTO PINTO é advogado. Foi Ministro do Trabalho e presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

A ciência e a *cannabis sativa*

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR



divulgação

“Após uma longa peregrinação, tanto pela via administrativa como judicial que, pelo menos temporariamente, a questão está solucionada e os pacientes que necessitarem poderão fazer uso de produtos à base de *cannabis*.”

A ciência médica carrega uma peculiaridade toda especial, graças à constante e célere evolução científica, que se vale das pesquisas realizadas em humanos, após seguir rigorosamente os regramentos protetivos legais, para encontrar drogas e tratamentos que sejam recomendáveis, compatíveis e carreguem benefícios para a humanidade.

Interessante observar que, mesmo após ter sido encontrado um tratamento ou medicamento que reconhecidamente produza bons resultados, acelera o ritmo das pesquisas em busca de novas e melhores alternativas, com o intuito de aperfeiçoar a existente e proporcionar um plus, mesmo que seja de pouco ganho, mas para que possa abrir espaços para novas descobertas. Com todo este arsenal, a medicina, numa incessante disputa e concorrência que trava consigo mesma, está proporcionando uma longevidade cada vez mais distante, ultrapassando os limites até então fincados pela natureza humana.

Há um bom tempo a liberação do princípio ativo do **canabidiol (CBD)** e do **tetra-hidrocanabidiol (THC)**, componentes da *cannabis sativa*, vem batendo às portas

dos tribunais assim como da ANVISA, responsável que é pela aprovação dos produtos submetidos à vigilância sanitária. Muitos países, principalmente aqueles que desenvolvem linhas de pesquisa nesta área, liberaram o uso medicinal da maconha, mormente na redução das crises convulsivas, com razoável margem de segurança e boa tolerabilidade, sem relatos de efeitos alucinógenos ou psicóticos.

No Brasil a Lei nº 11.343/06 elenca os ilícitos penais relacionados com as drogas em geral. Por se tratar de uma norma penal em branco, pois não define o que se entende por drogas e quais substâncias seriam assim compreendidas, verifica-se que o complemento que lhe dá total eficácia no plano penal é a Portaria nº 344/98 da ANVISA que, por sua vez, vem revestida de ato administrativo explicativo. Daí dizer-se que se trata de uma norma penal em branco heterogênea. Referida Portaria estabelece quais substâncias são definidas como drogas e, conseqüentemente, proibidas para a comercialização, prescrição, transporte etc. Evidente que a maconha faz parte deste rol.

A ANVISA, na reunião da diretoria do colegiado ocorrida no dia 3 de dezembro de 2019, aprovou, por unanimidade, a venda de produtos à base de cannabis, com a finalidade medicinal exclusivamente. Pela Resolução que será expedida não se trata ainda de um medicamento, pois nos próximos três anos, data da validade do ato administrativo, novas pesquisas serão realizadas com a finalidade de assegurar a eficácia do produto para, posteriormente, sendo aprovado, alcançar tal patamar.

A venda somente poderá ser realizada em farmácias e drogarias 90 dias após a publicação da Resolução no Diário Oficial, acompanhada da prescrição médica específica, cuja receita será retida, ficando descartadas, em quaisquer hipóteses, as farmácias de manipulação.

Na mesma sessão foi colocado em discussão o cultivo da cannabis para pesquisa e produção de medicamentos, sendo, no entanto, rejeitado.

Percebe-se, após uma longa peregrinação, tanto pela via administrativa como judicial que, pelo menos temporariamente, a questão está solucionada e os pacientes que necessitarem poderão fazer uso de produtos à base de cannabis.

Pelos estudos científicos apresentados até o presente, tudo indica que a utilização vem conseguindo bons e satisfatórios resultados, necessitando, é claro, de pesquisas mais aprofundadas e que demonstrem um imensurável ganho para a saúde humana. A ciência da Bioética ostenta o princípio da beneficência, entendido como sendo aquele que, dentre as opções apresentadas, seja feita apontada a que se traduz em maior ganho e benefício para o paciente. *Primum non nocere* significa que, em primeiro lugar, apresenta-se a proposta de cuidar bem, com zelo necessário, sem causar dano ao paciente. Maximizar os benefícios e minimizar os prováveis danos. *Malum non facere* significa que antes e acima de tudo todo o esforço da ciência deve ser concentrado em proporcionar o bem para o paciente, garantindo-lhe a segurança e a eficácia de um novo medicamento.

Também com total aplicação o princípio da isonomia ou da justiça distributiva. Se um determinado medicamento produziu benefícios a uma pessoa, que no campo da bioética é representada pela humanidade, qualquer outra tem o mesmo direito de fazer uso em benefício de sua saúde. 



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é Promotor de Justiça aposentado, Mestre em Direito Público, Pós-Doutorado em Ciências da Saúde, Reitor da Unorp, Advogado.



O mestre e a verdadeira democracia

■ POR VADIM DA COSTA ARSKY

“De todo o aqui escrito, aflora o permanente, pertinente, urgente e inarredável anseio de todos os povos deste planeta, de que seja reconhecido àqueles que através de suas atividades diárias agem; pensando; executando; orientando; avaliando: experimentando, criando riqueza, em suma, trabalhando para seu sustento e de sua família e, por consequência, em benefício da coletividade, o direito de participação, organizada e permanente, na feitura das leis das suas respectivas nações.”

No encontro mensal do ‘Capítulo Brasília’ da Associação dos Antigos Alunos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, recebo, das mãos de Gabriel Matos da Silveira um lindo presente enviado por seu irmão Miguel: Uma segunda edição do *Migalhas* da obra - Goffredo Telles Junior - A FOLHA DOBRADA – LEMBRANÇAS de um ESTUDANTE – (reminiscências do Mestre sempre se intitulando estudante), em 100 capítulos e 1.120 páginas, testemunhando 50 anos da trepidante vida do mais autêntico filósofo do Direito Brasileiro.

Chegando em casa, mergulho na leitura, surpreendendo-me, a cada passo, com a incrível caminhada do menino nascido de culta família paulista que o dotou de um sólido arcabouço cultural, facultando-lhe que, desde os primeiros anos escolares, lesse, no original, obras de autores como Daniel Defoe; Harriet Beecher Stower; Rudyard Kipling, De Amicis; Meterlink; Julio Verne; Alexandre Dumas, com a mesma intensidade e emoção com que lia “Guarani”, “Iracema” “Ubirajara” e “O tronco do Ipê de José de Alencar. (fls.86/87)

En passant, surpresa agradável ao constatar que iniciara o curso ginásial no “Liceu Franco Brasileiro” onde, 20 anos mais tarde, eu também cursaria, então sob a denominação de Liceu Pasteur”.

De repente, chego ao capítulo da sua vida acadêmica na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que assim se inicia:

1933/1937

“Fiz política intensa, durante todo o meu tempo de estudante.

Desde o 1º ano eu andava descrente dos Partidos Políticos de minha terra. O mesmo acontecia com um grande grupo de meus colegas”;

E, após saborosas páginas acompanhando os debates acadêmicos sob as Arcadas em busca do ideal do Direito e da Justiça , surgem as convicções que merecem transcrição integral:

“Nós nos havíamos convencido de que a Democracia, em nossa terra, se tornara um regime de pressupostos, de preconceitos e de ficções.

De fato, o que verificávamos era que os Partidos Políticos brasileiros – observados não em tese, não em doutrina, não em abstrato, mas em concreto, isto é, em seu real funcionamento – constituíam meras siglas, simples rótulos, vazias embalagens, sem nenhum conteúdo doutrinário sem programas e sem bandeiras, incapazes, portanto, de orientar a opinião de quem quer que fosse, sobre os problemas nacionais. Serviam apenas de instrumento para o registro de candidatos no tribunal competente. E serviam para o que o povo denominava “cambalachos e trambiques” parlamentares.

Partidos Políticos dos tipos dos nossos, não eram órgãos naturais da sociedade. Não eram produtos das exigências comuns da vida humana. Em nada se prendiam ao drama cotidiano do cidadão. Nada diziam à alma popular. Um sindicato ou um clube de futebol era, no sentimento do povo, muito mais importante do que um Partido.

Quanto ao sufrágio universal, o que víamos era que esse processo, no Brasil, longe de assegurar a representação do povo no Governo, nem sequer assegurava que os eleitos representassem seus próprios eleitores. Pois o sufrágio universal fazia tábula rasa de tudo quanto situava o eleitor dentro da sociedade; desconsiderava a oposição das convicções políticas

fundamentais e a desigualdade das condições em que viviam as pessoas. Era um *sufrágio cego*, uma espécie de masseira ou amassadeira, pelo qual todas as diferenças humanas eram confundidas, pelo qual o povo, que os imperativos naturais dividiam em universos mentais diversos e em corpos sociais distintos, era desfigurado e transformado em massa. Eleito por *sufragio cego*, o chamado “representante” não se vinculava a nenhuma tendência espiritual, a nenhum corpo social determinado, a nenhuma categoria certa de pessoas. Consequentemente, não era representante verdadeiro de ninguém.” (pag.161/162)

A seguir, analisando as teses que tentavam justificar a aplicação da “ficção jurídica” à figura da representação política concluía:

“Para nós, as mencionadas ficções, e outras semelhantes, eram os “tabus” que compunham os fundamentos doutrinários do regime político brasileiro.

Não representavam nada de real. Eram meras palavras, meras afirmações. Não passavam de frases feitas, de “chavões”, de slogans. Eram mitos, eram quimeras.

Mas eram mitos ou quimeras com força encantatória e grande poder de sedução. Tão grande era o prestígio dessas quimeras que passavam à categoria de dogmas.

Sobre tais dogmas é que se erguiam as instituições. E as instituições, desligadas da realidade, iam formar um País artificial, uma super estrutura fantasmagórica, que nada tinha com a estrutura real da nação.” (pág.162/163)

E, ressaltando nas páginas seguintes os malefícios decorrentes da construção das instituições sobre falsas premissas jurídicas, acaba por emitir seu conceito de Democracia:

Para nós a Democracia era o regime político que procura assegurar a permanente penetração e influência da vontade dos governados nas decisões legislativas dos governantes.

Essa penetração e influência – essa participação – se deveria fazer por meio da representação política.

Nós sustentávamos que não há verdadeira Democracia *sem autêntica representação política*. E que não há autêntica representação política se esta não assegura a *permanente* penetração e influência da vontade dos cidadãos nas leis promulgadas pelo Governo.

Dizíamos (e eu continuo a dizê-lo até hoje) que o desafio lançado aos constitucionalistas dos povos livres estava na seguinte pergunta; Qual é a fórmula constitucional de uma autêntica representação política? (Pag. 164/165)

Quatrocentas e dezesseis páginas depois, vejo que o Mestre volta a analisar o sistema político brasileiro, ao expor minuciosamente o conteúdo de sua “Aula Magna”, proferida, então como professor, vinte e três anos depois da sua inicial visão acadêmica, intitulado-a – “AS FONTES DO DIREITO E A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA”.

O relato é tão precioso em seus detalhes que permito-me sugerir sua leitura na íntegra das páginas 581 a 591 do livro “A FOLHA DOBRADA – Lembranças de um estudante – Edição Migalhas.

Pinço aqui apenas as assertivas consideradas primordiais para o início de qualquer debate sobre o sistema democrático brasileiro, feitas em um verdadeiro e

magnífico “exame laboratorial” dos princípios jurídicos, colhidos diretamente da alma humana e aplicados à condução do Estado, onde o nobre professor acaba por sugerir uma resposta à indagação, formulada desde os tempos acadêmicos. Qual seria a fórmula constitucional de uma autêntica representação política?

E formulou-a, acreditando ser necessária a “criação de uma “Câmara de Instituições Representativas” para proposição das leis que atendessem os anseios dessas instituições não contemplados pelas leis vigentes, que as entregaria às Câmaras Legislativas oficiais para debate e encaminhamento do resultado ao Poder Executivo para promulgação”.

Evidentemente constrangido por tecer considerações sobre a impecável obra do Mestre, atrevo-me entretanto a alinhar os pilares básicos da sua formulação jurídica para tentar aplicá-los, pragmaticamente, à legislação vigente sem necessidade de mudanças estruturais e legais previstas na sua proposta final.

Com esse intuito, pinço tais pilares básicos, estabelecidos desde sua iniciação ao mundo do direito e reanalisados 20 anos depois, em sua “Aula Magna”, como professor da primeira faculdade do Brasil Independente à qual tanto prestigiou.

1933/1937

ESTADO

Chamamos Estado Moderno o Estado Ético, anti-individualista e antitotalitário, sem ser princípio nem fim ele é o Estado que se subordina à hierarquia natural das coisas.

.....
Ele não se arvora em fim último da existência humana. Porque a sua verdadeira missão é o de ser meio pelo qual cada homem e cada grupo de homens procuram atingir seus respectivos fins particulares. Ele reconhece no homem um ser dotado de uma personalidade intangível. (pag. 158/159).

DEMOCRACIA

“Para nós a Democracia era o regime político que procura assegurar a *permanente* penetração e influência da vontade dos governados nas decisões legislativas dos governantes.” (pág.159).

PARTIDOS POLÍTICOS

“De fato, o que verificávamos era que os Partidos Políticos brasileiros – observados não em tese, não em doutrina, não em abstrato, mas em concreto, isto é, em seu real funcionamento – constituíam meras siglas, simples rótulos, vazias embalagens, sem nenhum conteúdo doutrinário sem programas e sem bandeiras, incapazes, portanto, de orientar a opinião de quem quer que fosse, sobre os problemas nacionais. Serviam apenas de instrumento para o registro de candidatos no tribunal competente. E serviam para o que o povo denominava ‘cambalachos e trambiques’ parlamentares.” (pág. 161).

SUFRÁGIO UNIVERSAL

“Quanto ao sufrágio universal, o que víamos era que esse processo, no Brasil, longe de assegurar a representação do povo no Governo, nem sequer assegurava que os eleitos representassem seus próprios eleitores. Pois os sufrágio universal

fazia tábula rasa de tudo quanto situava o eleitor dentro da sociedade; desconsiderava a oposição das convicções políticas fundamentais e a desigualdade das condições em que viviam as pessoas. Era um *sufrágio cego*, uma espécie de masseira ou amassadeira, pelo qual todas as diferenças humanas eram confundidas, pelo qual o povo, que os imperativos naturais dividiam em universos mentais diversos e em corpos sociais distintos, era desfigurado e transformado em massa.

O REPRESENTANTE DO POVO

“Eleito por *sufrágio cego*, o chamado “representante” não se vinculava a nenhuma tendência espiritual, a nenhum corpo social determinado, a nenhuma categoria certa de pessoas. Consequentemente, não era representante verdadeiro de ninguém.

1956

AULA MAGNA

POVO e DEMOCRACIA

“Iniciei minha aula citando o artigo 1º da Constituição: “*Todo, poder emana do povo e em seu nome será exercido*”.

Precioso princípio este – disse eu. Mas que alcance teria exatamente?

Revelei que o problema da representação do povo, ou seja, da representação política, vinha sendo uma das minhas grandes preocupações, desde o meu tempo de estudante. Sempre alimentei a convicção – disse eu – de que a eficiência do regime democrático dependia, em grande parte, da legitimidade dessa representação. (pág. 582/583)

.....
Relatei que, em 1944 – precisamente um ano antes de minha eleição – eu lera nos matutinos do Dia de Natal, uma precursora Mensagem de Pio XII, sobre “O Problema da Democracia”. O que mais me impressionou nesse documento – informei – foi a diferença estabelecida pelo Pontífice, entre *povo* e *massa*. (pag. 583)

.....
“Povo e multidão amorfa, povo e massa, são dois conceitos distintos. O povo vive e se move por sua vida própria; a massa, por si, é inerte, e não pode ser movida a não ser de fora. (Papa Pio XII pág 583)

.....
Lembrei a lição de Maurice Hauriou, em seu “Compêndio de Direito Constitucional”. Ensina o constitucionalista francês que a sociedade é feita de instituições, e cada instituição apresenta três notas essenciais: uma ideia a realizar; uma organização interna; e um governo. O citado mestre foi quem, primeiro, mencionou e analisou esses três elementos. Cada parte do povo é um corpo social *organizado*, com seus objetivos, sua forma, sua especialidade e sua fisionomia. (1ª parte, Cap II, secção 3ª, § 2º). (pag.584)

.....
Maurice Hauriou observa em seu “Compêndio” que o povo é mais feito de instituições do que de indivíduos isolados. (pág. 584)

PARTIDOS POLÍTICOS

“Indispensáveis, sim – eu não o podia negar – eram os Partidos Políticos no jogo pelo poder. Indispensáveis para todo o encaminhamento do processo legislativo,

para *fiscalisar o cumprimento das leis* e para formar um Poder *apto a refrear o Poder*. Mas o que eu verificava na Câmara dos Deputados. Era que os Partidos constituíam uma só espécie de um imenso gênero de grupos sociais existentes. Os políticos dos Partidos não eram delegados de um sem-número de entidades, de que a sociedade é feita. (pag.586)

SUFRÁGIO UNIVERSAL

“De massas humanas, estou convencido – disse eu – não pode emanar o poder legítimo. As massas são *tangidas*; não são fontes do poder. Não há Democracia autêntica, onde o povo é reduzido a massa. Os Governos das massas são os Governos de força, ou os Governos em que a Democracia ainda é incipiente, é ensaio de Democracia, ou é mera Democracia de fachada, mera Democracia do *faz-de-conta*.”(pag 585)

REPRESENTANTE DO POVO

Uma verdade que me saltava aos olhos – verdade por mim vivida na Câmara dos Deputados -, era de que os Partidos Políticos, mesmo somados uns aos outros, não conseguiam exprimir toda a realidade, pluralista e heterogênea, das sociedades humanas.”(pág.585)

.....
Mas não era só isto. O que a realidade me vinha demonstrando – disse eu em minha aula – era que muitas entidades sociais se organizavam e lutavam, na defesa dos interesses de seus integrantes, *à revelia dos Partidos*. Em consequência, os delegados do povo – Senadores, Deputados, Vereadores – *estando filiados a Partidos Políticos*, não se achavam vinculados a um imenso número de entidades, instituições e comunidades, de que o povo é formado.(pág. 585/586)

.....
Algum erro existe – dizia-me eu – no processo de escolha dos chamados “representantes”.

Pelo sistema tradicional – afirmei -, todos os cidadãos, no dia de eleição de senadores, Deputados e Vereadores, eram igualados uns aos outros. Todos os eleitores valiam exatamente o mesmo: cada um valia um voto. E a sociedade inteira era tida como um só todo, homogêneo e uno.

Mas grita aos céus que essa homogeneidade, essa unidade, não existe. Não passa de uma pura ficção. (pág. 588/589)

.....
Com toda convicção, sustentei, naquela Aula Magna de Abertura dos Cursos Jurídicos, que a expressão *vontade dos governados*, usada em nossa definição de Democracia, não significava vontade da massa, vontade da *multidão*. O que ela significava era : vontade *ORGANIZADA* dos governados. E a vontade organizada dos governados significava: vontade dos governados expressa por seus *ÓRGÃOS* legítimos, em cada caso de ordenação legislativa. (pag.590)

A PROPOSIÇÃO

A pergunta que eu aqui me colocava era a seguinte: Como se faria a permanente penetração dos grupos sociais nas decisões legislativas dos governantes? (pág. 590)

Então, qual a resposta-pergunta formulada?

A minha resposta era a seguinte: o único meio de se fazer a permanente penetração da vontade dos grupos sociais nas decisões legislativas do Governo é a de se conferir a esses grupos a iniciativa das leis que lhes dizem respeito. (pág. 591)

.....
“O que eu ousava propor era que a lei discriminasse as diversas categorias de atividades, exercidas por tais grupos e designasse as associações que estivessem em condições de ser representantes dos grupos em cada categoria. Estas associações poderiam receber o nome de Instituições Representativas” (pág. 591)

Chegando a esse ponto da leitura, senti uma emoção enorme, que me transportou à Sala do Estudante em minha primeira aula na Faculdade, visualizando o mestre ao nos transmitir seu primeiro ensinamento da “Introdução à Ciência do Direito: o *“decálogo de convivência humana”*, de sua autoria. (1ª nota de rodapé José Maria Andrade - turma 59 Brasília).

Lembrei-me então do momento, já no segundo semestre, em que lhe entreguei a gravação em música da sua teoria da atributividade, a qual, na prova escrita de fim de ano, eu ouvi os colegas cantarolando como “aide memoire”.

Veio-me então súbita inspiração: Será que não haveria um modo de implantarmos a proposta do mestre, como solução para essa terrível crise política que atravessamos?

Como me dedico à análise desse tema constitucional a longo tempo (publiquei o primeiro estudo em 1993 – O Poder em Suas Mãos – ed. Edicon), vejo, com clareza, que o obstáculo maior que se opôs à implantação de sua tese, até agora, não residiu nos seus fundamentos jurídico-políticos, que são impecáveis e incontroversos, mas na dependência da vontade dos deputados, uma vez que carece de Lei para o seu nascimento.

Sua aprovação teria que enfrentar o monopólio e o “compadrismo”, já estabelecidos de longa data pelos Partidos Políticos que, obviamente, nunca aprovariam sua criação.

Para contorná-lo, deveríamos oferecer aos Partidos Políticos algo que mantivesse sua integral atuação, sua dignidade e funcionalidade específica para que aceitassem o ingresso de concorrentes em seu “clube”, até então exclusivo.

Imaginei então que poderíamos caminhar por etapas, tomando medidas pontuais que pudessem levar ao objetivo colimado.

A primeira delas seria obtermos o apoio popular para a alteração da redação do inciso V do §3º da Constituição Federal que elenca a “filiação partidária”, como “condição de elegibilidade”.

Acredito que esse seria caminho rápido e factível uma vez que já existem várias manifestações de posicionamento contrário à essa desarrazoada “capitis diminutio” do cidadão, clamando pela admissão do “Candidato independente de Partido Político”, quer na forma de Propostas de Emenda à Constituição, – (Câmara Federal – PEC nº 2011 do Deputado Reguffe; Senado – PEC 41- 2011, do Senador José Sarney e PEC 6 – 2015 do Senador José Reguffe) – quer na forma de petições ora em análise no Supremo Tribunal Federal.

As PECs referidas mantem a exigência da filiação partidária, acrescentando apenas a possibilidade adicional de registro de candidato apoiado por lista de

assinaturas, v.g. PEC 6-2015, do Senador Reguffe: “a filiação partidária ou mediante o apoio de um por cento do eleitorado da circunscrição, na forma da lei”.

Entretanto, para que se concretizasse vontade dos governados expressa por seus ÓRGÃOS legítimos, em cada caso de ordenação legislativa. (pág. 590) prelecionada pelo Mestre, esse “apoio” sugerido pelo Senador deveria ser legitimamente organizado.

O primeiro passo então deveria ser o de obter-se autorização legal para que o “corpo social organizado” registrasse o seu candidato para concorrer, em pé de igualdade, com os candidatos registrados por Partidos Políticos.

Uma vez registrado, o candidato seria submetido à votação do povo, em igualdade de condições aos demais candidatos, podendo ser eleito ou não, em respeito ao sistema majoritário.

Assim, a implantação da proposta do Mestre não dependeria da lei imposta por um Governo refém de um Congresso espúrio, mas surgiria, naturalmente, da voz do povo que, tendo mais escolha, determinaria como gostaria de ter composto os órgãos legislativos do país, podendo votar, desde logo, no candidato da associação representativa de sua atuação profissional, ou no candidato de outra associação que, a seu ver, mereceria participar da feitura das leis, como, por simples exemplo, dos professores, médicos, economistas, etc..., ou ainda no candidato filiado ao Partido Político que representasse seus ideais de governança.

Das minhas pesquisas sobre o tema, cheguei a uma sugestão de redação para o inciso V do § 3º do art. 14 da Constituição Federal que acredito, atenderia ao requisito fundamental do mestre, qual seja a da participação permanente dos “corpos sociais organizados” na feitura das leis.

Art.14 - A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 3º São condições de elegibilidade na forma da lei:

[...]

V – a inscrição como candidato feita por partido político ou órgão representativo de atividade profissional regularmente constituído na forma da lei que atenda os requisitos exigidos pela legislação eleitoral.

Além dessa pequena alteração de redação na Constituição Federal, alguns dispositivos legais deveriam ser posteriormente alterados, ou mesmo criados, contemplando a figura então surgida do “candidato independente”, ou “candidato do povo” ou ainda do “candidato dos trabalhadores”, dos “profissionais” ou dos “produtores da riqueza nacional” que deveria ter seus direitos e deveres expressamente definidos em lei, paralelamente aos do “candidato de Partidos”.

Aqui, mais uma vez deve se ter em vista a assertiva do mestre, ao considerar os Partidos Políticos... “Indispensáveis para todo o encaminhamento do processo legislativo, indispensáveis para fiscalizar o cumprimento das leis e para formar um Poder apto a refrear o Poder”.

Como não seria justo negar a qualquer candidato, eleito pelo povo, o tratamento igualitário previsto em lei, que deveria ser observado para essa atividade, ocorre-me que uma exceção não seria injusta se a distinção se originasse

da natureza específica do candidato, isto é, oriunda e necessária para o fim a que se destina.

Nesse caso, o candidato dos “corpos sociais organizados” teria o fim específico de representar a vontade dos governados expressa por seus ÓRGÃOS legítimos, em cada caso de ordenação legislativa. (pág. 590)

Falta-lhe assim, a independência mental para o exercício de uma das atividades, consideradas pelo mestre como indispensáveis dos partidos políticos: a de formar um Poder apto a refrear o Poder”.

Por outro lado, parece-me justo prestigiar a atuação dos Partidos Políticos, enquanto geradora e mantenedora do bem comum, dentro das suas atribuições, o que vale dizer, do exercício daqueles atos que se baseiam na visão universal do bem comum.

Assim, ficariam reservados exclusivamente aos eleitos por Partidos Políticos os cargos e incumbências que exigissem total desvinculação de interesses pessoais, regionais ou de atividades específicas.

Como consequência, se surgir, nos debates que fatalmente se seguirão ao exame desta proposta sugestão, (que me parece provável nos dias que correm, face o des- trutivo diálogo entre o Executivo e o Legislativo), de retorno da eleição do presidente da República pelo Congresso Nacional, nova redação do artigo 77 da Constituição poderia ser algo em torno de: – O Presidente e o Vice-Presidente serão escolhidos pela Câmara Federal dentre os seus pares, concorrendo exclusivamente os deputados representantes de Partidos Políticos, e empossados pelo Congresso Nacional depois de aprovada a escolha pela unanimidade do Senado Federal.

Redação similar poderia ser dada ao parágrafo único do art. 101, relativamente à nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, inovando o sistema de nomeação atual e fazendo com que, afinal, o povo tivesse representantes reais nos três Poderes.

Acredito ainda que essa distinção entre os candidatos, poderá atenuar a relutância dos atuais deputados em aceitarem novos pares que, por sua natureza, serão refratários aos “cambalachos e trambiques” parlamentares. (pág. 161) repelidos pelo Mestre desde seus tempos de acadêmico.

Por sua vez, em homenagem ao princípio da transparência, o candidato dos “corpos sociais organizados” deveria ser contratado pela entidade que irá representar, através de documento registrado em cartório, contendo claramente as incumbências, deveres e responsabilidades pelo cumprimento de seu mandato, ao qual seria dado plena e ampla publicidade.

Renda-se, mais uma vez, homenagem ao Mestre pelo seu agudo descortínio, na coleta dos princípios e dos bons exemplos para transmitir aos seus alunos.

“O eminente Kelsen, com todo o seu saber e sua velha experiência de constituciona- lista, nos haveria de advertir um dia: “Para estabelecer uma verdadeira relação de repre- sentação, não basta que o representante seja nomeado ou eleito pelo representado. É necessário que o representante esteja juridicamente obrigado a executar a vontade do representado e que o cumprimento dessa obrigação seja garantido juridicamente (teoria Geral do direito e do Estado 2ª parte IV B,g.” (pág.165)

Seria também muito salutar, para as finanças públicas, que o pagamento do Deputado com candidatura registrada por órgão social, fosse feito pela entidade

que o registrou, a qual se responsabilizaria pela atividade de seu representante, orientando-o e até propondo sua substituição em caso de mau cumprimento do mandato.

Essa medida, além de dar o bom exemplo de um comportamento participativo dos “corpos sociais” com o Governo, repartindo custos em benefício do bem comum, determinaria, por consequência, um maior rigor, por parte da entidade, na escolha de seu representante o que, afinal, iria resultar na elevação do nível intelectual e ético dos futuros candidatos, quer das “associações organizadas”, quer dos Partidos Políticos o que, finalmente, livraria a nação dos candidatos ineptos que vem sendo guindados ao mister de fazer as leis em razão tão somente da sua popularidade, não importando a razão dessa “fama”, ainda que efêmera e destrutiva da moral e da ordem social.

COROLÁRIO

De todo o aqui escrito, aflora o permanente, pertinente, urgente e inarredável anseio de todos os povos deste planeta, de que seja reconhecido àqueles que através de suas atividades diárias agem; pensando; executando; orientando; avaliando: experimentando, criando riqueza, em suma, trabalhando para seu sustento e de sua família e, por consequência, em benefício da coletividade, o direito de participação, organizada e permanente, na feitura das leis das suas respectivas nações.

Esse anseio, tão bem descrito pelo Papa Leão XIII em sua Encíclica “Rerum Novarum” acompanhou “pari passu” a existência do Mestre e esteve presente não só nas pesquisas e estudos como nas ações da vida quotidiana, impelindo-o a ingressar no Partido Integralista, quando jovem, e no Partido dos Trabalhadores, quando professor, desligando-se dos mesmos ao constatar que essas instituições não visavam realizar seu sonho de justiça.

A concretização da proposta aqui exposta, liberta a intelectualidade humana da trama filosófica insidiosa, tecida por ocasião da revolução industrial, que pretendia resumir a vida em sociedade em uma eterna luta entre as figuras de patrão e empregado, a qual, graças ao advento da tecnologia de informação, constata-se que a formação do “Capital” que, diga-se de passagem, nunca se originou da “mais valia”, mas sim, do “maior consumo”, passa, nessa nova era, a se originar do “maior conhecimento”, que possibilita acessos gratuitos a toda humanidade, retribuindo com grande riqueza seus criadores sem que lhes possa ser imputada a pecha de “exploradores do suor alheio” e gerando justo relacionamento que permitirá a concretização do anseio de paz social.

Esse mesmo anseio me embala agora, na perspectiva de que a mensagem deixada pelo Mestre, com tanto carinho e detalhes, possa ser entendida pelos brasileiros, para tornarmos o Brasil a primeira nação verdadeiramente Democrática!

Brasília 28 de Outubro de 2019. 





Expatriação: a oportunidade que os Acordos Internacionais de Previdência Social oferecem

■ POR CRISTIANE I. MATSUMOTO, MARIANA MONTE ALEGRE DE PAIVA E EDUARDO K.M. BENCLOWICZ

“Nos parece que atualmente a legislação previdenciária, especialmente por intermédio dos Acordos Internacionais, possui efetivos mecanismos para mitigar os potenciais impactos adversos decorrentes do deslocamento temporário de trabalhadores.”

Segundo a regra geral contida no ordenamento jurídico brasileiro, as contribuições previdenciárias devidas pelas empresas incidem sobre a remuneração paga/creditada a qualquer título aos segurados empregados ou trabalhadores avulsos que prestem serviços (em torno de 35% da folha de salários).

Note-se que a Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/1960), especificamente em seu art. 5º¹, define como segurados obrigatórios, para fins de tributação, as pessoas que trabalham como empregados no Brasil e estrangeiros que são contratados por empresa brasileira para trabalhar no exterior.

Ainda, há a previsão normativa de que as empresas integrantes do mesmo grupo econômico são solidárias entre si pelo cumprimento das obrigações previdenciárias e a legislação específica sobre o tema prevê que as empresas localizadas no exterior devem necessariamente apresentar todas as informações necessárias à apuração dos fatos geradores das contribuições previdenciárias à empresa brasileira²

À primeira vista, portanto, todos aqueles que de algum modo trabalham para empresas brasileiras no Brasil ou em nome de empresas brasileiras no exterior são segurados obrigatórios do sistema de previdência social do Estado brasileiro, o que poderia gerar significativas complicações, especialmente nos casos envolvendo estrangeiros com postos de trabalho no Brasil cuja vinculação com a Previdência Social do país de origem é mantida.

Não obstante, o legislador, atento a essa problemática, especificamente nos casos de deslocamento temporário de trabalhadores expatriados³ e impatriados⁴, se preocupou em implementar mecanismo para evitar a bitributação e ao mesmo tempo viabilizar a fruição dos direitos da Seguridade Social previstos nas legislações dos dois países acordantes ao segurado e seus dependentes⁵, qual seja, a celebração de Acordos Internacionais de Previdência Social com outros países.

Atualmente, o Brasil possui 15 Acordos em vigor e outros em processo de ratificação pelo Congresso Nacional⁶. Vale ressaltar que referidos Acordos possuem força de Lei (nos termos dos arts. 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988⁷ e art. 98 do Código Tributário Nacional⁸), permitindo ao trabalhador continuar vinculado à Previdência Social do país de origem quando deslocado temporariamente para outro país, por período pré-estabelecido, variável a depender dos termos de cada Acordo.

Na prática, portanto, o empregado temporariamente deslocado fica dispensado da filiação à Previdência Social do país de destino onde prestará os serviços e, conseqüentemente, a empresa que o recebe não tem o dever de recolhimento de encargos previdenciários sobre a prestação do serviço⁹.

Apesar de se tratar de mecanismo com notórios impactos positivos, para que a dispensa seja efetivamente aplicável, em regra, os Acordos exigem que se promova a emissão do chamado Certificado de Deslocamento Temporário (“CDT”), o qual deverá ser solicitado pelo empregado/empresa à Agência Nacional da Previdência Social local, isto é, do país de origem.

Desse modo, uma vez emitido o CDT, a empresa brasileira estará dispensada do recolhimento de contribuições previdenciárias, tanto em relação à parte do empregado como da própria empresa (cota patronal), conforme disposto no art. 6º, V¹⁰, da Instrução Normativa da RFB nº 971/2009 e no art. 635 da Instrução Normativa da RFB nº 77/2015¹¹. Tal dispensa também já foi confirmada diversas vezes pela própria Receita Federal¹².

Ainda, vale mencionar que a empresa brasileira sequer precisará informar a remuneração do estrangeiro expatriado na GFIP/ e-Social (exceto em relação ao FGTS), entendimento ratificado pela Receita Federal do Brasil em diversas oportunidades e pelo próprio Manual do e-Social (versão 2.5.01).

Ante todo o exposto, nos parece que atualmente a legislação previdenciária, especialmente por intermédio dos Acordos Internacionais, possui efetivos mecanismos para mitigar os potenciais impactos adversos decorrentes do deslocamento temporário de trabalhadores.

Não obstante, a efetividade do mecanismo está condicionada à sua devida observância pelas empresas, sendo, portanto, imprescindível que se analise a situação específica de cada expatriado, o cumprimento dos requisitos e prazos estipulados em cada um dos Acordos de Previdência Social celebrados pelo Brasil, sob pena de questionamentos pelas autoridades fiscais federais. 

NOTAS

- 1 Art. 5º São obrigatoriamente segurados, ressalvado o disposto no art. 3º [...].
- 2 Decreto nº 3.048/1999 ("Regulamento da Previdência Social [...])
Art. 225. A empresa é também obrigada a:
§ 17. A empresa, agência ou sucursal estabelecida no exterior deverá apresentar os documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações referidas neste artigo à sua congênera no Brasil, observada a solidariedade de que trata o art. 222.
- 3 Brasileiros que são enviados para trabalhar no exterior.
- 4 Aqueles trabalhadores que são transferidos de outros países para trabalhar no Brasil.
- 5 Vide art. 468 da Instrução Normativa nº 45/2010.
- 6 Acordos bilaterais: Bulgária, Moçambique, Suíça; Acordos Multilaterais: Convenção Multilateral de Segurança Social da Comunidade de Países de Língua Portuguesa.
- 7 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
- 8 Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.
- 9 A título de exemplificação, observe-se o art. 7º do Acordo firmado pelo Brasil com a Espanha: "O trabalhador que, estando a serviço de uma empresa em uma das Partes Contratantes, for deslocado por essa empresa ao território da outra Parte para efetuar um trabalho de caráter temporário, continuará submetido à legislação da primeira Parte como se continuasse trabalhando em seu território, desde que este trabalhador não tenha esgotado o seu período de deslocamento e que a duração previsível do trabalho que deva efetuar não ultrapasse três anos. Se, por circunstâncias imprevisíveis, a duração do trabalho a ser realizado exceder três anos, poderá continuar sendo-lhe aplicada a legislação da primeira Parte, por um período de dois anos, desde que a Autoridade Competente da segunda Parte o autorize. O trabalhador autônomo que exercer normalmente a sua atividade por conta própria no território de uma Parte, e que passe a realizar um trabalho por sua conta no território da outra Parte, continuará a ser regido pela legislação da primeira Parte desde que a duração prevista não exceda dois anos".
- 10 Art. 6º Deve contribuir obrigatoriamente na qualidade de segurado empregado:
[...]
V - o trabalhador contratado no exterior para trabalhar no Brasil em empresa constituída e funcionando em território nacional segundo as leis brasileiras, ainda que com salário estipulado em moeda estrangeira, salvo se amparado pela previdência social de seu país de origem, observado o disposto nos acordos internacionais porventura existentes;
- 11 Seção II
Do Deslocamento Temporário
Art. 635. O empregado de empresa com sede em um dos países acordantes, que for enviado ao território do outro, pelo período previsto no Acordo para isenção de contribuição no País de destino, continuará sujeito à legislação previdenciária do país de origem, desde que acompanhado do Certificado de Deslocamento Temporário que deverá ser requerido pelo empregador, observando-se as seguintes disposições:
- 12 Vide Soluções de Consulta da RFB nºs 39/2014, 237/2014 e 5004/2018.



CRISTIANE I. MATSUMOTO é sócia da área previdenciária de Pinheiro Neto Advogados.



MARIANA MONTE ALEGRE DE PAIVA é associada de Pinheiro Neto Advogados



EDUARDO K.M. BEN-CLOWICZ é associado de Pinheiro Neto Advogados.

Emenda Constitucional nº 103/2019 impede que haja cassação de aposentadoria como conversão de demissão

■ POR MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

“A Emenda Constitucional nº 103/2019 pacifica a matéria e coloca um “ponto final” na presente discussão sobre a possibilidade ou não de se penalizar o aposentado com a perda do seu direito de receber seus proventos, fruto de um seguro firmado entre ele e o poder público.”

CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA OU A DISPONIBILIDADE DO INATIVO – NECESSÁRIA RELEITURA DO ART. 134, DA LEI Nº 8.112/90.

A Lei nº 8.112/90 foi promulgada em uma época em que contemplava a aposentadoria como prêmio ao servidor que atingisse determinado tempo de serviço estabelecido pela legislação para cada categoria ou sexo.

Sendo um prêmio concedido pelo poder público ao servidor, o legislador estabeleceu no art. 134, da Lei nº 8.112/90 a possibilidade de ser cassada a aposentadoria ou a disponibilidade de inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Eis a dicção do art. 134, da Lei nº 8.112/90:

“Art. 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.”

Pela leitura do aludido art. 134, da Lei nº 8.112/90, somente será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo se ele tiver praticado, na atividade, fato punível com a demissão e não estando prescrita a prática da infração disciplinar.

Por essa regra legal, as faltas funcionais cometidas em atividade é que poderão ensejar, como reflexo, a cassação da aposentadoria concedida *a posteriori*. Essa hipótese poderá ocorrer quando o servidor requerer sua aposentadoria e, após a publicação no DO o ato de aposentação, o Poder Público tiver ciência da prática de uma infração disciplinar e resolver apurá-la, por não estar prescrita.

Assim, a justificativa o legislador para a cassação de aposentadoria, como consequência de uma infração disciplinar possível com a pena de demissão decorre do fato de que a aposentadoria seria um prêmio (voluntária) onde o servidor público não contribuía para fazer *jus* à aposentadoria.

Dessa forma, se não estiver prescrita a infração disciplinar concretizada quando o servidor público se encontrava em atividade, ele respondia a um processo administrativo, a fim de se verificar o elemento subjetivo de sua conduta, se houve dolo ou gravidade na falta funcional que lhe é imputada.

A condição de servidor público aposentado, ou em disponibilidade, não permite que seja responsabilizado disciplinarmente por atos praticados nessa situação jurídica, tendo em vista que somente estando no exercício da função é que ocorrerá, em tese, a responsabilidade funcional.

Fora do serviço público, a prática de qualquer infração disciplinar que seja imputada ao servidor aposentado, será nessa situação, o que significa dizer que responderá pelos seus atos na esfera penal ou cível, em decorrência de que o seu estado de inativo retira a condição *sine qua non* para a sua responsabilização disciplinar, que é a prática de um ato infracional no serviço público. Sendo certo que, somente pode ser responsabilizado pela prática uma infração disciplinar quem está ostentando a posição de servidor público, legalmente investido no cargo, em exercício ou em licença, mas com o vínculo ativo.

Dessa forma, o inativo ou o servidor em disponibilidade somente respondiam a um processo administrativo disciplinar pelos atos que praticassem no exercício de seus cargos efetivos, pois a aposentadoria e a disponibilidade são espécies de inatividade, sendo a primeira situação resultante de um benefício obtido em função de invalidez permanente ou, atualmente, vinculada ao tempo de contribuição previdenciária, exceto a aposentadoria compulsória que possui vinculação máxima da idade do servidor (70 anos). Já a disponibilidade é aplicada ao servidor nos casos de reorganização ou extinção do respectivo cargo

público, ou de declaração de sua desnecessidade, até que o servidor volte a ser reaproveitado.

Portanto, segundo o legislador será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo, se o servidor tiver praticado, no exercício de suas atribuições funcionais, fato infracional punível com a demissão, não estando o mesmo prescrito.

Destarte, o direito de imposição da penalidade de cassar a aposentadoria do servidor público não é absoluto, em decorrência de que deverá ser precedido do devido processo legal, no prazo de 05 (cinco) anos, contados da data da prática da infração disciplinar, ou da publicação no Diário Oficial do ato de aposentação. Isso porque o direito da Administração de anular os atos administrativos (aposentadoria) decai em 05 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, conforme determinação expressa do art. 54 da Lei nº 9.784/99.

Por essa razão, a Administração Pública fica atrelada ao prazo prescricional, que, se consumado, estabiliza as relações jurídicas em função do próprio interesse público. Inseguros seriam os servidores públicos que não tivessem em seu passado a certeza de que as suas condutas, praticadas na atividade (exercício do cargo), não estariam estabilizadas com o transcurso do tempo. O art. 134 da Lei nº 8.112/90 dispõe expressamente no sentido de se impor a pena de cassação de aposentaria para o servidor que tenha praticado infração disciplinar quando em atividade, sendo inclusive recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal (MS nº 23.219/RS, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJ de 19 agos. 2005, p. 04; RNS nº 24.557/DF, Rel. Min. Carlos Veloso, 2ª T, DJ de 26 set. 2003, p. 25) e pelo STJ (MS nº 7.795/DF, Min. Rel. Hamilton Carvalhido, 3ª S., DJ de 24 jun. 2002, p. 181), que concluiu ser constitucional tal dispositivo legal.

Dessa forma, inúmeros servidores aposentados que praticaram infrações disciplinares quando em plena atividade, não estando suas punições previstas em lei prescritas, perderam ou perdem as suas aposentadorias, na forma do disposto pelo art. 134 da Lei nº 8.112/90, após o trâmite do devido processo legal.

Sucede que desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 dez. 1998, a aposentadoria deixou de ser por tempo de serviço, para se transformar em um regime de previdência de caráter contributivo, observando critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Assim, na prática, o servidor público, no exercício de suas atribuições, contribui diretamente para ter direito à aposentadoria.

Após a alteração da concepção da aposentadoria voluntária (prêmio), quando atingia determinado tempo de serviço, definido por lei, para pertencer a um novo regime previdenciário contributivo passamos a defender em nossos comentários ao art. 134, da Lei nº 8.112/90, da impossibilidade da cassação da aposentadoria, como decorrência de infração disciplinar cometida pelo servidor público quando em atividade.¹

Tal conclusão é uma decorrência lógica da significativa mudança que alterou a conjuntura da regra de concessão do benefício da aposentadoria, tendo em vista que os servidores públicos passaram a ser regidos pelo regime geral de previdência social, com regras de contribuições e atualização pelo sistema atuarial.

Apesar de cristalino, a nosso juízo, tal situação jurídica, o certo é que o Superior Tribunal de Justiça – STJ² pacificou entendimento majoritário que o sistema contributivo em nada veda a aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria, por entender que o servidor, antes aposentado, agora revertido e demitido, poderá buscar a aposentadoria no Regime Geral, sem os benefícios que fazia jus como servidor público, por conta da penalidade aplicada.

Sucedeu que a Emenda Constitucional nº 103, de 13.11.2019 alterou esse posicionamento, como se demonstrará, obrigando a doutrina e a jurisprudência a fazerem uma releitura do art. 134, da Lei nº 8.112/90.

DA INCOMPATIBILIDADE DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA COM O REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A aposentadoria voluntária cedeu espaço para o regime previdenciário contributivo para o servidor público, na forma inicial das Emendas Constitucionais nºs 3/93 (para os servidores federais), 20/98 (para servidores estaduais e municipais, em caráter facultativo) e 41/2003 (para servidores de todas as esferas públicas, em caráter obrigatório).

Apesar de cristalina tal situação, como visto, o Poder Judiciário tem como lícita a cassação da aposentadoria e a migração dela para um outro regime de previdência, em total violação ao regime contributivo da mesma.

Não concordando com essa interpretação jurisprudencial, o constituinte atual aprovou a Emenda Constitucional nº 103 de 13/11/2019, que reforçou o caráter contributivo do Regime de Previdência do Servidor Público (RPPS).

Ao ratificar o que já havia sido consolidado, a Emenda Constitucional nº 103/2019, enalteceu, no art. 37, § 4º, o direito do servidor público não perder os seus proventos, pelo fato dele ter sido conquistado pelo caráter contributivo.

A atual redação do art. 37, § 14, da CRFB/88, está assim redigida:

“(…)

§ 14. A aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive no Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição.”

Ao explicitar que a aposentadoria deferida com base na utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive no Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo jurídico que gerou o referido tempo de contribuição.

Esse rompimento de vínculo jurídico do servidor público com a Administração é a cessação dos efeitos da relação obrigacional que até então vinculava as partes.

Isso porque o vínculo jurídico é aquele que decorre de uma relação com parâmetros legais fixados na lei e que estabelece direito e deveres das partes envolvidas.

No âmbito do direito, o vínculo jurídico é a obrigação pela qual o devedor deve pagar ao credor o que fora previamente pactuado.

In casu, não havendo mais vínculo jurídico, o poder correicional perderá a eficácia, em face do rompimento da relação obrigacional que até então prevalecia.

Ou seja, mesmo alterando a aposentadoria voluntária para aposentadoria contributiva, tanto o Supremo Tribunal Federal – STF quanto o Superior Tribunal de Justiça – STJ, entendiam ser possível à conversão de demissão em cassação de aposentadoria.

Agora, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, a Constituição deixa explícita que a aposentadoria acarreta no “rompimento do vínculo”, o que significa dizer que não se pode mais cassar a aposentadoria.

Isso porque, quis o constituinte deixar explícito que sendo a aposentadoria uma decorrência de uma contraprestação às contribuições previdenciárias para, durante o período efetivamente trabalhado, a diminuição e alteração, ou a supressão irá redundar em enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Esse novo posicionamento constitucional, em nossa opinião, é justamente para alterar o padrão jurisprudencial até então estabelecidos pelas Cortes Revisoras, pois o atual sistema contributivo para o servidor se aposentar se transformou em seguro, que se implementará quando for deferida a aposentadoria.

Nessas circunstâncias, a cassação de aposentadoria se torna incompatível com a instituição do regime previdenciário contributivo.

Não há mais, dessa forma, recepção do art. 134, da Lei nº 8.112/90 ao atual regime de previdência estabelecido na Constituição Federal.

Isso porque, levando-se em conta que os valores recolhidos ao regime previdenciário do servidor, com a respectiva atualização, é um seguro e não há como o poder público locupletar-se de tais valores, como forma de punir disciplinarmente o servidor.

Deferida a aposentadoria, a conversão de demissão em perda de aposentadoria, após a tramitação de processo administrativo, ou até mesmo em decorrência de condenação em ação de improbidade administrativa ou em ação penal, já não poderá mais ser aplicada, por total incompatibilidade com o § 14, do art. 37 da CRFB/88, com a redação que lhe foi outorgada pela EC nº 103/2019.

Sobre o tema, já havíamos nos posicionado:³

“Com a alteração das regras da aposentadoria, deixou a mesma de ser um benefício auferido pela implementação de determinado tempo de serviço, passando a ser uma retribuição correspondente ao tempo de contribuição previdenciária.

Após essa modificação jurídica do sistema de aposentadoria, não resta dúvida que ela deixou de ser um prêmio àquele servidor que permanecesse no serviço público por um determinado período de tempo, para se caracterizar como um fundo, onde o beneficiário contribui pecuniariamente para ter direito de se aposentar, respeitados os requisitos estabelecidos pela lei.

Após essa transmutação jurídica, pergunta-se: A disposição contida no art. 134 da Lei nº 8.112/90 continua vigindo?

Bem como: Se o servidor que ainda contribuiu para a sua aposentadoria, ao ter a mesma cassada, perderá os valores que ele já contribuiu para a respectiva implementação?

Entendemos que não, porquanto após as sucessivas alterações constitucionais implementadas pelas Emendas Constitucionais nºs 20, 41 e 47, os requisitos do tempo de

contribuição, conjugados com a idade mínima do servidor público, remetem à certeza de que o art. 134, da Lei nº 8.112/90 não é mais recepcionado pela atual regra vigente do art. 40 da Constituição Federal.

Isso porque houve a modificação, como já aduzido, do caráter de prêmio da aposentadoria, para a necessidade de contribuição, com a criação de um fundo específico para cada servidor, na forma das regras atuariais.

Desse modo, a perda da aposentadoria significa uma subtração dos valores pagos diretamente pelos servidores no curso de seu vínculo ativo, o que significaria um enriquecimento ilícito do Poder Público.”

Agora, com a E.C nº 103/2019 fica mais cristalina tal posição, visto não ser mais possível questionar o vínculo jurídico obrigacional do servidor público aposentado com a Administração Pública.

O rompimento do vínculo jurídico que gerou o referido tempo de contribuição, que é o cargo público, subtrai o direito de a Administração Pública instaurar processo disciplinar ou propor ação judicial para cessar tal vínculo.

Isso porque, “servidor é pessoa legalmente investida em cargo público” (art. 2º, da Lei nº 8.112/90). Ao ser investido em cargo público, o servidor passa a contrair direitos e obrigações legalmente estabelecidas em lei.

Sobre o cargo público, o art. 3º da Lei nº 8.112/90, estabelece a seguinte diretriz:

“Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.”

Dessa forma, como a aposentadoria concedida com o tempo de contribuição decorrente de cargo, empregou ou função pública, agora acarreta o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição, já não é mais lícito instaurar-se, como por exemplo, o Processo Administrativo Disciplinar, contra o aposentado.

Esse raciocínio deflui do fato de que o artigo 143, da Lei nº 8.112/90, determina que a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigado a promover a sua apuração imediata, através de sindicância ou processo administrativo disciplinar.

Existindo o vínculo com o seu “rompimento” (aposentadoria) a irregularidade no serviço público ficará vinculada ao lapso temporal do servidor em atividade, com o seu vínculo ativo, sem que se aposente, pois na inatividade ele não poderá mais sofrer punição alguma.

A partir da promulgação da novel Emenda Constitucional nº 103/2019 a Administração Pública perdeu o direito de punir o servidor público aposentado pelos critérios ali estabelecidos.

A perda do direito de apurar e de punir o servidor aposentado é a consequência lógica do rompimento do vínculo jurídico que até então existia entre as partes, pois como a inativação o constituinte entende que o vínculo se instituiu é do seguro, contribuído pelo servidor para que ele pudesse ter a sua inatividade remunerada pelo padrão que foi contribuído.

Como a Lei nº 8.112 foi promulgada em 1990, com efeitos financeiros a contar de 1991, era plenamente justificável que o seu artigo 134 pudesse permitir que a

aposentadoria do servidor infrator fosse cassada, após o devido *iter* do processo disciplinar, pois a aposentadoria era voluntária, considerada prêmio para todos que atingissem determinado tempo de serviço.

Ela sendo agora contributiva, descontada mensalmente do servidor quando em atividade determinado percentual contributivo, é natural que a legislação sofra a conseqüente adequação e já não permita mais que a aposentadoria seja cassada como forma de punição disciplinar.

Sendo que agora um seguro, o servidor contribui para se aposentar, e o cálculo atuarial fará com que seja calculado o valor de seus proventos.

O rompimento do seguro somente será lícito se ficar comprovado que o servidor não adimpliu as suas obrigações e fraudou suas contribuições. Ou seja, a infração deveria ser efetivada na nova relação obrigacional, sem qualquer correspondência a irregularidades funcionais quando efetivo seu vínculo com o poder público.

O seguro gera essa consequência jurídica, vinculada às contribuições e a aquisição direito adquirido do servidor ser aposentado com base no que foi estabelecido pela lei.

Em sendo assim, o regime disciplinar não vige mais na inatividade.

Possui o poder público a faculdade de instaurar processo disciplinar somente em desfavor dos servidores em que vínculo jurídico não esteja rompido.

Da mesma forma, na ação de improbidade administrativa, onde o art. 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/92, estabelecerem a perda da função pública, não poderá ensejar a cassação da aposentadoria do agente público tido como ímprobo, pois além de não haver mais função pública em face da aposentadoria, o rompimento do vínculo impede a aplicação de qualquer punição.

A condenação de servidor público à perda de cargo efetivo não alcança sua aposentadoria, uma vez que este direito se submete aos requisitos próprios do regime contributivo.

Não havendo mais vínculo jurídico entre as partes, por certo, não há poder correicional, visto que o sistema de diretrizes e de obrigações cessou, não sendo mais possível imputar-se a prática de ato ímprobo quando o servidor se encontrava em atividade.

DA CONCLUSÃO

A inatividade remunerada do servidor público é vinculada ao tempo de contribuição, sendo extinta a aposentadoria voluntária exclusivamente por tempo de serviço, como já aduzido alhures, dando lugar a um novo critério de aposentadoria, vinculada às contribuições e atualizada por critérios atuariais, instituidora de um verdadeiro seguro.

Como os valores dos proventos de aposentadoria dos servidores abrangidos pelo regime de previdência serão calculados, nos termos da Constituição Federal por ocasião da sua concessão, levando-se em conta as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência, devidamente atualizados, na forma da lei, não há como a Administração revertê-los de forma diversa do seu destino original. Isso porque os valores estão sob a guarda

da previdência social, responsável pela solvabilidade dos mesmos, para o fim de pagar a aposentadoria dos servidores que implementaram os requisitos legais para as suas respectivas aposentações. Dessa forma não há mais espaço para cassação de aposentadoria.

Não mais vigoram as regras jurídicas anteriores, vigentes quando da redação do art. 134 da Lei nº 8.112/90.

Assim, em decorrência do Estado Constitucional, onde o direito é a única ordem institucional em que é possível realizar o projeto de garantias, por meio de vínculos substanciais da posituação do “dever ser” constitucional, imposto ao próprio direito positivo, e diante do que vem estatuído no Texto Maior, não há como estabelecer a perda do direito de receber o que foi contribuído a título de garantir a aposentadoria do servidor público.

Nesse sentido, Luis Prietro Sanchés⁴ destaca:

“el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales.”

O garantismo defendido inicialmente por Luigi Ferrajoli⁵ e incorporado por Luis Prietro Sanchés, é aquele que defende as bases constitucionais do direito e da democracia, através de um fundamento ético e moral.

Dessa forma, pode-se afirmar, com toda a certeza, que não é ético e nem moral, subtrair recursos descontados mensalmente do servidor de sua remuneração (alíquotas de contribuições previdenciárias), para fins de uma futura aposentadoria.

A perda da condição de aposentado, como imposição de penalidade, após todo o *iter* disciplinar, não possui o efeito de confiscar um direito adquirido pela implementação de descontos e de condições resolutivas já consumadas. Seria um desrespeito à segurança jurídica.

Uma coisa é a imposição de uma penalidade disciplinar, após a inequívoca demonstração de que houve a prática de uma infração disciplinar, consumada quando o servidor público estava com o seu vínculo ativo, em pleno exercício do cargo. Outra é a perda ou o confisco de valores que foram descontados para o seu fundo previdenciário oficial, quando inativo. Não nos afigura como ético e nem moral o Poder Público confiscar tais alíquotas previdenciárias descontadas do servidor no curso de seu vínculo ativo, com reflexos, inclusive, na inatividade, onde ele continua sendo descontado de seus proventos em 10% (dez por cento) da sua totalidade.

É necessária uma releitura do atual art. 134 da Lei nº 8.112/90, pois é defeso pela Constituição Federal o enriquecimento sem causa do Poder Público que não possui a legitimidade, como responsável pelo fundo de aposentadoria do servidor, subtrair, confiscar ou locupletar-se dos valores ali depositados e que já perfazem o critério de períodos de contribuição.

Por essa razão, entendemos ser inconstitucional a imposição da penalidade de perda do direito de receber a aposentadoria previdenciária, pois o servidor

somente a perderá se fraudar o tempo de contribuição, com vantagens fictícias ou inexistentes. Jamais o servidor condenado disciplinarmente perderá o direito de receber os valores com os quais contribuiu mensalmente por muitos anos e que fazem parte de seu fundo de aposentadoria.

Contudo, por pertencer ao seu rol de direitos imutáveis, adquiridos por meio de contribuições sucessivas e mensais, jamais poderão ser retirados de seus proventos, salvo se comprovada fraude ou má-fé na concessão dos mesmos, pois do contrário, é direito impostergável do aposentado receber o numerário de seu fundo previdenciário de aposentadoria.

A Emenda Constitucional nº 103/2019 pacifica a matéria e coloca um “ponto final” na presente discussão sobre a possibilidade ou não de se penalizar o aposentado com a perda do seu direito de receber seus proventos, fruto de um seguro firmado entre ele e o poder público.

Agora já não é possível mais aplicar-se o artigo 133, da Lei nº 8.212/90, em face da sua não recepção pela Emenda Constitucional nº 103/2019.

Ao aposentar-se, o servidor já não poderá mais ser investigado por irregularidades ocorridas em seu vínculo ativo, pois o rompimento do vínculo jurídico já não permite mais ao poder público investigar-lhe.

Assim sendo, a Administração Pública possui a faculdade/dever de instaurar processo administrativo disciplinar somente contra o servidor ativo. Passando para a inatividade não há mais poder correccional contra o servidor público.

Da mesma forma, o servidor inativo não poderá perder a sua aposentadoria em decorrência em condenação por ato de improbidade, por não mais existir função pública, além de não haver mais vínculo jurídico entre ele e o Poder Público.

Fica a aposentadoria garantida como forma de contribuição do seguro firmado entre o servidor público e o Estado.

Ao inativar-se o vínculo jurídico do servidor não é mais com a Administração Pública e sim com o regime de Previdência, na forma do seguro firmado entre as partes.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2019. 

NOTAS

- 1 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada – Regime Jurídico Único do Servidor Público Federal. 6.ed., Niterói-RJ: Impetus, os. 846/851.
- 2 REsp 1771.637/Pr, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T, DJ de 4.02.2019; AgInt no RMS 54.740/SP, 2ª T, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 24.09.2019; RMS 50.717/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ acórdão Benedito Gonçalves, 1ª T, DJ de 13.06.201.
- 3 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *op. cit. ant.*, p. 849.
- 4 SANCHÉS, Luis Prieto. “Constitucionalismo y garantismo”. In: *Garantismo – Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 44.
- 5 FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Una Discusión sobre Derecho y Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 35.



MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS é Advogado, palestrante, escritor de alguns livros (O Limite da Improbidade Administrativa, Forense, 6. ed., RJ; Lei nº 8.112/90 – Interpretada e Comentada, Impetus, 7. ed, Niterói; O Limite de Instauração do Inquérito Civil Público e da Ação de Improbidade Administrativa, Forense; O Contrato Administrativo, América Jurídica, 2. ed., RJ; Licitação e seus Princípios na Jurisprudência, Lúmen Iuris, RJ; Compêndio de Direito Administrativo – Servidor Público, Forense; dentre outros) e autor de pareceres e artigos.

Fernando Bianchi



Haverá amanhã para as Operadoras de Plano de Saúde de Pequeno e Médio Porte?

Após pouco mais de 20 anos da criação da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/00), o segmento de saúde suplementar passa por um momento delicado.

Alguns motivos podem justificar esse momento atual, como a crescente e quase intolerável quantidade de exigências técnicas e econômicas impostas pela ANS para manutenção das atividades das operadoras, e as predatórias operações societárias de aquisições empresariais levadas a efeito por grupos dotados de grande poderio financeiro.

Independentemente dos motivos que levaram ao cenário atual, a pergunta do momento é: haverá amanhã para as operadoras de pequeno e médio porte?

A verticalização assistencial, decorrente da aquisição de um grande número de aparelhos hospitalares por parte de algumas operadoras, despertou o interesse das “grandes” em cuidar de um nicho de mercado em que atuavam apenas as operadoras de pequeno e médio porte.

A concentração de mercado nas mãos de um número cada vez menor de operadoras já é uma realidade no segmento.

Por outro lado, a concentração de aparelhos hospitalares em poucos grupos empresariais também é um importante problema para as operadoras que não possuem rede própria.

Em verdade, para aqueles que acompanharam a edição da Lei nº 9.656/98 – Lei dos Planos de Saúde, e suas motivações, seria possível notar que esse novo mercado está conseguindo o que os órgãos oficiais de regulação não conseguiram desde a edição da lei de planos de saúde, ou seja, reduzir o número de operadoras registradas na ANS.

Por tal razão, o delicado momento do mercado impõe modernização e o aperfeiçoamento das operadoras, tanto para blindá-las dos novos desafios, quanto para torná-las aptas a operações societárias mais rentáveis para seus sócios.

O saneamento prévio de contingências judiciais e administrativas enseja melhores condições para as operadoras pretendentes as operações de M&A, pois ensejam avaliação adequada da empresa, a redução do tempo de *due diligence*, assim como do contingenciamento, diminuindo a retenção de parte do preço normalmente vinculada a contas de garantia. O cuidado na análise dos contratos, através da inserção de cláusulas protetivas nos instrumentos jurídicos que viabilizam as operações também é vital.

Já para as operadoras que pretendem se manter no mercado, é imperiosa a instituição de ações de prevenção, mitigação de problemas, gerenciamento de crise e estratégias para o futuro, objetivando sua proteção para garantir sua perenidade. 

FERNANDO BIANCHI é sócio do Miglioli e Bianchi Advogados, especializado em Direito da Saúde Suplementar e membro da Comissão de Estudos de Planos de Saúde da OAB/SP.

MESMO QUE ELA TENHA SE OFERECIDO.
MESMO QUE ELA ESTEJA PRECISANDO DO DINHEIRO.

#MENORNÃO

EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL É CRIME.
É VERGONHOSO. É IMPERDOÁVEL. É NÃO.



BAIXE O APP



LIBERTA.ORG.BR



INSTITUTOLIBERTA



LIBERTAINSTITUTO



INSTITUTO DE DEFESA DO DESENVOLVIMENTO DA EXPLORAÇÃO
SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES