

REVISTA JURÍDICA DA FA7

FA7LAWREVIEW

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito
do Centro Universitário 7 de Setembro**

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Fortaleza	v. XVI	n. 2	jul./dez.	2019	182 p.
-----------	--------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte: Jacquelline Campelo Jucá CRB 3/677

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.16, n.2 (jul./dez. 2019) — Fortaleza: UNI7, 2019 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da UNI7 em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7.

CDD 340.05

Pede-se permuta / We ask for exchange / On demande l'échange / Se pide permuta

Revista Jurídica da FA7 / FA7 Law Review

Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro

periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/ | revistajuridica@uni7.edu.br

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Editora-Chefe

Prof.^a Dr.^a Germana Parente Neiva Belchior
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Editor-Adjunto

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo
UNI7, Curso de Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján
Universidade Autônoma de Madri, Espanha

Prof. Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero
Universidade da Costa Rica, Faculdade de Direito, Costa Rica

Prof.^a Dr.^a Eliane Moreira
UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

Prof. Dr. Giovanni Lichetti
Universidade de Bolonha, Departamento de Ciência Jurídica, Itália

Prof. Dr. Ignacio Maria Poveda Velasco
USP, Departamento de Direito Civil, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. José Isaac Pilati
UFSC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, Brasil

Prof.^a Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal
UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, PE, Brasil

Prof.^a Dr.^a Laura Souza Lima e Brito
UNIBH, Curso de Graduação em Direito, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof.^a Dr.^a Liziane Paixão Silva Oliveira
UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes
Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil

Prof.^a Dr.^a María José Bravo Bosch
Universidade de Vigo, Espanha

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior
USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Prof.^a Dr.^a Rosângela Lunardelli Cavallazzi
UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Urbanismo; PUC/RJ, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof.^a Dr.^a Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
UFC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Normalização

Tamires Reis e Danyele Melo

Normalização de Referências

Jacqueline Campelo Jucá

Editoração Eletrônica

Gustavo-Augusto Vieira e Eduardo Mendes de Oliveira

Supervisão Gráfica

Eduardo Mendes de Oliveira

Capa

Bookmaker

Centro Universitário 7 de Setembro

Campus Água Fria

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone: (+55.85) 4006.7600

Campus Imperador

Av. do Imperador, 1330 - Centro

Fortaleza - CE – Brasil

Reitor

Ednilton Gomes de Soárez

Vice-Reitor

Ednilo Gomes de Soárez

Pró-Reitor Acadêmico

Prof. Dr. Adelmir de Menezes Jucá

Secretária Geral

Fani Weinschenker de Soárez

Coordenadora do Curso de Direito

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

Apresentação

A Revista Jurídica da FA7 / *FA7 Law Review* materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltada à temática de “Relações Privadas e Desenvolvimento”, área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito, criado no final de 2015. Destina-se à divulgação de artigos científicos, resultados de pesquisas, ensaios, traduções e resenhas, preferencialmente de autoria ou coautoria de professor-doutor.

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da UNI7, o Periódico passou por uma reestruturação, a fim de se adequar aos novos rumos científicos da Instituição, passando a ter periodicidade semestral e publicação apenas eletrônica.

Posiciona-se atualmente no estrato B1, conforme avaliação do sistema WebQualis da Capes (2017), e mantém permuta com as principais bibliotecas nacionais e estrangeiras.

A política editorial da Revista Jurídica da FA7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7, consolidada em suas linhas de pesquisa, possuindo os seguintes eixos temáticos: (i) Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento e (ii) Relações privadas, mercado e desenvolvimento.

Nesse sentido, este número é o oitavo em versão eletrônica, seguindo todas as orientações do WebQualis da Área do Direito. Essa edição é composta por 10 (dez) artigos, todos submetidos à avaliação de dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa, seguindo o sistema *double blind peer review*.

Dirige-se agradecimento aos colaboradores pelos textos aqui publicados, convidando-se os leitores a conhecerem os focos de investigação realizados, com influxo na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura!

Prof.^a Dr.^a Germana Parente Neiva Belchior

Editora-Chefe

Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Concentra-se na área das Relações Privadas e Desenvolvimento. Todos os números publicados em versão impressa (volumes 1 ao 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>.

As regras para publicação na RJFA7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJFA7 não tem fins lucrativos e é disponibilizada gratuitamente no seu portal.

O escopo e a missão do Periódico é divulgar artigos científicos de qualidade, favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de múltiplas instituições e países, no que diz respeito aos temas pertinentes à sua linha editorial. O volume anual é composto por duas publicações, de periodicidade semestral.

A UNI7, a Editora e o Corpo Editorial da Revista não se responsabilizam pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores. Toda e qualquer correspondência, incluindo a submissão de artigos científicos, cartas aos editores, solicitação de subscrição e cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada ao endereço eletrônico: revistajuridica@uni7.edu.br.

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Considerando a política nacional de difusão do conhecimento científico, são reservados ao Centro Universitário 7 de Setembro o direito de primeira publicação. Os autores são incentivados a publicar os trabalhos em outros meios, desde que indicado o crédito da publicação original. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs 4.0*, com a condição “Atribuição” (CC BY 4.0).

Os autores devem estar cientes de que, se os artigos demandarem a aprovação do Comitê de Ética, deverão informar o protocolo de aprovação, anexando o respectivo Parecer. No ato da submissão, é necessário informar se há conflito de interesses com relação à pesquisa.

Sumário

Revista Jurídica da FA7

FA7 Law Review

v. XVI, n. 2, jul./dez. 2019

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

O OLHO E O RETRATO: ASPECTOS METAFÓRICOS DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Torquato da Silva Castro Júnior..... 13

The eye and the portrait: metaphorical aspects of the juridical fact theory

O PRODUTO INTERNO VERDE COMO INDICADOR DE SUSTENTABILIDADE: ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS E TERMOS DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Nicolau Cardoso Neto

Luiza Sens Weise29

The green gross domestic product as an indicator of sustainability: review of the evolution of concepts and terms sustainable development and sustainability in the context of Brazilian environmental law

O DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA REGULAMENTADO PELA LEI 13.467/17

Danna Catharina Mascarello Luciani

Marco Antonio César Villatore53

The labor's non-pecuniary damage regulated by the Law 13.467/17

ENTRE RISCOS E DESINFORMAÇÃO: A UTILIZAÇÃO DA NANOTECNOLOGIA NA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS

Rafael Gonçalves Fernandes

Liziane Paixão Silva Oliveira.....63

Amid risks and misinformation: The use of nanotechnology in the food industry

CONSTRUÇÃO DA CULTURA ENERGÉTICA DO GÁS DE XISTO NA CHINA: PERSPECTIVAS DE UMA SUSTENTABILIDADE INSUSTENTÁVEL

Pedro Henrique Moreira da Silva

Romeu Thomé83

Construction of shale gas energy culture in China: Perspectives of unsustainable sustainability

FAKE NEWS À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIGITAL: O SURGIMENTO DE UM NOVO DANO SOCIAL

Gladyer Daywerth Pereira Guimarães

Michael César Silva99

Fake news and post truth in the light of digital civil liability: the arise of a new social damage

DANO IN RE IPSA, RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO E O FEITIÇO DE ÁQUILA: OU DE COMO COISAS DISTINTAS PODEM COEXISTIR SEM SE TOCAR

Bruno Leonardo Câmara Carrá

Denise Sá Vieira Carrá.....115

Damage in re ipsa, Civil Liability without damage and the Ladyhawke: or how distinct things can coexist without touching

O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO E AS NANOTECNOLOGIAS: OS NOVOS HIPERVULNERÁVEIS

Fábio Campelo Conrado de Holanda

Maria Lúcia Falcão Nascimento133

Consumer law to information and nanotechnologies: the new hypervulnerables

EL NUEVO PARADIGMA DE LA SUSTENTABILIDAD FUERTE COMO PILAR DEL ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO

Carlos E. Peralta.....147

*The new paradigm of strong sustainability as a pillar of the environmental State of Law
O novo paradigma da sustentabilidade forte como pilar do Estado Ecológico de Direito*

EL BREXIT: TODO UN RETO PARA EL DERECHO ROMANO

Alfonso Murillo Villar163

Brexit: a great challenge for Roman Law

Brexit: um grande desafio para o Direito Romano

O OLHO E O RETRATO: ASPECTOS METAFÓRICOS DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Torquato da Silva Castro Júnior

Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Pernambuco.

torquatojr@yahoo.com

RESUMO: Este trabalho pretende analisar – e na mesma medida elogiar – sob uma perspectiva retórica, a teoria do fato jurídico desenvolvida por Pontes de Miranda, com destaque para a ontologia de seu “mundo do direito”, verificando assim sua importância para conferir uma caracterização de objetividade ao Direito, importante estratégia discursiva.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do fato jurídico. Retórica. Pontes de Miranda.

The eye and the portrait: metaphorical aspects of the juridical fact theory

ABSTRACT: This paper intends to analyze – as well as compliment – under a rhetoric perspective, the juridical fact theory developed by Pontes de Miranda, focusing on the ontology of its “world of law”, thus acknowledging its value in providing the Law with a characterization of objectivity, an important speech strategy.

KEYWORDS: Juridical fact theory. Rhetoric. Pontes de Miranda.

1. A TRADIÇÃO CIVILÍSTICA E A TEORIA DO FATO JURÍDICO

A tradição jurídica a que se convencionou chamar “romanista” absorveu da Modernidade formas de pensar geometrizaras, sistêmico-dedutivas, vivenciadas como refinamento científico do saber jurídico. O Jusracionalismo, ou Direito Natural Racional, desenvolveu-as inicialmente e depois, por meio das grandes codificações jusnaturalistas e pelas mãos da pandectística oitocentista alemã, essas formas de pensamento alcançariam diretamente a práxis forense dos países dessa tradição (WIEACKER, 1957, p. 292-293). Em muitos aspectos, semelhantes formas de pensar, enfatizando a “sistematicidade do direito” e, às vezes também, a possibilidade de serem “calculadas” logicamente as decisões jurídicas, permanecem vigentes hoje, não apenas do outro lado do Atlântico, mas cá deste lado também.

A introdução do “pensamento sistêmico” (CANARIS, 1989), i.e. da forma cartesiana de pensar o jurídico, no direito civil brasileiro verificou-se principalmente pelo influxo das codificações europeias e pelo influxo da pandectística. Nesta tradição civilista romanista, não é preciso dizer, situa-se a obra de juristas tais como Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello.

A presente intervenção pretende ter, afinal, natureza laudatória. O elogio será o do jurista inserido nesta respeitável tradição, por seu refinamento como cultor dessas categorias com que afinal se pensam o direito, mas também o elogio da teoria do fato jurídico, como tal, igualmente

por seu refinamento como doutrina. Para essa tradição, o conceito próprio de “fato jurídico” figurará como o mais relevante, sob essa óptica, para a construção de uma “teoria” do direito.¹

A teoria do fato jurídico, como desenvolvida por Pontes de Miranda e preservada em Alagoas com elegância coerência e originalidade pelo ora homenageado; como também a teoria do fato jurídico de Lourival Vilanova, retomada em São Paulo por Paulo de Barros Carvalho, encarnam exemplarmente o objeto do elogio (e da crítica) à dogmática jurídica em terras brasileiras. Ambas as teorias serviriam, de maneira diversa mas análoga, ao propósito da presente análise, em razão da maneira como concebem o direito, ou uma “parte” dele ao menos, como sendo “uma lógica”. A presente exposição limitar-se-á, entretanto, à metafórica da obra mirandiana, que é também a metafórica do homenageado, por questões de espaço e oportunidade.

Vale explicitar desde já, entretanto: a abordagem da teoria do fato jurídico que aqui se desenvolve parte de uma perspectiva tomada desde a “retórica jurídica”, cuja característica marcante traduz-se na minimização de “fantasias metodológicas” (GAST, 2006). A questão da lógica como teoria do direito, na obra de Pontes de Miranda, será observada desde um ponto de vista que lhe é exterior: desde a consideração do papel retórico da invocação “lógica” e da reconstrução do “sistema jurídico”, do “mundo do direito”, nas metáforas topológicas do referido autor. A abordagem retórica que se pretende desenvolver consiste em tomar o problema da ontologia do direito, do “mundo do direito” (como o chama Pontes de Miranda), deste “lugar” onde as coisas relativas à dinâmica do fato jurídico “situam-se” afinal, como uma metáfora espaço-temporal constitutiva mesmo das formas com que se instanciam os eventos que se pretende “descrever”.

Não se trata aqui de discutir se “existe” ou não, com efeito, o “mundo do direito”. Ninguém negará talvez que, como realidade, o direito é principalmente uma convenção.² Ademais, uma questão desse tipo seria uma armadilha do sem-sentido.

As metáforas espaciais e visuais estão postas nos textos da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda. Só não são levadas a sério pela própria teoria, porque abertamente são metáforas. Para que fossem sérias, teriam de se travestir de literalidades. Seriam as metáforas, segundo a mentalidade tradicional, um expediente pedagógico, útil, mas dispensável em última instância. Tanto assim ocorre que, na doutrina de Vilanova, por exemplo, já aparece bem mais dissipado o uso aberto das metáforas. Ciência seria coisa da linguagem literal e por isso também se aproximaria das matemáticas, cuja univocidade, como a da lógica, não se pode questionar. Uma abordagem retórica permite inverter essa situação e tratar as metáforas como elementos centrais de indagação e a pretendida “matematização” como expediente de persuasão.

2. O CÉU CONCEITUAL DOS JURISTAS

Convém reconhecer, inicialmente, como Jhering (1974): muitas teorias da dogmática existem em instâncias tão etéreas que realmente não vêm a afetar a prática jurídica. Jhering falava do *juristischen Begriffshimmel*, do “céu” conceitual dos juristas.

Para exemplificar a alegada dissociação entre teoria e prática, tome-se já da civilística o problema do *status* do nascituro, na teorização pela doutrina do conteúdo do art. 2º do Código Civil brasileiro: a personalidade começa do nascimento com vida, mas a lei protege os direitos do nascituro. Pergunta-se: trata-se, quem vai ainda nascer, já de uma “pessoa” no sentido técnico

¹ “[...] a noção fundamental do direito é a de **fato jurídico**; depois, a de **relação jurídica**” (PONTES DE MIRANDA, 1954. XVI.) Também assim Mello (2007).

² Sobre as condições convencionais de uma ontologia convencionalista do social ver Searle (1995).

do termo? Será talvez uma “quase-pessoa”? Tem “personalidade resolúvel”? Tem “personalidade potencial”? Na “ciência” do direito, discute-se se ao nascituro são reconhecidos propriamente “direitos subjetivos”, ou se meras “expectativas de direito” (merecendo tutela excepcional, para a preservação de um possível e provável “direito futuro”, ou “eventual”); como se se discutissem estados empíricos e não convenções.

Tais discussões andarão sempre em círculo, porque as convenções serão, em última instância, o que se disser que elas são. “Prova-se”, ao final, com esses debates alguma coerência ou incoerência com modelos teóricos. E só. O problema teórico do *status* do nascituro, na prática, e é o que interessa retoricamente, pode ser refletido doutrinariamente das mais diversas maneiras, mesmo quando a prática se verifique convergente num único e conveniente *modus faciendi*, que dê ao nascimento com vida um papel decisivo. É sempre possível, afinal, que duas explicações teóricas distintas – e reciprocamente excludentes – possam legitimar uma mesma solução prática para os casos (STAMFORD, 2000).

Em semelhante nível de abstração, discute-se ainda se há direitos “sem sujeito”, ou se uma “relação jurídica” se pode dar entre “pessoas” e “coisas” (CASTRO, 1985). Quase nunca se cogita – o que até seria possível sob premissas de uma outra ontologia do direito – de “a relação jurídica” dar-se “entre coisas” puramente. Porém, entre coisas “principais” e “acessórias” há uma relação e não é totalmente verdadeiro dizer que ela não é alguma medida também “jurídica”.

Esses e outros dogmas, como aquele do chamado “sujeito passivo universal” (que, na teoria dos direitos reais, evitará a herética, mas antiga, teoria da relação jurídica entre pessoa e coisa), efetivamente pouco importarão para a prática do regime da propriedade e para a decisão dos casos concretos. O “conteúdo” do direito de propriedade, enfim, em se aceitando a metáfora, não parece se alterar por causa de diferenças estabelecidas em tão abstrato nível de teorização.

Essas discussões metafísicas, que nunca se podem resolver, explicam-se possivelmente por uma necessidade de coerência conceitual, que é uma necessidade retórica. A coerência interna dos modelos teóricos jurídicos é o mais poderoso *tópos* de sua retórica (SOBOTA, 1990). Para exemplificar essa necessidade de coerência, basta lembrar que processualmente uma sentença “sem lógica”, que contrarie a lógica, é uma sentença inválida. Isso pode explicar o investimento tão alto nesses espaços conceituais ao menos imediatamente vazios de prática.

Inutilidade, porém, de modo algum é atributo da teoria do fato jurídico, no seu todo. Se ela não determina a prática, como se crê retoricamente, certamente serve a essa mesma prática. Discussões sobejantes do tipo referido ocorrem sempre de novo, é bem verdade, em relação a certos de seus problemas, mas seu modelo categorial, seu “objetivismo”, configura o ambiente todo do falar “jurídico” como ele se desenvolve ainda hoje na tradição romanista. O objetivismo é instrumental para esse falar, senão necessariamente para tomada da decisão mesma, ao menos para a forma retórica de sua apresentação. Os juristas práticos usarão pontualmente a explicação teórica que lhes seja conveniente para legitimar suas decisões, mas a “teoria” lhes restará retoricamente adjutória da oportunidade hermenêutica, do trabalho com os textos legais que se conduzem como “aplicáveis” para os casos.

Certamente, nalguns contextos práticos, a indefinição da teoria de “alta indagação” é inofensiva. O direito, na prática, “funciona” apesar desse tipo de impossibilidade de verificação teórica. Resulta mesmo notável que, não obstante a indiferença prática de semelhantes proposições teóricas, tantas páginas se tenham escrito sobre elas. Que se discute em estratos tão etéreos? As nuvens, como quis Aristófanes, na comédia com esse nome, atacando as especulações de Sócrates; ou o “indizível”, sobre que, a princípio, apenas se deveria calar, como quis Wittgenstein no *Tractatus Logicus-Philosophicus* (1994)?

O que parece ocorrer, em tais situações, não é somente alguma forma sofisticada de alienação, ou algum traço “maníaco” presente na doutrina, como uma crítica mais radical talvez possa fazer crer. Esse fenômeno pode, porém, e a par do que a crítica disser, ainda significar uma outra coisa: a manifestação de uma refinada base metafórica, constituindo o espaço imaginário em que se realiza a dinâmica do pensamento jurídico, o “mundo jurídico”, a metáfora topológica mirandiana, que interessa neste estudo. É com essa hipótese em retórica que se segue a presente incursão na temática do fato jurídico e se ensaia o anunciado elogio, que é em última instância um elogio estético.

A doutrina realiza seu “ensinar” e “aprender” num ambiente de imagens familiares à comunidade de falantes. Essas imagens não são necessariamente nem verdadeiras, nem falsas. Elas constituem o mundo como ele se dá na interação comunicacional, como ele “aparece”, como se “apresenta” discursivamente. As imagens da teoria não são imperativos, comandos ou ordens, embora se possa dizer que têm certo caráter “normativo”, como na ideia de “modelos jurídicos”. São, porém, sempre também metáforas. Ou melhor, podem e devem ser vistas, ou reconstruídas, como metáforas.

3. AS METÁFORAS DA TEORIA: TEORIA COMO VISÃO

Teorias não escapam às metáforas. Mesmo a física, que se pode tomar como paradigma da ciência em sentido literal, vale-se de metáforas.³ *Theorèin* significava originalmente “contemplar”, “ver”. O *theóros*, na Grécia antiga, era um espectador de competições esportivas, que via os jogos sem participar.

Em termos meramente extensionais, a visão explica-se como um evento ocorrendo nas células nervosas de um específico aparelho orgânico de alguns seres vivos. O “ver” é um padrão de excitação elétrica de determinados tecidos vivos. Porém, “ver” também é a “vivência” da percepção visual. É agora mais do que o simples padrão elétrico; é a “experiência” sensorial do ver, do perceber pelos olhos.⁴ Falar em “experiência” envolve já a instalação de uma dualidade. Não é mais mera extensão aquilo do que se trata. Para conceber a percepção, é preciso separar um “sujeito” de um “objeto”. É preciso “partir” o que restava uno.

O mundo cartesiano, assim concebido, é precipuamente visual.⁵ Ver com os olhos é desde então também perceber com a mente. As percepções visuais passaram a ser, desde esse tempo,

³ Hubert Reeves (apud CORDOZ, 1994, p. 13-23, passim), escrevendo sobre “Imagens de Ação na Física”, explica: “A física, como todas as outras ciências, procede por meio de imagens. Descreve a realidade, tentando assimilá-la a um conjunto de imagens.” Segundo o astrofísico, antes do fim do Século XIX, “a física era dominada por duas imagens de objeto: a bola e a onda”. Elas foram substituídas por “imagens de ação”, ou “operações”. “O acento não está no “objeto” que se desloca, mas sim no ‘fato’ de se deslocar”. Sua conclusão é a seguinte: “as imagens de ações se desenvolvem ‘antes’ das imagens de objetos. Bem antes de pensar, a criança age. [...] Essas ações são acompanhadas de um ‘esquema de ações’. [...] Vêem-se aparecer aqui as noções de operações equivalentes e de grupos de operações”.

⁴ Como afirma Andrea Bonomi (2001), “nenhuma teoria baseada na distribuição **local** dos estímulos sobre a retina poderá jamais dar conta do fato de eu ‘ver’ os objetos que se articulam no campo visual, já que os estímulos contam menos por sua localização anatômica (por exemplo, por sua distribuição ‘geométrica’ sobre a retina) do que por suas conexões recíprocas na totalidade do processo.”

⁵ Segundo Richard Rorty (1994, p. 55), a tensão estabelecida entre os dois lados do nosso ser, “nossa Essência especular” não era, no século XII, uma doutrina filosófica, mas uma imagem que os homens letrados encontravam pressuposta por cada página que liam. O humano seria “especular” (relativo ao espelho) por duas razões. Primeiro, porque, em relação à imagens que reflete, o espelho assume novas formas sem ser mudar a si mesmo. Segundo, porque “a essência do homem é sutil e delicada como a do espelho”. A resistência, no sentido de força para permanecer, dessa concepção é antiga. Segundo o mesmo Rorty (1994, p. 53), “os filósofos com frequência desejaram que Aristóteles nunca tivesse aceito a conversa de Platão sobre universais e sua teoria do conhecimento do espectador, e que sua

referidas em termos de percepção mental, frequentemente com pouca, se com alguma, consciência da metáfora.

A teoria assim concebida é “visão”, “reflexo”, ou até “retrato”. Todos conhecem a renúncia de Wittgenstein a essa abordagem da linguagem teórica. Talvez importe lembrar apenas o quanto a dogmática jurídica está longe do que Wittgenstein consideraria “dizível”, segundo o *Tractatus*.

Especificamente, abordam-se neste texto metáforas visuais, porque elas “denunciam” claramente a forma de se organizar o pensamento do jurista ao justificar sua prática.

Pensando em termos de metáforas cognitivas, que derivam de experiências corporais primeiras fundamentais, George Lakoff (1986. p. 16) observa que a experiência corpórea do “ver”, consistindo no experimentar e discernir horizontes e limites, inclusões e exclusões, faz com que a associação entre “teorizar” e “ver” se possa manifestar como ocorrência da metáfora dicotômica “continente” / “conteúdo”. O campo visual seria o “continente”, o que se vê o “conteúdo”. Essa seria a metafórica subjacente à apresentação linguística do “conhecer”.

Já Aristóteles (1952, I, 1, 980 a) tinha a visão como o sentido humano mais intelectual. Para Lakoff, podem ser apontadas três razões para esse paralelismo metafórico entre visão e intelecção:

1. a visão é nossa fonte de dados primária em relação ao mundo, significando que a visão tipicamente nos fornece mais informação do que qualquer dos outros sentidos, exercendo papel decisivo no acúmulo de conhecimento;
2. a visão envolve a habilidade notável de focalizar arbitrariamente diversos aspectos do campo de percepção;
3. a visão é mais ou menos idêntica para diferentes pessoas, a partir de um mesmo “ponto de vista”.⁶

Metaforicamente, como se verá adiante, a “regra jurídica” funcionará na doutrina do fato jurídico de Pontes de Miranda, como um “olho”, capaz de captar a informação existente no ambiente, i.e. existente fora do “mundo do direito”. A regra “incidirá” sobre o evento, como um olhar, “juridicizando-o”. A natureza óptica da metáfora da “incidência” parece inquestionável. Essa “incidência”, por sua vez, só pode ser captada de novo por um “olho” mental do jurista, que se substitui, no momento da aplicação, ao olho da regra que viu a ocasião de incidir. Sob o manto desta metafórica, que está ao mesmo tempo exposta e encoberta pelo que se diz, capacita-se o jurista a “observar” fatos jurídicos. Eles estão a “entrar” no mundo do direito, “vindo” do mundo dos fatos, como outrora foi visto pelos olhos da regra mesma que incidiu, e tudo isso no momento em que o suporte fático se dá.

4. O PARADIGMA “OBJETIVISTA” E O ÂNIMO DOGMÁTICO DE CLASSIFICAR CONCEITOS

Seja permitido desdobrar a questão do “ponto de vista” neutro e objetivo. Platão (1952, X, 596 d), distinguindo a coisa de sua respectiva percepção, notava que uma cama, por todo novo

Entwicklung tivesse durado o suficiente para que passagens como **De Anima** III, 5 e **Metafísica** XII fossem expungidas como **juvenalia**.”

⁶ Cf. Bonomi (2001, p. 108) e também Hacking (1975, p. 108).

ângulo que fosse vista, aparecia ao observador sempre de maneira diversa, em perspectiva, mas continuava ela própria ainda a mesma e indiferente cama.

Hoje em dia, o linguista George Lakoff, diante da tradição ontológica que por intermédio de Platão se desenvolveu, observa viger no Ocidente o que chama de um “paradigma objetivista”. Por tal modo de conceber a relação entre o pensamento e as coisas, as “categorias” designariam os gêneros mais abstratos do dizer e seriam metaforicamente concebidas como espécies de “recipientes” (de acordo com uma metáfora da oposição “continente”/“conteúdo”): as coisas todas ou bem estão nas categorias inseridas ou o inverso, bem estão delas excluídas (distribuição categorial). Objetos são referidos por uma mesma categoria se e somente se partilham um *quid* comum.⁷

O esquema de categorização baseado em “gêneros próximos” e “diferenças específicas” finca suas raízes na diérese platônica, no processo de “divisão” ou “partição” dos conceitos em função de se lhes afirmar ou negar um atributo absoluto.⁸ Esse esquema platônico é retomado nas *Categorias* de Aristóteles. Assim é que, a partir da categoria “substância”, distingue o Estagirita, repartindo as coisas, uma substância que é “corpórea” de outra que não o é; depois, dentre as corpóreas, separa a substância que é “animal” da que não; depois, dentre os animais, divide os que são “racionais” dos que não etc. até alcançar o individual concreto. Os comentários que Porfírio, no Séc. IV, teceu sobre as *Categorias* de Aristóteles (na verdade a introdução que para o texto aristotélico preparou, a *Isagoge*) tiveram forte influência durante toda a Idade Média, a ponto desse esquema de ramificação invertida (dividindo-se as ramas de cima para baixo) ser notoriamente conhecido como a “Árvore de Porfírio”⁹. Ele faz-se presente em muitas ilustrações didáticas da época.

A árvore categorial, a Árvore de Porfírio, representa um esforço de classificação e objetivação da ordem do mundo. Esse esforço é decisivo para a história do pensamento Ocidental e parece estar presente na metodologia numa enorme maioria dos empreendimentos a que costumamos chamar de “ciências”. A biologia é o exemplo mais evidente. Todo o problema taxonômico que houve diante da descoberta do ornitorrinco é exemplo disso, cujas conseqüências teóricas o próprio Eco explora.

A doutrina do fato jurídico tem uma índole classificatória semelhante. Como antes já se disse em relação à lingüística estruturalista, atitudes de ênfase classificatória como a da teoria do fato jurídico se poderiam conceber como uma “botânica taxonômica” do jurídico. Porém o que ela classifica são seus próprios conceitos, como se eles estivessem denotativamente conectados a estados de coisas no mundo.

Por um lado, construir semelhantes sistemas será a tarefa por excelência de lógicos do direito, por outro, esses sistemas, extrapolando o meramente “lógico”, têm o papel de metáforas que dão ambiente retórico e aparência de “objetividade” para o discurso jurídico, caso em que se situa a “teoria do fato jurídico” aqui explorada. É dessa última hipótese que se vai ocupar aqui. Nesse sentido, que é o sentido da obra de Pontes de Miranda, a dogmática jurídica se apresenta

⁷ Assim, diz George Lakoff (1986, p. 6) que desde o tempo de Aristóteles até o trabalho último de Wittgenstein as categorias foram compreendidas como **containers**. Esse modo de estruturar a teoria das categorias, como adiante será referido, está em Lakoff ligado a projeções metafóricas tomadas da experiência do “ver”.

⁸ Cf. Kneale e Kneale (1980, p. 22).

⁹ Cf. Eco (1998, p. 28).

ela mesma como uma “lógica”. Não como uma reconstrução lógica, mas como intrinsecamente uma lógica.¹⁰

As proposições desse sistema lógico seriam as das regras de direito mesmas. Nos modelos lógicos propriamente ditos, o que pretende é uma “reconstrução” deliberada, noutro sistema artificial, do jogo de linguagem que se dá na linguagem natural.¹¹ Em Pontes de Miranda, porém, não é isso o que ocorre. É o próprio direito positivo que é uma lógica. Essa perspectiva retoricamente é mais simples e mais funcional, conquanto seja a mais difícil de se sustentar epistemologicamente, porque requereria abstrair totalmente as questões da interpretação dos textos com que se exprimem as regras de direito.

5. CIÊNCIA DO DIREITO EM PONTES DE MIRANDA

Pontes de Miranda, jurista e também matemático, explorou à sua maneira a correlação entre a idealidade do direito e a idealidade da lógica e da matemática. Dizer, como ele diz, que o direito é um sistema lógico tem uma significação toda especial para a presente investigação.

Rejeitando a ideia de que os mecanismos formais do raciocínio jurídico se realizam “por uma lógica imperfeita” (por uma lógica deontica, que cuida não do que “é”, mas do que “apenas” deve ser), propunha Pontes de Miranda que o sistema das regras de Direito fosse representado como um mundo ideal perfeito, tão perfeito quanto perfeita se pudesse manter a distinção entre o que se passa no “mundo dos fatos” e o que se passa “no mundo do direito”.

Pontes de Miranda (1954, p. 37-38) construiu a seguinte metáfora, emblemática de sua “visão” do fenômeno jurídico e da maneira como abstração e realidade para ele se unem:

Quem está dentro de sistema jurídico, qualquer que seja a sua extensão espacial, é como quem se move em grandes jardins, cheios de curvas e retas, saliências e anfractuosidades. Ali estão as *incidências*: o pensamento do planejador do jardim caiu sobre o terreno e criou aquelas arrumações, aqueles efeitos, realidades novas para o estado anterior, de matagal ou de terra desnuda. Seja como for, nem todos os movimentos que se podiam fazer por ali seriam, hoje, possíveis sem se pisar no jardim. Pisar no jardim não é apagar as incidências. É apenas machucar o gramado, danificar as plantas, deixar marcas fundas nos canteiros. Noutros termos: ferir as realidades não as incidências; o plano de jardinagem continua a existir, e a intervenção do Estado para reparar o jardim não é diferente da ação dele, através da justiça e da própria administração, para reparar o que se destruiu às realidades criadas pelas incidências jurídicas.

Para Pontes de Miranda (1954, p. 8), “pelo trato teórico e prático, as regras jurídicas são objeto de pensamento e momentos de vida”. Nessa metáfora evidencia-se o modo como se mesclam na concepção mirandiana o “real” e o “ideal”, bem como o modo como a participação humana intervém nessa dinâmica.

É interessante notar essa ideia de que o pensamento “cai”. E nessa queda confirma-se tanto a oposição, quanto a união entre pensamento e realidade. Essa “queda”, aqui seria uma metáfora da “incidência”. Interessa observar: Pontes cria um metáfora para encobrir outra, fazendo assim essa última parecer uma literalidade, um conceito denotativo científico, técnico apenas.

¹⁰ “Esta instância metodológica identifica o significado do termo com o conceito referencial, o que conduz ao estabelecimento de um conteúdo exato para a lei. O conceito seria, então, uma categoria conceitual estável, indiscutível, com significação fechada. A dogmática jurídica se identifica então com a lógica jurídica.” (WARAT, 1995. p. 17).

¹¹ Ver por exemplo Alchourron e Bulygin (2002).

A primeira coisa que um jurista tem que “ver” na metafórica mirandiana é uma topologia de mundos. Há mundos que se contém e mundos que são contidos. O “mundo do direito” e o “mundo dos fatos”, este que compreende aquele. Por isso, enquanto o direito é específico processo de adaptação social no mundo dos fatos, “os sistemas jurídicos são *sistemas lógicos*, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses os mais diversos. Essas proposições, regras jurídicas, prevêm (ou vêem) que tais situações ocorrem, e incidem sobre elas, como se as marcassem.” O sistema jurídico abriga regras jurídicas, e essas, por sua vez, “se formulam com os conceitos jurídicos” (PONTES DE MIRANDA, 1954, XVI).

Sem embargo da metafórica explícita de seus textos, poucos juristas brasileiros estiveram tão perto da “ciência em sentido literal” quanto o alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Seu “Sistema”, por exemplo, inicia com o problema da relação entre número e realidade. A postura do cientista diante do mundo consiste no seguinte: “o que a ciência afirma e o que é fecundo para ela é a concepção de que, no mundo, tudo é teoricamente mensurável” (PONTES DE MIRANDA, 1972a. p. 10). Suas reflexões assentam-se num monismo metodológico no qual o mundo físico, o biológico e o mental remetem a uma mesma ordem de coisas.

A tendência do naturalismo empirista como o de Pontes é a de anular a diferença entre sujeito e objeto, instaurando, ao arpejo da fenomenologia, um monismo no qual a única realidade é a “natureza”. Seguindo essa trilha, Pontes de Miranda desenvolve a teoria dos “jetos”, colocando “entre parênteses” – num sentido distinto, mas análogo ao de Husserl – os prefixos “sub-” e “ob-”¹².

No contexto desse naturalismo monista e empirista, para (PONTES DE MIRANDA, 1972a, p. 104):

[...] o princípio da liberdade e a causalidade são as duas feições, uma espiritual e outra material, do mesmo fenômeno, uma subjetiva e outra objetiva: nenhuma é oposta à outra na realidade, isto é – não se contradizem no presente, nem no passado, quer dizer: no que é e no que foi. A contradição surge no futuro, no que vai ser.

Toda especulação deve manter-se no nível do controlável empiricamente. “O direito deve viver de realidade, e não de abstrações” (PONTES DE MIRANDA, 1972a, p.68). Uma das teses centrais de seu pensamento consiste em afirmar que “é o Homem mais que simples conceito: é realidade viva, organismo cientificamente observável” (PONTES DE MIRANDA, 1972a, p. 15). O conceito de fato social e de adaptação social são centrais na teoria mirandiana.

Para Pontes, o direito, como a moral, a religião, a arte, a política, entre outros, são “processos de adaptação social”¹³. Portanto, em Pontes de Miranda “adaptação social” não é simplesmente uma metáfora darwinista. A adaptação social que constitui o direito dá-se dentro do que Pontes chama de “relação jurídica”, um conceito nitidamente haurido da tradição pandectística. Ferraz Jr. (1988, p. 98) explica que “sendo todas as relações de direito, de um lado direitos (subjetivos), de outro obrigações, a adaptação resulta de que cada parte consegue seus fins *dentro da relação jurídica*, por mais curto caminho e tempo, com menor perda de energia e menor esforço do que fora da relação jurídica”.

Para Pontes de Miranda, “o direito” já existiria enquanto tal, antes mesmo do momento da sua “aplicação”. O direito aperfeiçoar-se-ia como realidade ideal na “incidência” da norma,

¹² “Chamamos jeto a tudo que se apresenta, seja de ordem estritamente física, seja de ordem psíquica, desde que considerado sem ser do lado de quem vê ou do outro lado, isto é, eliminados os elementos que representam oposição entre eles, operação que exprimimos pelo ‘por entre parênteses os prefixos de (su)jeito e de (ob)jeto’.” (PONTES DE MIRANDA, 1972b. p. 97)

¹³ Conforme expõe Ferraz Jr. (1988, p. 96), o projeto de ciência do direito de Pontes de Miranda pressupõe, entre outros aspectos, uma concepção do social “quase inorgânica, não antropomórfica nem biomórfica”.

que terá ou não ocorrido, não na sua “aplicação”, que apenas deverá ou poderá haver; que se dará, ou não. As regras e o sistema jurídico existiriam nesse modelo como existem os sistemas lógicos, numa esfera de realidade ideal própria, mas não menos verdadeira e real que o mundo dos fatos.

Apesar de toda essa base filosófica e sociológica, a teoria do fato jurídico em Pontes de Miranda remete, muito especificamente, a uma literatura mais estritamente civilística, sendo essa uma característica forte sua.

6. “MUNDO DO DIREITO” E “MUNDO DOS FATOS” E METÁFORAS ESPAÇO-TEMPORAIS

No Século XIX, Savigny (1981, p. 13) já definira “fato jurídico” como o evento em virtude do qual as relações jurídicas “nascem e extinguem-se”.¹⁴ Observe-se como essa definição de Savigny polariza “eventos” de um lado e “relações jurídicas” de outro. Segundo essa imagem, algo ocorre na dimensão material dos eventos e esse algo afeta as relações jurídicas. As “relações jurídicas”, estas somente nascem, modificam-se ou extinguem-se em virtude dos “fatos jurídicos”. Os fatos são causa, as relações, efeitos. A regra jurídica é que estrutura e realiza essa interação do “fático” com o “jurídico”. Entender o fenômeno jurídico, por essa perspectiva, equivale a poder representá-lo adequadamente em termos de “causas” e “efeitos”. Para fazê-lo, a teoria do fato jurídico pressupõe a divisão do mundo em (pelo menos) dois. Se há o fato “jurídico”, há também o fato puro, “não-jurídico”.

A terminologia de Pontes de Miranda é: de um lado, o “mundo dos fatos”; de outro, o “mundo do direito”. O “mundo do direito” é o mundo ideal onde se têm as “regras de direito”, as “relações jurídicas” e os “fatos jurídicos”. Relações jurídicas “existem” no mundo do direito. “Movem-se” em “planos”, da “existência”, “validade” e “eficácia”. Toda transformação que o “mundo do direito” experimenta decorre da reação no mundo do direito a um evento passado no mundo dos fatos, que é como que “lido” pelo “olho” da regra.

Primeiro, há de acontecer um evento. Esse evento, num primeiro momento, supõe-se “puro”, pré-jurídico. Nessa dimensão primeira, ainda não se fala de “fato jurídico”. Não há ainda qualquer adjetivação para o evento, a que, nesse nível, Pontes de Miranda denomina de “suporte fático”, que é sua tradução para a expressão alemã *Tatbestand*.¹⁵ No entanto, é preciso considerar que para que o “suporte fático” já se entenda como sendo “um” certo e determinado “algo”, apreensível ou verificável de algum modo, pressupõe-se que ele tenha alguma unidade, o que somente seria possível, e já se está de novo andando em círculos, a partir da perspectiva de uma “forma”, o que conduz ao paradoxo da origem da normatividade, que Kelsen não resolve, mas confirma com a sua teoria da “norma fundamental”.¹⁶

“Suporte fático” é uma expressão que busca representar o evento que *será* convertido em fato jurídico, antes que essa conversão se tenha operado. Está situado como potencialidade jurídica. Se o evento acontecido vier a corresponder à descrição hipotética, inscrita numa regra do

¹⁴ “A definição de Savigny, naturalmente, sofreu a crítica da doutrina pela razão de se haver limitado a referir o nascimento e a extinção das relações jurídicas, sem mencionar as transformações porque elas passam e outros efeitos que se verificam, também, em virtude dos fatos jurídicos.” (MELLO, 2007, p. 109)

¹⁵ Para Pontes de Miranda (1954, p. 19): “o suporte fático (*Tatbestand*) da regra jurídica é aquele fato ou conjunto de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide.” Cf. também Adeodato (2002, p. 243).

¹⁶ Cf. Kelsen (1992, p. 30 e ss.).

sistema jurídico, então essa correspondência é a circunstância que basta para que se possa falar de “incidência” dessa norma sobre esse “suporte fático”.

A incidência da norma sobre o fato, ou melhor, sobre o suporte fático dado, “colore-o”, no dizer de Pontes de Miranda (1954, p. 13). Antes de ocorrer a incidência, por isso, não há cogitar de “fato jurídico”. O fato só é “jurídico” quando já se tem por pressuposta essa correspondência com a “previsão” contida numa norma jurídica, que está pressuposta pela ideia de “incidência”. Quer dizer, a norma só incidiu porque houve correspondência do suporte com a hipótese da regra e essa correspondência a regra reconhece, vê.

Quando se diz “fato jurídico”, fala-se, portanto, de algo que não é mais o “evento” em si. O “suporte fático”, agora “colorido” pela incidência, projeta-se dentro do “mundo do direito”. O “fato jurídico” é uma outra coisa, distinta do fato real-material que o antecede logicamente e o consubstancia no “mundo dos fatos”. É um retrato que a regra “representa”.

O conceito de incidência contrapõe-se, na semântica jurídica, ao de aplicação. Em Pontes de Miranda, a incidência é anterior à aplicação, que se pode dar ou não. Mas isso cria um problema. A incidência da regra de direito, segundo Pontes de Miranda (1954, p. 16) caracteriza-se pela “infalibilidade” e pela “inesgotabilidade”. Ser a incidência infalível significa dizer que ela é idealmente perfeita independentemente da aplicação. Ser inesgotável também reforça essa natureza ideal: toda vez que o suporte fático se realiza, a norma instantaneamente “incide”.

Observa-se que a incidência da norma não se pode dar independentemente da participação humana. Isso, que é evidente, evidentemente não é olvidado na teoria mirandiana, mas simplesmente ocultado. Desnecessário dizer. Assim, dizer que a norma incide é dizer que alguém pensa essa incidência como tendo ocorrido de tal e tal forma em tal e tal data e, por isso, *por ser pensada assim*, ela ocorreu de forma tal e tal em tal e tal data.¹⁷

Desta forma, entre a “incidência” e a “aplicação” da regra é possível imaginar um interregno útil como distinção da dogmática. Segundo Pontes de Miranda (1954, p. 30), “regra jurídica e suporte fático hão de [co]existir no momento em que se dê a incidência. Não é preciso que [isso] ocorra no momento da aplicação” (colchetes incluídos agora). Isso oferece uma metafórica de espaço-tempo, que servirá para situar formalmente questões relativas à “retroação” dos “efeitos” da lei.

Em outras palavras, a diferença está no fato de que, em Pontes de Miranda, o “revestimento” de juridicidade que a regra de direito empresta ao fato pela incidência decorre instantaneamente, e como se independesse da intervenção humana, da coexistência num determinado tempo. Assim ele encobre toda a problemática da interpretação dos fatos e das regras.

Do ponto de vista pragmático, a coexistência entre regra e suporte fático depende do agente, sendo irreal pensar na coisa como um mecanismo automático: a norma incide, em lugar dos homens fazerem-na incidir. Para Pontes de Miranda (1954, p. 61), porém, “a regra jurídica dispositiva incide, ainda se o interessado ou os interessados desconheciam a lei, ou não a interpretaram bem, ou julgaram ser de incidir uma regra jurídica, em vez de outra.”

E no que há de encoberto na discussão sobre a dicotomia “incidência” *versus* “aplicação” pode ser recontado em termos de metáforas temporais. Repare-se que em ambos os casos o apelo é no sentido de um tempo perfeitamente “objetivo”. Pontes de Miranda afirma que todo evento tem data e lugar. E que é na sua data e no seu lugar que surge o “fato jurídico”, pela “incidência”

¹⁷ Segundo Paulo de Barros Carvalho (1999, p. 09): “[...] é importante dizer que não se dará a incidência se não houver um ser humano fazendo a subsunção e promovendo a implicação que o preceito normativo determina.”

da norma. Barros Carvalho igualmente reconhece a objetividade do tempo, mas somente para usá-la em seu favor, já que considera irreal a incidência automática.

Stephan Kirste concebe duas maneiras de conceber a questão do tempo. Uma primeira refere a um tempo objetivo externo ao direito e que o abarca. Outra refere a um tempo subjetivo, variável segundo a percepção de quem o considera.¹⁸ Olhando desde uma distinção desse tipo, pode-se reconstruir cada um dos dois modelos como representando diferentes metáforas temporais a partir dessas duas possibilidades.

No modelo de Pontes, a linha de tempo corre “positivamente” desde o evento até a aplicação.

No modelo de Barros Carvalho, que é também o modelo de Kelsen, que abole toda eficácia *ex tunc*, a linha do tempo só corre “negativamente”, ou seja, somente “terá corrido”, como uma abstração que regressa, pela construção do lingüística do “fato”, a retomar ficcionalmente o tempo do “evento”. Mas é pragmaticamente o agente decisor, criando linguagem e norma, que se faz projetar no tempo.

Ambos os modelos, como se vê, são igualmente metafóricos em relação à continuidade do tempo, apesar de ambos preocuparem-se tão enfaticamente com a “objetividade” de suas considerações.

Tais modelos não se podem tomar como ontologias à vera, como ademais nenhum modelo da dogmática jurídica. São e serão sempre ontologias *als ob*.

CONCLUSÃO

Haverá um ressaibo cientificista a exigência de um mínimo de “fantasia metodológica”? Não necessariamente; porém possivelmente. Em todo caso, se houver de se conceder lugar a uma “ciência” distinta, no sentido da novidade de Bruno e Galileu, e “limites” para o científico (ainda que limites retóricos), então a minimização das fantasias metodológicas, para os juristas, deles exigirá o reconhecimento da dogmática jurídica ao de lá, do lado de fora desses limites. Teorias como a do fato jurídico não são teorias propriamente “científicas” em sentido literal, mas metafórico (SOUTO, 1974). Não produzem hipóteses teóricas gerais, que se possam verificar ou refutar controladamente, como a física, química ou biologia, entre outras “insuficiências”.¹⁹

A questão, porém, não será a de se investigar se “direito” é “ciência”, ou não; isso realmente não pode ser levado a sério assim, em termos tão vagos; afinal, será ciência aquilo a que se estipular como sendo ciência. Não haverá de ser impossível que “o direito” seja, ou que fosse, ou que venha a ser, portanto, uma “ciência”. Importa aqui, indiferentemente, observar que há

¹⁸ A questão, como a formula Kirste (1998, p. 15), é: “Steht das Recht nur einfach in einer natürlichen Zeit oder gibt es eine eigene Zeitlichkeit des Rechts? Existiert das Recht nur in der geschichtlichen Zeit des Subjekts oder Daseins, oder hat es ihm gegenüber eine eigene Zeitstruktur?”.

¹⁹ “Os dogmáticos afirmam que sua atividade é científica porque está baseada em raciocínios lógico-demonstrativos. Epistemologicamente isto é inaceitável, pois o discurso jurídico é persuasivo e não demonstrativo. O pensamento dogmático se baseia na identificação da significação verbalmente veiculada com o conceito referencial, o que leva a conceber a possibilidade de um raciocínio silogístico com os enunciados jurídicos. Se, ao contrário, partimos da premissa ou pressuposto metodológico que a significação é constituída no ato de conhecimento pelo sentido comum teórico, fica óbvio que se integra não apenas com o âmbito conceitual e referencial, como também com o âmbito ideológico se, sob a concepção de ideologia incluímos os demais efeitos cognoscitivos e significativos do sentido comum teórico”. (WARAT, 1995, p. 37).

uma retórica da “cientificidade do direito” em jogo, há um papel para esse discurso, que eventualmente, pode até ser um papel “enviesado” em relação ao que ostensivamente se discute.

Vista desde certo ângulo retórico, a esquematização categorial da teoria tradicional do direito, mormente da doutrina do fato jurídico, resulta num expediente de ocultação de relações subjacentes e apresentação de figuras substitutivas, com eminente caráter persuasivo, tudo composto retoricamente como conteúdo cognitivo. O que os juristas tradicionais chamam “regra”, chama-se, desde esta perspectiva retórica, “persuasão” e se alguém reclamar que com isso se esvai o próprio conceito de direito, tem razão na reclamação. Sem um argumento “objetivo”, não haverá “direito”, só poder nu.

A “objetividade” da dogmática jurídica, metodologicamente decorre da contínua redefinição semântica de suas categorias, instanciando suas próprias verdades e efetivando-as com fins decisoriais, numa “tecnologia” (FERRAZ JR, 1998) de neutralização das decisões tomadas em função da forma de sua apresentação. Essa estratégia de discurso, epistemologicamente, do nível de uma imposição semântica e de sintaxe não passa. Entretanto, a proposta de um encômio à “objetividade” do jurista se justifica por uma questão de preservação da própria disciplina, de preservação da “retórica jurídica”. Não se trata de materialmente pleitear legitimidade epistemológica para tal doutrina, mas de entender sob que condições ela pode retoricamente ser sustentada como discurso “objetivo”, mesmo que não “científico”, como parece necessário pelas razões acima referidas de que sem “objetividade” o direito perde sua qualidade retórica mais elementar. Sem esse adjetivo (o “jurídico”) tomar uma forma substantiva, o próprio valor da disciplina em questão, numa escola de direito, parece se esvaír.

A teoria do fato jurídico reforça a objetividade do direito de uma maneira própria, da qual Pontes de Miranda soube tirar máximo proveito. Seu sistema apoia-se na referencialidade do fato jurídico, cuja incidência concebe determinada no tempo e no espaço. Isso cria uma circunstância única, um advento também lógico cujas consequências sintático-semânticas sempre se podem calcular. Isso contextualiza uma acepção de “direito subjetivo” também determinada, i.e. especificada pelo fato jurídico e pela incidência espaço-temporalmente situada, a qual contrasta com outra acepção mais indeterminada, que ocorre no uso da expressão “direito fundamentais”, que acompanham a pessoa por toda sua existência. Para essa última a questão de sua determinação espaço-temporal não tem tanta importância.

A propósito da maior especificidade ou concreção dessa linguagem, que assume a demarcação, classificação e determinação da incidência espaço-temporal como tarefa central do ofício jurídico, uma tarefa de cientistas, portanto, observe-se o quanto esse expediente oferece sofisticação analítica (e retórica) ao discurso do direito.

A teoria do fato jurídico constitui a linguagem metafórica com que se realiza uma prática decisória dos juristas, que lhes é como queria Pontes de Miranda, adaptativa e econômica. Assim, quando se a invalida epistemologicamente, abala-se a base persuasiva mais tradicional do direito, a objetividade de seu discurso.

A todo custo retórico essa objetividade busca manter-se na teoria do direito, pretendendo-se, como no positivismo, que esta deva cuidar de uma “descrição” do direito posto. A possibilidade de descrever semelhante objeto, que mal é “objeto”, é bastante precária epistemologicamente. Porém, não é de todo inexistente a possibilidade de uma tal descrição. Tudo depende do grau de determinação a que se pretenda chegar. Todo mundo é capaz de relatar: “seu rei mandou dizer que...” Ser isso uma ciência é que é outra questão. Por um critério assim, somente por ser possível alguma descrição, toda metalinguagem por si mesma seria “científica”. Num sentido epistemológico estrito, porém, nem mesmo semiótica, nem tampouco semiologia se podem dizer

ciências, porque seu objeto, “o significado”, é radicalmente indomesticável em sua intencionalidade.

Qual o preço do afastamento do relativismo retórico que se exige para o elogio de uma metodologia assim configurada? Trata-se de uma *ruptura* com o ambiente antifundacionista que se acomoda entre, de um lado, pós-estruturalismo, de outro lado, pragmatismo, ainda de outro, hermenêutica filosófica? Ou seja, seria uma ruptura com os pressupostos daquilo que se chamou genericamente de “virada linguística” da filosofia contemporânea? (RORTY, 1990. p. 45 e ss.) Sim e não.

O que parece é que a forma adjetivada “retórica jurídica”, como nome para essa disciplina de faculdades de direito, carrega-a de um peso inusitado em comparação a outras perspectivas que se pretendam tão-somente “retóricas”. Numa certa medida, toda retórica só se torna “jurídica” se ela passa a advogar pelo “Direito”, com “D” maiúsculo, como que postulando por uma “objetividade” única, com características quase divinas; tomando seu partido “teológico”, digamos assim.²⁰

O jurista parte da condição “objetiva” de sua ocupação; essa é sua condição retórica, aquela que ele não pode contornar (SOBOTA, 1990).

Isso não autoriza negar o saber teológico como saber. Seu valor é um valor prático, está na ordem que impõe ao mundo, na demarcação de seu próprio jogo, sua própria categorização. Como Pontes de Miranda dizia, é mais econômico assim. Por outro lado, essa mesma “sabença”, como objeto de estudo histórico, precisa ser retomada e repensada, sempre de novo, ser, portanto, reconstruída retoricamente, e a melhor forma de se fazê-lo parece ser retomando-se a sua metafórica. Tem-se assim relativização, sem perda do sentido constitutivo daquela linguagem.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Introducción a la metodolgia de las ciencias jurídicas y sociales**, 4^a. Reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2002.

ARISTÓTELES. **Metaphysics**. Trad. W. D. Ross. Chicago/London/Toronto: Encyclopaedia Britannica, 1952.

BONOMI, Andrea. **Fenomenologia e estruturalismo**. São Paulo: Perspectiva, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CONFERÊNCIAS do III Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social, Instituto Brasileiro de Filosofia em Homenagem a Pontes de Miranda, São Paulo, 1988.

²⁰ Segundo Schmitt (2006, p. 33): “Todos os conceitos concisos da teoria do Estado moderna são conceitos teológicos secularizados. Não somente de acordo com seu desenvolvimento histórico, porque ele foi transferido da teologia para a teoria do Estado, à medida que o Deus onipotente tornou-se o legislador onipotente, mas, também, na sua estrutura sistemática, cujo conhecimento é necessário para uma análise sociológica desses conceitos.”

- CORDOZ, André et al. **A ciência e o imaginário**. Trad. Ivo Martinazzo. UnB, Brasília, 1994.
- ECO, Umberto. **Kant e o ornitorrinco**. Trad. Ana Thereza B. Vieira. Rio de Janeiro: Record, 1998.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- GAST, Wolfgang. **Juristische Rhetorik**. 4. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 2006.
- HACKING, Ian. **Why does language matter to philosophy**. Cambridge: University Press, 1975.
- JHERING, Rudolph von. **Bromas y veras en la jurisprudencia**: un regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Wein: Österreichische Staatsdruckerei, 1992.
- KIRSTE, Stephan. **Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und Geschichtlichkeit des Rechtbewusstseins**: Momente der Ideengeschichte und Grundzüge einer systematischen Begründung. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.
- KNEALE, William; KNEALE, Martha. **O desenvolvimento da lógica**. Trad. M. S. Lourenço, 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1980.
- LAKOFF, George. **Women, fire and dangerous things**: what categories reveal about the mind. Chicago/London: The University of Chicago Press. 1986.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico (plano da existência)**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PLATÃO. **Dialogues**. trad. Benjamim Jowett. Chicago/London/Toronto: Encyclopaedia Britannica, 1952.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **O problema fundamental do conhecimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972b.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972a.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**, trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- RORTY, Richard. **El giro lingüístico**. Trad. Gabriel Bello. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.
- SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Trad. Elisete Antoniuk, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SEARLE, John. **The construction of social reality**. London: Penguin, 1995.
- SOBOTA, Katharina. **Sachlichkeit rhetorische Kunst der Juristen**. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1990.
- SOUTO, Cláudio. **Teoria sociológica geral**. Porto Alegre: Globo, 1974.
- STAMFORD, Artur. **Decisão judicial**: dogmatismo e empirismo. Curitiba: Juruá, 2000.
- WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Tomo II. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

WIEACKER, Franz. **Historia del derecho privado de la edad moderna**. Trad. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos (edição bilíngüe). São Paulo: Edusp, 1994.

Recebido em: 2 jan. 2018.

Aceito em: 29 mar. 2019.

O PRODUTO INTERNO VERDE COMO INDICADOR DE SUSTENTABILIDADE: ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS E TERMOS DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Nicolau Cardoso Neto

Universidade de Blumenau (FURB), Santa Catarina.
nicolau@scambiental.com.br

Luiza Sens Weise

Universidade Cândido Mendes (UCAM), Rio de Janeiro.
luliza.s.w@gmail.com

RESUMO: Na década de 1970 iniciaram-se os debates sobre os limites e a importância dos recursos naturais, nos quais foram produzidos muitos documentos que declararam intenções para proteger o meio ambiente visando o bem estar da humanidade. Nesse sentido, o desenvolvimento sustentável surgiu como um conceito que poderia aliar o desenvolvimento econômico com a preservação e a manutenção dos recursos naturais, de forma a não prejudicar as gerações futuras. No Brasil este conceito fora incorporado na Constituição Federal de 1988 e em diversas legislações criando um sistema jurídico ambiental, produto de uma evolução legislativa que acontecia desde o início do século XX, sendo possível dividir esse processo em diferentes fases, de acordo com os contextos e finalidades das normas produzidas. Sendo assim, a problemática da pesquisa consiste em verificar de que forma ocorreu a evolução dos conceitos de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade conjuntamente com a evolução do direito ambiental no Brasil, culminando com a instituição do Produto Interno Verde, instituído pela Lei nº 13.493/2017, novo marco legal criado para possibilitar a convergência com sistemas de contas econômicas ambientais, considerando o patrimônio ecológico nacional como referência, criando novo indicador de sustentabilidade. Para concretizar a pesquisa, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de doutrinadores e de artigos científicos contemporâneos sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento Sustentável. Sustentabilidade. Direito Ambiental Brasileiro. Produto Interno Verde.

The green gross domestic product as an indicator of sustainability: review of the evolution of concepts and terms sustainable development and sustainability in the context of Brazilian environmental law

ABSTRACT: In the 1970s discussions began on the limits and importance of natural resources, in which many documents were produced that declared intentions to protect the environment for the well being of humanity. In this sense, sustainable development emerged as a concept that could combine economic development with the preservation and maintenance of natural resources, so as not to harm future generations. In Brazil this concept was incorporated into the Federal Constitution of 1988 and in several legislations creating an environmental legal system, product of a legislative evolution that happened from the beginning of century XX, being possible to divide this process in different phases, according to the contexts and purposes of the norms

produced. Thus, the research problem consists of verifying how the evolution of the concepts of sustainable development and sustainability occurred along with the evolution of environmental law in Brazil, culminating in the institution of Green Gross Domestic Product (GDP), established by Law nº 13.493/2017, new legal framework created to enable convergence with systems of environmental economic accounts, considering the national ecological heritage as a reference, creating a new sustainability indicator. To realize the research, the methodology used was the bibliographical review of contemporary doctrinators and scientific articles on the subject.

KEYWORDS: Sustainable Development. Sustainability. Brazilian Environmental Law. Green Gross Domestic Product.

INTRODUÇÃO

O conceito de desenvolvimento sustentável originou-se do debate da comunidade internacional sobre a finitude dos recursos naturais, na busca por uma forma de equilibrar a produção e consumo de bens, a qualidade de vida das pessoas e a preservação da natureza. Nesse sentido, foi convenionado que sustentável é a prática que atende às demandas atuais mantendo a possibilidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias demandas futuras, mas, para tanto, muitos eventos internacionais aconteceram tendo como objetivo a construção e compreensão desse conceito. Dessa forma, o presente artigo irá verificar de que maneira o conceito de desenvolvimento sustentável foi produzido, utilizando como base alguns destaques históricos de eventos internacionais acerca do tema.

A partir desta evolução, a ideia é analisar como a evolução do conceito desenvolvimento sustentável refletiu internamente no Brasil, uma vez que foi um dos países que aderiu aos documentos internacionais produzidos durante os diversos eventos que aconteceram desde a década de 1970. Assim, a ideia é verificar a evolução do marco legal ambiental brasileiro, destacando como o desenvolvimento sustentável o permeou.

Desta forma, é objetivo deste estudo verificar de que forma ocorreu a evolução dos conceitos de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade conjuntamente com a evolução do direito ambiental no Brasil, que culminou em novo marco regulatório.

A pesquisa justifica-se pela crescente importância que as questões ambientais têm tomado notadamente na busca pelo equilíbrio entre a preservação da biodiversidade, principalmente para manutenção do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida das pessoas, tanto das gerações atuais como futuras, além da importância dessa biodiversidade para todas as atividades humanas; em contrapartida à necessidade de manter as atividades econômicas, muitas vezes nocivas ao equilíbrio ecológico, mas que geram empregos e renda para as pessoas.

Nesse sentido, na busca por alternativas capazes de garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em conjunto à produção de bens e serviços, é vital o conhecimento acerca da evolução do conceito de desenvolvimento sustentável e da legislação brasileira.

Nesta perspectiva de auferir não apenas o crescimento econômico, expresso pelo Produto Interno Bruto, mas também variáveis sociais e ambientais na análise econômica do país, fora instituída a Lei nº 13.493, de 17 de outubro de 2017, que criou o Produto Interno Verde, em cujo cálculo será considerado o patrimônio ecológico natural, de forma que a instituição desse novo parâmetro pode ser considerado como um marco para a sustentabilidade brasileira.

A hipótese de pesquisa consiste em afirmar que da evolução dos conceitos de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade houveram reflexos no conjunto de normas criados para

consolidar o ramo do direito ambiental brasileiro, de forma que este expressou a evolução daquele, culminando na instituição do Produto Interno Verde como indicador de sustentabilidade brasileira.

Para concretizar a pesquisa, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de doutrinadores, além de artigos científicos contemporâneos e marcos legais sobre o tema.

Estruturalmente, o artigo é organizado apresentando destaques históricos sobre o conceito de desenvolvimento sustentável, extraídos de eventos internacionais; a seguir, o direito ambiental brasileiro é apresentado em fases procurando organizar sua evolução; e então é trazida a discussão da Lei que institui o Produto Interno Verde como um indicador para medir a sustentabilidade brasileira; e por fim as considerações finais e referências bibliográficas.

1. DESTAQUES HISTÓRICOS SOBRE O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL EXTRAÍDOS DE EVENTOS INTERNACIONAIS

Para compreender melhor um conceito é fundamental saber as premissas históricas que o construíram, portanto este tópico trata dos diversos acontecimentos que levaram a humanidade a construir o conceito de desenvolvimento sustentável.

Van Bellen (2002, p.23) afirma que o conceito de desenvolvimento sustentável originou-se do debate mundial acerca do conceito de desenvolvimento. Porém, por muito tempo a ideia de desenvolvimento era diretamente ligada à quantidade de crescimento econômico, devendo haver uma necessária dependência entre eles. Nessa concepção, uma nação desenvolvida seria aquela economicamente produtiva e seu desenvolvimento seria medido unicamente pelo número de sua produção, representado pelo Produto Interno Bruto.

Porém, o conceito de desenvolvimento é muito mais abrangente que o crescimento econômico, pois ele “engloba não apenas a magnitude da expansão da produção representada pela evolução do Produto Interno Bruto, mas também a natureza e a qualidade deste crescimento” (PINTO, 2007, p. 13). Ou seja, para medir a qualidade do desenvolvimento importa verificar a qualidade de vida da população, tanto quanto os aspectos sociais como ambientais.

Para Sachs e Vieira (2007, p. 320), o conceito de desenvolvimento incorpora aspectos éticos, políticos, sociais, ecológicos, econômicos, culturais, e territoriais, que são relacionados e formam o todo. Nesse contexto, para existir desenvolvimento, o crescimento econômico é considerado necessário, mas não é capaz de expressar todas as necessidades da sociedade. Binswanger (1997, p. 43), critica a desconsideração dos recursos naturais e dos impactos ambientais na avaliação do crescimento econômico, cuja equação é composta apenas de capital e trabalho humano:

É como se alguém tentasse fazer um bolo usando a receita simples: primeiro, pegue um vasilhame e uma colher (o capital) e então comece a mexer (o trabalho) por um tempo prescrito. Quando você terminar, o resultado disso será chamado de bolo. O que, naturalmente, estará longe da realidade. O que acontecerá então? Na verdade, nada! Sem farinha de trigo, ovos e açúcar ninguém será capaz de fazer um bolo. O mesmo serve para a economia como um todo. Sem a natureza – ou mais exatamente: sem matéria vinda de recursos naturais – nada pode ser produzido (BINSWANGER, 1997, p. 43).

O mesmo autor afirma que a economia “não pode mais contar com dádivas da natureza”, pois esses recursos devem ser administrados com maior aproveitamento possível. Assim, a economia atual “depende de um processo corrente de desinvestimento de capital natural, o qual

provoca uma perda irreversível de substância ecológica e uma crescente desutilidade”, para construir uma economia mais sustentável (BINSWANGER, 1997, p. 46).

Pinto (2007, p. 15) observa que o desenvolvimento na verdade é fruto de um “programa em longo prazo”, pois países que apresentam momentaneamente o crescimento econômico alto, porém possuem indicadores sociais baixos, não conseguirão manter o crescimento econômico por muito tempo.

Já para Cavalcanti (2012, p. 36), não existe crescimento sustentável, pois na natureza processos de crescimento contínuo terminam em desastres naturais, ou seja, nada cresce para sempre, porém o desenvolvimento sustentável pode acontecer eternamente. Pois o “crescimento significa necessariamente esgotamento de recursos, destruição de alguma coisa do meio ambiente”, e é interessante observar que o crescimento econômico como conhecemos hoje “só começou a acontecer nos últimos 250 anos” (CAVALCANTI, 2012, p. 36).

Portanto “não existe nenhum exemplo de sociedade desenvolvida que seja ecologicamente sustentável”, pois todas elas começaram a crescer economicamente a menos de 250 anos; “sustentáveis [...] foram as sociedades indígenas no Brasil que tinham 12.000 anos de existência quando os portugueses chegaram aqui” (CAVALCANTI, 2012, p. 36). Por isso a importância de discutir sobre como atingir o melhor desenvolvimento possível, e para isso é preciso conhecer as principais iniciativas que já foram tomadas pela humanidade.

Nos anos 1970 iniciaram as indagações sobre qual seria o limite para a exploração dos recursos naturais. Em 1972 foi publicado o Relatório Meadows ou *The Limits of Growth*, produzido por uma equipe de técnicos e cientistas do *Massachusetts Institute of Technology* a pedido do Clube de Roma, Organização Não-Governamental fundada em 1968, que reunia intelectuais com o objetivo de discutir, investigar e orientar os governos sobre os problemas globais (BATISTA et al., 2005, p.55).

Este relatório já advertia sobre a finitude dos recursos naturais e suas conclusões dividiram muitas opiniões: os seres humanos deveriam mudar o padrão de crescimento mundial ou enfrentar um colapso ecológico em cem anos. A partir disso, os extremistas defenderam que deveria ser estabelecido um nível de crescimento zero para evitar o desastre iminente, outros eram céticos e acreditavam no poder da ciência e da tecnologia para solucionar qualquer impasse que surgisse pelo crescimento a todo custo (LIMA, 1997, p. 6).

No mesmo ano aconteceu a primeira Conferência Internacional para o Meio Ambiente da Organização das Nações Unidas (ONU) ou Conferência de Estocolmo, considerada por Jacobi (1999, p. 175) como o evento que deu “visibilidade pública” e relevância a discussão do desenvolvimento. Uma das grandes discussões do evento foi o impasse entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, ou de Terceiro Mundo, como eram chamados. Os países mais pobres achavam que os países desenvolvidos, após já terem atingido um nível alto de desenvolvimento e esgotamento de seus recursos, queriam controlar ou se apoderar dos recursos existentes nos países em desenvolvimento com um ‘discurso ecológico’.

Porém, apesar das polêmicas, a Conferência de Estocolmo é considerada por Sachs (2005, p.19) como a mais importante Conferência organizada pela ONU, pois trouxe à esfera internacional o debate e conseguiu afastar-se dos extremos produzidos pelo Relatório Meadows. Não é possível parar de crescer, o impacto atingiria diretamente os menos favorecidos (SACHS, 2005, p.24), ao mesmo tempo em que o crescimento desenfreado agrava todos os problemas ambientais. A questão, na verdade, segundo Cavalcanti (2012, p. 46), não é apenas crescer economicamente, mas distribuir a riqueza gerada de forma a atingir o desenvolvimento de determinada nação.

Como resultado, Estocolmo-72 apresentou a Declaração sobre o Meio Ambiente, a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA); a entrada na pauta internacional do conceito de patrimônio comum da humanidade (bens públicos como mares, oceanos, atmosfera); e o impulso dado para a ação institucional e legislativa em matéria ambiental, cada país criando o seu Ministério de Meio Ambiente e desenvolvendo normas de Direito Ambiental (SACHS, 2005, p.20). Porém, apesar de os Ministérios terem sido criados, o mesmo autor observa que restringir a prática do desenvolvimento sustentável a um pequeno setor ou separá-lo dos outros setores institucionais não dá a força institucional necessária para coordenar os Ministérios econômicos, ou seja, o desenvolvimento sustentável deve ser o conceito central do planejamento (SACHS, 2005, p.21).

Em 1973 o termo ecodesenvolvimento foi utilizado pela primeira vez por Maurice Strong para se referir a um tipo diferente de desenvolvimento (JACOBI, 1999, p. 1). O Professor Ignacy Sachs formulou os princípios deste tipo de desenvolvimento, que incluía a satisfação de necessidades básicas da população, solidariedade com as futuras gerações, preservação dos recursos naturais e um sistema social que garanta emprego, segurança e respeito a outras culturas (LIMA, 1997, p. 6).

Sachs (1993, p.25) ainda afirma em sua obra que existem cinco dimensões para o ecodesenvolvimento, que mais tarde viria ser o desenvolvimento sustentável: a) social, que se concretiza com a redução das desigualdades sociais; b) econômica, materializada pelo gerenciamento eficiente dos recursos; c) ecológica ou ambiental, cujo objetivo é minimizar os impactos das atividades humanas no meio ambiente; d) espacial ou geográfica, na qual objetiva-se equilibrar a distribuição da população urbana e rural; e, e) cultural, que busca a adaptação das mudanças necessárias para a realização do ecodesenvolvimento à cultura de cada local do mundo.

Van Bellen (2002, p. 23) observa a relevância do novo conceito, pois a partir do ecodesenvolvimento se “começa a verificar a interdependência entre desenvolvimento (ou seu modelo dominante) e meio ambiente” (VAN BELLEN, 2002, p. 23).

Em 1974, como resultado de uma reunião da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento e do seu Programa de Meio Ambiente, foi publicada a Declaração de Cocoyok. Esse documento, considerado inovador por Van Bellen (2002, p. 24), discute “a conexão existente entre explosão populacional, pobreza, degradação e a responsabilidade dos países desenvolvidos com esses problemas, devido a seu elevado grau de consumo, desperdício e poluição” (LIMA, 1997, p. 6).

No ano seguinte a Fundação Dag – Hammarskjöld, com a participação de pesquisadores e políticos de 48 países, contribuições do PNUMA e outras 13 organizações da ONU, publicou o Relatório *Que Faire*, criticando a posição privilegiada dos países desenvolvidos, que interferem no desempenho dos países mais pobres, e as consequências ambientais geradas por conta disso (LIMA, 1997, p. 6). O Relatório ainda destaca a força de “um novo desenvolvimento baseado na mobilização das forças capazes de mudar as estruturas vigentes” (VAN BELLEN, 2002, p. 24).

Em 1982 foi feita a Carta da Natureza, na Assembleia das Nações Unidas, que reforça todos os dispositivos declarados em Estocolmo. Quanto às adesões, 111 países foram favoráveis, 18 se abstiveram e “os Estados Unidos votaram contra” (RIOS; DERANI, 2005, p. 89).

Em 1983 foi formada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED) pela ONU, tendo como Presidente Gro Harlem Brundtland, a primeira-ministra da Noruega na época. O objetivo era examinar os problemas do meio ambiente e do desenvolvimento e trazer soluções possíveis de serem realizadas.

Em 1987 foi publicado o “Relatório Nosso Futuro Comum” ou Relatório *Brundtland*, responsável pela divulgação do conceito de desenvolvimento sustentável e dos princípios que orientam o debate ainda hoje. Deste modo, o desenvolvimento sustentável entendido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras também atenderem as suas” (LIMA, 1997, p. 7).

Ou ainda, é aquele desenvolvimento que possui a “capacidade de satisfazer as necessidades econômicas, sociais e ambientais das atuais gerações, sem comprometer a capacidade das gerações futuras em prover suas próprias demandas” (BATISTA et al., 2005, p. 16).

Nesse contexto, Sachs e Vieira (2007, p. 320) afirmam que a “natureza processual do desenvolvimento exige [...] que se leve em consideração a sustentabilidade (perenidade) para satisfazer o postulado ético da solidariedade sincrônica com a geração presente”, evidenciando os interesses sociais em relação aos econômicos ao considerar o desenvolvimento.

Em 1992 foi realizada no Rio de Janeiro a segunda Conferência da ONU, conhecida por Rio 92. Jacobi (1999, p. 3) afirma que esta Conferência preocupou-se em estabelecer um marco conceitual através de todos os documentos formulados no evento. O mais conhecido é a Agenda 21, que se constitui em “um roteiro para a implementação de um novo modelo de desenvolvimento que visa à sustentabilidade quanto ao manejo dos recursos naturais e preservação da biodiversidade” (BATISTA et al. 2005, p. 54).

É possível afirmar que a Agenda 21 foi o primeiro plano concreto no qual foram definidas metas para atingir o desenvolvimento sustentável. Assim, a partir do referendo de 180 países, considera-se que a aceitação do conceito de desenvolvimento sustentável e a construção da Agenda 21 foram os resultados mais importantes da Rio 92, que produziu os seguintes documentos importantes: a Declaração sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Agenda 21, além da Convenção sobre a Diversidade Biológica e da Convenção sobre Mudanças Climáticas.

A Declaração sobre o Meio Ambiente é composta de 27 princípios, nos quais são reafirmados compromissos como respeitar à soberania dos países, responsáveis pelas atividades realizadas no seu território, e sua obrigação de possuir uma legislação ambiental eficaz nas condições atuais. Além disso, é destacada a preocupação com a condição de vida das gerações presentes e futuras; a necessidade de considerar o meio ambiente parte central do planejamento; dentre outros pontos importantes.

Frank e Madruga (2010, p. 54) destacam da Agenda 21, que o conceito de desenvolvimento sustentável está em construção:

Como resultado, a visão contida nessa Agenda é a de que o conceito de desenvolvimento sustentável está em construção. Segundo seus autores, é um desafio cuja implementação depende, antes de tudo, de um processo social, em que os atores pactuam gradativa e sucessivamente novos consensos em torno de uma agenda possível, rumo ao futuro que se deseja alcançar (FRANK; MADRUGA, 2010, p. 54).

As mesmas autoras afirmam que para executar as propostas previstas na Agenda 21 de forma eficiente é necessário o aumento da consciência ambiental da população, para que esta participe e inclusive tenha iniciativas em prol do meio ambiente, o que pode ser facilitado se houver educação voltada à sustentabilidade; os principais grupos sociais, como os empresários, devem assumir suas responsabilidades nas questões ambientais e sociais; deve haver maior investimento na qualificação de recursos humanos, para que os órgãos ambientais desempenhem melhor seu papel; e maior disponibilidade de recursos financeiros para investimento nesta área (FRANK; MADRUGA, 2010, p. 55).

Outro resultado importante da Conferência Rio 92 é a Convenção sobre a Diversidade Biológica, documento importante produzido durante o evento. Com base na soberania dos Estados, responsáveis pelas atividades que venham a causar danos a territórios fora da sua jurisdição, e na preocupação com a redução da biodiversidade causada por atividades humanas, a Convenção reconhece em seu preâmbulo a importância da diversidade biológica como uma preocupação de toda a humanidade, e demonstra a necessidade de haver mais estudos necessários ao planejamento e a tomada de decisões adequadas na administração dos recursos. Seus objetivos estão definidos no art. 1º: conservar a diversidade biológica; utilizar de forma sustentável os recursos; e repartir os benefícios derivados da pesquisa genética (BRASIL, 1998, p. 2).

A Convenção, ainda definiu o termo “utilização sustentável” da seguinte forma:

[...] significa a utilização da diversidade biológica de modo e em ritmo tais que não levem, no longo prazo, à diminuição da diversidade biológica, mantendo assim seu potencial para atender as necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras. (BRASIL, 1998, p. 3).

Para tanto, fora previsto no art. 6º as medidas gerais para a conservação e a utilização sustentável dos recursos ambientais. Indicando que os países devem desenvolver estratégias, da maneira mais integrada possível, através de planos ou programas, que visem à conservação e sustentabilidade. Também devem incentivar diversos setores da sociedade para que contribuam com a conservação ambiental (art. 11). Além disso, o art. 12 demonstra a preocupação com a educação e produção científica que contribua para a manutenção da biodiversidade, estimulando os países a investir nesse campo de ação. O investimento em programas de conscientização pública quanto à importância da conservação da biodiversidade também é necessário (art. 13) (BRASIL, 1998, p. 6).

Em 1990 a ONU criou o Comitê Intergovernamental de Negociação para a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima (INC/FCCC). Este Comitê preparou o texto que a ONU adotou em 1992, recebendo 154 assinaturas e entrando em vigor em 1994. Até 2010, 196 países já haviam ratificado ou aderido à Convenção.

O principal objetivo da Convenção sobre Mudanças Climáticas é atingir um nível estável de concentração de gases que causam o efeito estufa na atmosfera que não seja perigoso para os seres vivos. Esse objetivo deve ser alcançado em longo prazo, de forma que os ecossistemas se adaptem à mudança, a produção de alimentos não seja ameaçada e o desenvolvimento econômico seja sustentável (BRASIL, 2012, p. 6).

Dentre os princípios elencados destaca-se a proteção do sistema climático, de modo que beneficie as gerações presentes e futuras; a equidade, ou seja, países desenvolvidos, que possuem mais recursos financeiros e também utilizaram mais recursos para atingir seu desenvolvimento, devem iniciar o combate à mudança climática e seus efeitos desde logo. É enfatizado que os países devem cooperar nas ações que envolvam a precaução, ou seja, aquelas em que há um dano sério ou irreversível, mesmo que não haja certeza científica quanto aos seus efeitos. Todos os países possuem o direito ao desenvolvimento sustentável e o dever de exercê-lo, uma das maneiras de fazer isso acontecer é cooperando internacionalmente para que se promova um sistema econômico favorável ao desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2012, p. 7).

Porém, verifica-se que dentre todos os documentos produzidos durante a Conferência Rio 92:

A Agenda 21 é o texto mais concreto entre os textos citados (Convenção Diversidade Biológica, Mudanças Climáticas), considerando que ele prevê com mais precisão as deficiências das instituições internacionais e nacionais e comporta um tom de denúncia mais importante. Ela prevê os recursos e os prazos que devem ser atribuídos

O produto interno verde como indicador de sustentabilidade: análise da evolução dos conceitos e termos desenvolvimento sustentável e sustentabilidade no contexto do direito ambiental brasileiro

à solução ou à diminuição da maior parte dos problemas indicados. Prevê também os responsáveis por cada ação. (VARELLA, 2003, p. 65).

Em 2002 ocorreu a Conferência de Johannesburgo, ou Rio +10. Segundo Guimarães e Fontoura (2015, p. 6), foram desperdiçadas oportunidades de negociação e progresso para o desenvolvimento sustentável. Alguns temas importantes a serem discutidos, como os recursos financeiros, ficaram indefinidos para recuperar decisões e acordos que já haviam sido consagrados na Estocolmo 72 e na Rio 92, mas foram descumpridos e sua existência estava ameaçada. Os mesmos autores afirmam que os principais erros cometidos em Johannesburgo foram: achar que o mundo já estava preparado para conseguir construir um Plano de Ação Comum e não definir uma agenda de ações específicas, pois apesar de existir o Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, suas metas concretas na verdade constituem muitos dos Objetivos do Milênio da ONU, portanto, não é uma agenda de ações específicas, construída em prol do evento (GUIMARÃES; FONTOURA, 2015, p. 8).

Baptista (2005, p. 51) faz uma afirmação interessante sobre a Conferência:

O fracasso da Rio+10 deve-se ao fato de que, durante dez dias, mais de cem chefes de Estado e 60.000 delegados reuniram-se em Johannesburgo, na África do Sul, para traçar as diretrizes de como o mundo devia direcionar o crescimento econômico sem degradar ainda mais o meio ambiente, e não conseguiram impor os pontos essenciais. (BAPTISTA, 2005, p. 51)

Segundo a mesma autora, muitos projetos foram inviabilizados pela falta de apoio dos Estados Unidos, pois somente as propostas que alcançavam o consenso absoluto eram aprovadas. Um exemplo claro demonstrado pela autora foi a proposta de “fixar uma meta global de 10%, até 2010, para o uso de fontes renováveis de energia em substituição aos combustíveis fósseis”, apoiada pelo Brasil e mais 160 países, porém vetada pelos Estados Unidos e outros países que fazem parte da Organização dos Exportadores de Petróleo (OPEP) (BAPTISTA, 2005, p. 51). Portanto, evidencia-se como ainda falta consciência por parte dos representantes internacionais da importância de construir um consenso em benefício da coletividade atual e das gerações futuras.

A Cúpula da Terra ou Conferência Rio +20 foi em 2012, quarenta anos após a primeira Conferência da ONU. Reuniram-se representantes de 190 países, além de participantes de eventos paralelos à Conferência: sociedade civil mundial, composta por Organizações Não-Governamentais, cooperativas, comunidades indígenas, religiosos, cientistas, políticos e representantes do setor privado. Seu objetivo principal era renovar o compromisso dos governos com o desenvolvimento sustentável, avaliar o progresso e identificar as lacunas. A constatação a que se chegou é que pouco se avançou nas últimas décadas em relação ao desenvolvimento sustentável (GUIMARÃES; FONTOURA, 2015, p. 9).

No Relatório “O Futuro que Queremos” (2012, p. 3), são destacadas as principais discussões da Conferência: 1) a segurança alimentar, 2) a insuficiência do Produto Interno Bruto para medir o desenvolvimento, 3) a credibilidade científica, 4) a economia verde; e, 5) a importância do setor privado para o desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2012, p. 3).

Para a segurança alimentar, que abrange todo o setor de produção de alimentos, desde a produção ao consumo, há preocupação no sentido do crescimento populacional e dos atuais números que indicam uma parcela da população está obesa enquanto outra passa fome, diagnosticando a ineficiência do agronegócio como produtor de alimentos mundial. Apesar disso, na Rio +20 o assunto foi apenas discutido e não foi gerada nenhuma proposta de mudança concreta quanto à padrões de produção mais sustentáveis, ou seja, manteve-se o agronegócio como principal forma de produção de alimentos, apesar da crise alimentar mundial flagrante (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p.17).

A insuficiência do Produto Interno Bruto como indicador de desenvolvimento é visível, pois ele mede o crescimento econômico, e não é capaz de medir a sustentabilidade, nem abrange indicadores sociais. Hoje já existem alguns estudos que propõe novos indicadores de desenvolvimento dos países, porém na Rio +20 eles não foram levados em conta e nenhum novo indicador foi estabelecido (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p. 27).

De acordo com a página eletrônica da Conferência Rio +20 (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p. 22), a Economia Verde é um novo conceito cuja ideia central seria fazer com que “o conjunto de processos produtivos da sociedade e as transações deles decorrentes contribua cada vez mais para o Desenvolvimento Sustentável”.

A mesma fonte afirma que, durante a Conferência Rio +20, muitos criticaram a banalização que tem sido feita do conceito de Desenvolvimento Sustentável, pois “a expressão transformou-se em artifício para melhorar a imagem pública de governos e empresas, sem que seu uso traduza mudanças efetivas na sua gestão e práticas” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p. 23).

Os estudiosos afirmam que uma solução seria subordinar o Desenvolvimento Sustentável ao conceito de Sociedade Sustentável, pois esse último seria capaz de trazer a ideia de indicadores sociais e culturais (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p. 24).

Ecodesenvolvimento, sustentabilidade, sociedade sustentável, economia de baixo carbono, economia sustentável, economia inclusiva e economia solidária. Esses jargões – e muitos outros no campo do Desenvolvimento Sustentável – possuem definições várias, muitas vezes ambíguas e imprecisas. Assim, mais importante que a definição precisa de cada termo é a noção de que todos eles sintetizam ideias para chamar a atenção da opinião pública e dos especialistas quanto à necessidade de tornar os processos de desenvolvimento e os instrumentos econômicos ferramentas de promoção da igualdade social e erradicação da pobreza, com respeito aos direitos humanos e sociais e conservação e uso sustentável dos recursos naturais. (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p. 24).

Dessa forma, a ideia de Economia Verde agradou como conceito pois “colocada no centro dos debates da Rio +20, passou a ser vista como um grande guarda-chuva, sob o qual, espera-se, poderão se abrigar e articular várias propostas de alcance mais específico” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p. 24). As principais características da Economia Verde consistem em ser “pouco intensiva em carbono, eficiente no uso dos recursos naturais e socialmente inclusiva” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p. 25).

Nessa proposta de Economia Verde, o crescimento na renda e no emprego é puxado por investimentos públicos e privados que reduzem emissões de carbono e a poluição. Essa rota de desenvolvimento deve manter, aprimorar e, onde necessário, recuperar o capital natural degradado, enfocando-o como ativo econômico crítico e fonte de benefícios públicos, especialmente para a população pobre cuja sobrevivência e segurança são mais direta e imediatamente afetadas por desequilíbrios nos sistemas naturais (como demonstram os efeitos das secas e cheias em regiões pobres, por exemplo) (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, 25-26).

Segundo Guimarães e Fontoura (2015, p. 12) a Economia Verde foi o assunto mais debatido na Conferência, e, embora ainda não exista consenso, seu conceito seria harmonizar o “desenvolvimento econômico e a melhoria ambiental, com aumento de renda, emprego e melhoria

dos padrões de vida, com o uso sustentável do meio ambiente por meio do mecanismo de preço dos mercados”. Nesse contexto o Estado “deveria atuar para corrigir as falhas de mercado por causa de boa parte dos serviços ambientais se constituir de bens públicos (ar, água, capacidade de assimilação de dejetos, etc)” (RIOS; DERANI, 2005, p.94).

Para muitos governos que subscrevem este discurso, seria possível redirecionar investimento público, estabelecer uma agenda de reforma política para fomentar novos incentivos, eliminar progressivamente produtos menos ecológicos do campo, tornar os contratos públicos mais ecológicos e fortalecer a infraestrutura de mercado. Já para o setor privado, seria uma oportunidade de transição econômica em uma série de setores-chave de forma a atender à reforma política através de financiamento e investimento. (GUIMARÃES; FONTOURA, 2015, p. 12).

Quanto à relação dos países desenvolvidos com os em desenvolvimento, ainda há desconfiança por parte dos economicamente menos desenvolvidos quanto às propostas de mudanças na estrutura econômica, pois os países com a economia mais fragilizada alegam que algumas mudanças poderiam trazer consequências negativas. Apesar das desconfiadas, a Economia Verde traz consigo a ideia de “um caminho equitativo, com parcerias”, norteada pelo Princípio das Responsabilidades Comuns, porém diferenciadas, pelo qual os países desenvolvidos teriam mais responsabilidades em algumas áreas do que os países em desenvolvimento (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p. 28).

O discurso da economia verde ainda gera muitas polêmicas, pois muitos afirmam ser apenas uma roupagem diferenciada do modelo insustentável de economia atual. A discussão sobre a economia verde traz ainda o conceito do capitalismo sustentável, mencionado por Abramovay (2012) em um artigo para a Folha de São Paulo, onde o autor afirma que na revista *Harvard Business Review*, importante para a administração empresarial contemporânea, vem crescendo o discurso da necessidade do capitalismo sustentável, que seria a criação de “um quadro que procure maximizar a criação de valor econômico de longo prazo, reformando os mercados para que respondam a reais necessidades, levando em conta todos os custos e todos os *stakeholders*” (partes interessadas) (ABRAMOVAY, 2012).

Abramovay (2012) afirma ainda que com a demora a ocorrer à evolução dos padrões de consumo e de estilo de vida atuais para um modo mais sustentável, “a economia mundial continuará dependente das energias fósseis até pelo menos 2050”, demonstrando a dificuldade existente em fazer com que as nações se comprometam e invistam na sustentabilidade, e que embora o conceito da economia verde seja interessante, ele “não questiona ou modifica a estrutura básica da economia atual” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p. 29), o que é um problema, pois

Nos últimos anos, aprendemos que o mercado é uma instituição eficiente para resolver problemas de alocação de curto prazo. Porém, quando nos defrontamos com questões de longo prazo, os mercados fracassam. Os agentes econômicos frequentemente tomam decisões míopes, à base de comparações de custos e benefícios individuais (privados). Assim, preferem ter benefícios no presente em vez de no futuro, e custos no futuro e não no presente. Negligenciam, dessa forma, em suas decisões, o custo futuro decorrente da degradação ambiental (PROOPS et al, 1997, p. 110).

As críticas feitas pela sociedade civil quando houve a Conferência Rio +20 consistem no fato da desnecessidade de um conceito novo e impreciso como a Economia Verde, pois gerará “mais dúvidas e conflitos do que soluções”. Muitos consideraram o conceito como “uma cortina de fumaça para, simultaneamente, fugir do enfrentamento dos problemas reais e criar novos campos para atuação de pesquisadores e consultores, abrindo oportunidades de negócio em vez de promover avanços reais” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS, 2011, p. 30).

Confirmam-se as críticas feitas pela sociedade civil, já que apesar das discussões promissoras que aconteceram na Rio+20, nenhuma delas tornaram-se proposta de ação que concretizasse as ideias discutidas.

Assim, com este breve histórico que procurou evidenciar como se deu o surgimento do conceito de Desenvolvimento Sustentável no âmbito internacional e conhecidos os principais documentos produzidos nesses eventos, o estudo passa a delinear a evolução do direito ambiental no Brasil, assunto que será objeto do próximo tópico, como forma de compreender como ocorreu a evolução da questão ambiental em âmbito interno.

2. A EVOLUÇÃO E DIVISÃO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO EM FASES

Assim como no âmbito internacional os países passaram a se preocupar com o meio ambiente e produziram documentos internacionais importantes que obrigaram os países que aderiram a participar dessa mudança, incluindo o meio ambiente na legislação interna de cada um, no Brasil também houve esse processo de evolução da consciência ambiental, podendo ser fracionada em quatro fases (CARDOSO NETO, 2018, p. 157).

A primeira fase do Direito Ambiental brasileiro tem início na década de 1930, coincide com a industrialização brasileira, que “se intensifica significativamente na década de 50” (CARDOSO NETO, 2018, p. 158), e a preocupação da regulamentação produzida nessa fase era “racionalizar a utilização dos recursos naturais, regulamentar as atividades extrativas, e, estabelecer áreas protegidas” (CARDOSO NETO, 2018, p. 158). Como sua intenção era apenas regulamentar como se daria o uso dos recursos naturais, a “regulamentação ocorreu de forma segmentada, não reconhecendo a interface entre os problemas ambientais e o processo de desenvolvimento econômico” (CARDOSO NETO, 2018, p. 157). Essa segmentação das normas refletiu nas instituições criadas para implementar e fiscalizar a legislação ambiental, pois elas “pertenciam a ministérios e secretarias distintas, não existindo estrutura de governo responsável pelo ambiente como um todo” (CARDOSO NETO, 2018, p. 158). A título de exemplo, podem ser citadas algumas instituições como

[...] o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, Ministério de Minas e Energia – MME, Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAE, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA e Superintendência do Desenvolvimento da Pesca – SUDEPE. (CARDOSO NETO, 2018, p.158)

Dentre as principais normas instituídas na primeira fase, pode-se citar o Código de Águas de 1934, que está em vigência até hoje, os Códigos Florestais revogados de 1934 e 1965, os Códigos de Minas e Mineração, Pesca e proteção da Fauna, além da Lei de Proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional de 1937, da Política Nacional de Energia Nuclear de 1962, dentre outras (CARDOSO NETO, 2018, p. 158).

A preocupação em apenas regulamentar como se daria o uso dos recursos naturais sem, no entanto, prever as consequências desse processo de exploração, gera para a segunda fase do Direito Ambiental brasileiro a pressão da sociedade, principalmente “em relação a problemas ambientais urbanos, como poluição do ar e saneamento, emergidos após o período de industrialização e urbanização brasileira das décadas de 50 e 60” (CARDOSO NETO, 2018, p. 159).

Além disso, em 1972 havia acontecido a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, e o Brasil sofria a pressão internacional para regulamentar como se daria a preservação do meio ambiente em seu território. Buscando atender essas demandas, é criada a Secretaria

O produto interno verde como indicador de sustentabilidade: análise da evolução dos conceitos e termos desenvolvimento sustentável e sustentabilidade no contexto do direito ambiental brasileiro

Especial do Meio Ambiente (SEMA), “que tinha competências genéricas em termos de conservação do meio ambiente e do uso racional dos recursos naturais” (CARDOSO NETO, 2018, p. 159).

As principais normas desta segunda fase são a criação da SEMA, de regiões metropolitanas em diferentes regiões do País, do controle de poluição, da proteção do solo e combate a erosão, de responsabilidade civil e criminal por danos nucleares, da vissecação de animais, de zoneamento industrial e principalmente a Lei do Parcelamento do Solo Urbano – Lei 6.766/79, que até hoje é aplicada e oferece muitos conflitos de interpretação, principalmente na aplicação da regularização de loteamentos irregulares em áreas urbanas. (CARDOSO NETO, 2018, p. 159)

Seguindo a mesma lógica da segunda fase, a terceira fase avançou um pouco mais e preocupou-se “na criação e consolidação de uma política pública de proteção do meio ambiente. A década de 80, do século XX, marcou o início de uma visão mais integrada e sistêmica no tratamento da questão ambiental” (CARDOSO NETO, 2018, p. 160).

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), “foi o início da definição de todo o marco regulatório atual do direito ambiental brasileiro” (CARDOSO NETO, 2018, p. 160). A PNMA preocupou-se com a estruturação de uma política pública voltada ao meio ambiente como um todo, definindo princípios e diretrizes, estabelecendo objetivos, e trazendo instrumentos para sua implementação (BRASIL, 1981).

Os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente são ferramentas da política ambiental brasileira que visam conter as atividades econômicas que ameaçam determinado sistema ambiental, a partir de medidas preventivas e coibitivas, traduzindo-se em normas de comando e controle, visando à regulamentação das atividades de potencial impacto ambiental. Traduzem-se em restrições de atividades, controle do uso de recursos naturais e especificação de tecnologias. (BARROS et al, 2012, p. 7)

Assim, a PNMA criou o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, “estrutura institucional-organizacional responsável por operacionalizar a política” (CARDOSO NETO, 2018, p. 160), além disso, essa lei “unificou em um único instrumento legal a defesa, preservação e conservação do meio ambiente”, ficando evidente sua importância e justificando seu destaque como marco regulatório no Direito Ambiental brasileiro (CARDOSO NETO, 2018, p. 160).

Além da PNMA, podem ser destacadas nessa terceira fase do Direito Ambiental brasileiro mais três legislações que trouxeram alterações significativas no tratamento das questões ambientais no Brasil, são elas:

[...] a Lei 7.347/85 que regulamenta a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente; a Constituição Federal de 1988, com a inclusão de um capítulo específico sobre meio ambiente; a Lei 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente. (CARDOSO NETO, 2018, p. 161)

Outras normas dessa fase podem ser citadas a título de exemplo: a criação do IBAMA pela Lei nº 7.735/89; a criação do Fundo Nacional do Meio Ambiente com a Lei nº 7.797/89; a instituição da Política Nacional de Recursos Hídricos através da Lei nº 9.433/97; a Política Nacional de Educação Ambiental pela Lei nº 9.795/99; a criação da Agência Nacional de Águas com a Lei nº 9.984/00; a Lei nº 11.445/07, que trata sobre o Saneamento Básico, dentre tantas outras (CARDOSO NETO, 2018, p. 162).

Dessa forma, percebe-se que a terceira fase do Direito Ambiental no Brasil foi responsável por introduzir na legislação brasileira diversas normas, responsáveis por formar o arcabouço legal que ainda pode ser verificado nos dias atuais. A fim de aprofundar a temática, alguns aspectos das normas atinentes ao tema do presente artigo serão comentados a seguir.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe o meio ambiente inúmeras vezes ao longo de seu texto, porém, o dispositivo que traz o assunto em maior destaque é o art. 225, que dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988). Determina, ainda, que é dever do Poder Público e da coletividade “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

A fim de garantir efetividade às disposições garantidoras de direitos ambientais à todos, “a Constituição impôs sanções aos infratores, pessoas físicas e jurídicas, com a consequente obrigação de reparar os danos causados” (MAZZILLI, 2004, p. 139), fato que se observa no teor do §3º do seu art. 225 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, verifica-se que a Constituição de 1988 amplia direitos da coletividade, mas também estabelece deveres para todo e qualquer cidadão, pois ao afirmar que o meio ambiente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, o insere no âmbito da dignidade humana, elevando-o ao patamar de direito fundamental (FIORILLO, 2011, p. 65). Assim, “cada ser humano só fruirá plenamente de um estado de bem-estar e de equidade se lhe for assegurado o direito fundamental de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado” (MACHADO, 2009, p. 59). O direito à sadia qualidade de vida significa dizer que “não basta viver ou conservar a vida. É justo buscar e conseguir a qualidade de vida” (MACHADO, 2009, p. 61).

A Constituição ainda estende a responsabilidade da manutenção do equilíbrio ecológico para além do Poder Público, atingido todas as pessoas. Em consequência disso, qualquer um deverá responder por eventuais danos ambientais causados. A partir da disposição constitucional é possível perceber que o meio ambiente constitui um direito de todos e a sua preservação é também imputada à coletividade (BRASIL, 1988). Corroborando para a formação de um sistema de proteção ambiental, pode-se citar a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, pois dispõe em seu art. 81, inciso I, a definição de direito difuso, para o qual o meio ambiente é o melhor exemplo, pois são direitos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (BRASIL, 1990).

Ao pensarmos no ar atmosférico poluído, não temos como precisar quais são os indivíduos afetados por ele. Talvez seja possível apenas delimitar um provável espaço físico que estaria sendo abrangido pela poluição atmosférica, todavia, seria inviável determinar todos os indivíduos afetados e expostos a seus malefícios. (FIORILLO, 2011, p. 57).

Antes da Constituição de 1988, a PNMA já havia atribuído ao Ministério Público federal e estadual a competência da ação para constranger o poluidor a indenizar ou a reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros de forma objetiva, ou seja, independente da verificação de culpa, conforme o art. 14 § 3º da Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981). Apesar disso, a partir da PNMA “algumas poucas ações públicas de caráter ambiental chegaram a ser propostas pelo Ministério Público” (MAZZILLI, 2004, p. 138). A efetividade de ações públicas ambientais intensificou-se com o surgimento da lei que instituiu a Ação Civil Pública, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, porque essa lei

[...] não apenas previu mais uma dentre tantas ações já a cargo do Ministério Público, mas também e principalmente colocou nas suas mãos um poderoso instrumento investigatório de caráter pré-processual, ou seja, o inquérito civil. (MAZZILLI, 2004, p. 138).

Assim, a instituição da Lei da Ação Civil Pública concedeu ao Ministério Público um instrumento de investigação civil, denominado inquérito civil, que possibilita colher evidências, indícios e provas que serão utilizadas na posterior ação coletiva (MAZZILLI, 2004, p. 138).

O produto interno verde como indicador de sustentabilidade: análise da evolução dos conceitos e termos desenvolvimento sustentável e sustentabilidade no contexto do direito ambiental brasileiro

O art. 225 da Constituição da República consagra o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, uma vez que não basta ter os recursos naturais hoje, é necessário preservá-los para as futuras gerações (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o meio ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição. (FIORILLO, 2011, p. 83)

Ou seja, “uma geração deve ser solidária entre todos os que a compõe” (MACHADO, 2009, p. 134), e a Constituição da República consagra a importância dessa solidariedade “entre as gerações, pois as gerações presentes não podem usar o meio ambiente fabricando a escassez e a debilidade para as gerações futuras” (MACHADO, 2009, p. 134).

Apesar de toda a evolução que pode ser verificada na terceira fase, pode-se dizer que o Brasil está vivendo o início da quarta fase, pois as crescentes demandas de classes economicamente influentes buscam alteração das leis ambientais de forma a beneficiar a exploração pelo crescimento econômico, “revidendo os direitos garantidos e em alguns casos até reescrevendo as regras para poder atender a estas demandas” (CARDOSO NETO, 2018, p. 163).

[...] é possível perceber a intenção política de desmonte do aparato legal ambiental no Brasil, iniciativas individuais de estados já estão acontecendo. Como foi o caso da Lei estadual de Santa Catarina, Lei 14.675/09 que instituiu o Código Estadual de Meio Ambiente, que serviu de referência para que o tema fosse levado para o Congresso Nacional e culminasse na criação da Lei da Vegetação Nativa, também conhecida como Código Florestal Brasileiro – Lei 12.651/12. (CARDOSO NETO, 2018, p. 163)

Conforme o exposto percebe-se que no Brasil o Direito Ambiental surgiu como uma forma de regulamentar a utilização dos recursos naturais, e após foi necessário evoluir para uma regulamentação mais protetiva aos danos causados ao meio ambiente, introduzindo mecanismos de comando e controle. Porém, verifica-se que a visão sistêmica que consolidou uma verdadeira política pública ambiental só aconteceu na década de 1980, portanto é relativamente recente. Apesar disso, já é possível perceber que há uma tendência de modificar a legislação ambiental para que se torne mais flexível e seja capaz de proporcionar maiores riquezas nos dias de hoje, porém sem se preocupar com as consequências dessas mudanças para as gerações futuras.

Portanto, a partir da descrição da evolução da consciência da degradação ambiental no âmbito internacional e no Brasil, observa-se que os interesses econômicos e os interesses ambientais sempre conflitaram, apesar de que um depende do outro. Assim, toma-se por base a insuficiência do Produto Interno Bruto para medir o desenvolvimento (PINTO, 2007, p. 13), que compreende aspectos éticos, políticos, sociais, ecológicos, econômicos, culturais e territoriais (SACHS; VIEIRA, 2007, p. 320).

A evolução e a involução são evidentes, faz parte da demanda social e política que por meio de novos acordos acabam cedendo a pressões econômicas e sociais, pois a construção do equilíbrio entre a manutenção dos recursos naturais e preservação da biodiversidade e a necessidade de manter as atividades econômicas, que geram empregos e renda, é um processo complexo, que envolve muitas variáveis. Nesse sentido, a edição da Lei nº 13.493, de 17 de outubro de 2017, merece destaque, pois instituiu um novo indicador, chamado Produto Interno Verde, em cujo cálculo considerará o patrimônio ecológico natural.

3. O PRODUTO INTERNO VERDE COMO INDICADOR DE SUSTENTABILIDADE BRASILEIRA

A preservação ambiental e o desenvolvimento econômico devem existir harmoniosamente, para que um não anule o outro, de forma que a humanidade ainda desenvolva sua economia, mas preserve os recursos para as gerações futuras (FIORILLO, 2011, p. 90). A interdependência da preservação ambiental e do desenvolvimento econômico é tamanha que a Constituição da República elencou como princípio da ordem econômica brasileira a defesa do meio ambiente, em seu art. 170, inciso VI (BRASIL, 1988).

Antunes (2012, p. 25) afirma que “o grau maior de proteção ambiental é uma razão direta do maior nível de bem-estar social e renda da população”, estabelecendo uma relação entre a proteção ambiental e qualidade de vida e de renda das pessoas. Para o autor, a desigualdade social é uma das principais causas dos problemas sociais:

Qualquer análise que se faça do estado do meio ambiente no Brasil - e, nisso, nada temos de diferente dos demais países do mundo - demonstrará que os principais problemas ambientais se encontram nas áreas mais pobres e que as grandes vítimas do descontrole ambiental são os mais desafortunados. De fato, há uma relação perversa entre condições ambientais e pobreza. Assim, parece óbvio que a qualidade ambiental somente poderá ser melhorada com melhor distribuição de renda. (ANTUNES, 2012, p. 26)

Assim, quando a Constituição de 1988 afirma no art. 225 *caput* que o meio ambiente é “essencial à sadia qualidade de vida” (BRASIL, 1988), fica claro o objetivo de tutelar o ser humano, portanto “devemos compreender o que seja essencial, adotando um padrão mínimo de interpretação deste artigo em face dos dizeres do art. 1º, combinado com o art. 6º da Constituição Federal, que fixa o piso vital mínimo” (FIORILLO, 2011, p. 65).

Com efeito, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil é o da dignidade da pessoa humana, e, para que uma pessoa tenha a tutela mínima de direitos constitucionais adaptada ao direito ambiental, deve possuir uma vida não só sob o ponto de vista fisiológico, mas sobretudo concebida por valores outros [...]. É exatamente por conta dessa visão que apontamos o critério da dignidade da pessoa humana, dentro de uma visão adaptada ao direito ambiental, preenchendo o seu conteúdo com a aplicação dos preceitos básicos descritos no art. 6º da Constituição Federal. (FIORILLO, 2011, p. 65)

Apesar de todas as previsões constitucionais e legais acerca da importância do equilíbrio entre os interesses econômicos e a preservação ambiental, Mancuso (2004, p. 110) afirma que a característica principal do direito ambiental como um interesse difuso é sua “marcante conflituosidade”, pelo fato de que muitas vezes o que está em jogo são “decisões políticas” (MANCUSO, 2004, p. 110).

Assim, temos interesses difusos disseminados em áreas e temas de largo espectro social tais como ecologia, qualidade de vida, tutela dos consumidores, gestão da coisa pública, direitos humanos, defesa de etnias, defesa de minorias sociais etc. Em assuntos tão abrangentes, é natural que os conflitos de interesses figurem exacerbados: [...] aos interesses à proteção dos recursos em geral, se opõem interesses financeiros, imediatistas, de grupos tão gananciosos quanto predadores; aos interesses que pugnam por meios de transporte não-poluente, se opõem interesses à continuidade da extração de petróleo; aos interesses ecológicos a que se contenha a plantação de cana-de-açúcar, ante os inconvenientes da monocultura, se opõem interesses ao fomento dessa plantação por razões de ordem financeira e outros [...] (MANCUSO, 2004, p. 112).

Em virtude disso, pode-se afirmar que as situações que envolvem direitos ambientais de natureza coletiva são complexas, pois “podem revelar-se de maneira diferente, em razão do

tempo e lugar” (MANCUSO, 2004, p. 112). Apesar da variação dos interesses, “não se pode entender claramente o direito ambiental como um tipo de relação jurídica que privilegie a atividade produtiva em detrimento dos valores propriamente humanos” (ANTUNES, 2012, p. 17), ou seja, em qualquer período e localidade os interesses humanos devem prevalecer sobre os interesses puramente econômicos, porém nem sempre é isso o que acontece.

Apesar desses embates entre a preservação ambiental e os interesses econômicos, a humanidade criou uma proposta que busca aliar os dois mundos, o conceito de desenvolvimento sustentável, e pode-se afirmar que ele

[...] apresenta-se como uma proposta de alinhamento nos rumos do sistema econômico a partir da adoção de estratégias e instrumentos que permitam a concretização da expressão por meio da harmonização entre o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção ambiental. (SORDI, 2014, p. 7)

Porém, a dificuldade na implementação de conceitos amplos e complexos como o desenvolvimento sustentável consiste em propor a utilização de indicadores que sejam capazes de medir a sustentabilidade de forma eficiente, pois são “múltiplas dimensões e abordagens” (VAN BELLEN, 2002, p. 16). Além disso, a gestão das políticas públicas também deve ser eficiente, pois segundo Sordi (2014, p. 3), a concretização do desenvolvimento sustentável é possível se houver a:

[...] necessária inclusão da proteção do meio ambiente não como um ponto isolado das políticas públicas, mas como parte integrante do processo global de desenvolvimento dos países. Consequentemente deve-se situar a defesa do meio ambiente no mesmo plano, em importância, de outros valores econômicos e sociais igualmente protegidos pela ordem jurídica. (SORDI, 2014, p. 3).

Porém, para que a defesa do meio ambiente seja considerada de mesmo valor que outros interesses perante a sociedade como um todo, é necessário haver conscientização das pessoas sobre a importância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e de como esse direito fundamental está presente em todos os aspectos da vida cotidiana, pois é o próprio ambiente em que se vive. Nessa perspectiva, Sordi (2014, p. 6) observa que:

[...] para uma real e eficiente aplicação do desenvolvimento sustentável seria mais adequado adotar instrumentos típicos de democracia participativa em uma perspectiva local, viabilizando maior participação da sociedade e uma melhor e maior democratização das esferas públicas decisórias sobre políticas e recursos públicos. (SORDI, 2014, p. 6)

A cultura contemporânea do consumo e dos resultados imediatos e busca por eficiência em todos os momentos, “é capaz de ocultar algumas necessidades e criar outras” (ASSIS; ZANELLA, 2013, p. 9). Dessa forma, a sociedade preocupa-se tanto com a geração de riquezas que as verdadeiras “necessidades humanas foram abafadas pelos interesses do mercado e outras foram criadas” (ASSIS; ZANELLA, 2013, p. 9). E, para que as pessoas percebam a importância da preservação ambiental para a manutenção da própria qualidade de vida, é vital que exista um processo de conscientização que mostre o que a humanidade realmente precisa.

[...] para os consumidores ainda há dificuldade em relacionar os problemas socioambientais aos nossos hábitos cotidianos. Não associamos a destruição da floresta com a madeira que adquirimos para a construção ou a fabricação de móveis. Não relacionamos as mudanças climáticas com a carne que usamos no churrasco ou quando ligamos nossos carros. Quando compramos uma roupa, não pensamos nos agrotóxicos usados na plantação de algodão ou no trabalho escravo encontrado nas fazendas. (TRIGUEIRO, 2012, p. 40)

Porém, a questão que preocupa é como realizar essa conscientização, considerando que as pessoas de maior influência têm poder econômico e que seu interesse primordial é ter mais poder econômico ainda, em um círculo vicioso que só vem prejudicando a qualidade dos recursos

disponíveis. É necessário conscientizar inclusive esses líderes do mercado de que o investimento em modos de produção sustentáveis é o melhor caminho para que eles tenham desenvolvimento de seus negócios não apenas hoje, mas no futuro também.

[...] a economia, enquanto ciência e atividade social, não se constitui como um sistema autossuficiente, dissociado do mundo natural. Ou seja, não existe economia sem energia, recursos naturais e espaço para alocar os resíduos decorrentes da produção. Tal constatação vista acima desconstrói a crença consolidada de que o complexo econômico é um sistema fechado e autônomo mostrando, ao contrário, que se trata de um subsistema dependente e subordinado à natureza. (SILVA; LIMA, 2013, p. 3)

A lógica do capitalismo empresarial, imediatista, competitivo e que busca o rendimento máximo é um dos fatores de atraso para a implementação da gestão ambiental em todos os setores da sociedade, pois o direito ambiental está preso nesse cenário desfavorável, em que há urgência pela transformação do modo de pensar e gerir os recursos e lentidão na mudança de consciência da sociedade (SILVA; LIMA, 2013, p. 4). De outro lado, percebe-se que principalmente a classe empresarial da sociedade deve perceber os benefícios que conseguirá ao contribuir com a natureza, pois poderá receber incentivos fiscais e até vantagem na obtenção de crédito; terá a publicidade de uma empresa com responsabilidade ambiental; além da resposta positiva dos consumidores que já buscam produtos sustentáveis (SILVA; LIMA, 2013, p. 5).

Assim, partindo da ideia da empresa e adentrando na esfera do governo, verifica-se que a visão de que o Produto Interno Bruto – PIB é um eficiente indicador de desenvolvimento é ultrapassada, uma vez que este mede apenas o crescimento econômico, e o desenvolvimento engloba “a natureza e a qualidade deste crescimento” (PINTO, 2007, p. 13).

Se o único indicador for o PIB, tem-se a demonstração do crescimento econômico, mas não se sabe se esse crescimento ignorou toda a legislação ambiental, trabalhista, de direitos humanos, ou se ele se deu respeitando toda a legislação e preocupado com a manutenção do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida das pessoas.

No processo de desenvolvimento de um índice os diferentes indicadores que fazem parte do mesmo devem ser ponderados. O peso ou a ponderação no caso do PIB se refere ao valor monetário que é atribuído a cada produto. Entretanto, quando se consideram aspectos ambientais e sociais, esta monetarização ou ponderação não é muito simples. Mas a crescente utilização de indicadores mostra que estes são importantes ferramentas para a tomada de decisão e para melhor compreender e monitorar as tendências, sendo, portanto, úteis na identificação dos dados mais relevantes e no estabelecimento de sistemas conceituais para a compilação e análise de dados. (VAN BELLEN, 2002, p. 51).

Assim, percebe-se que “o desempenho econômico de um país ou região deveria ser medido pela qualidade de vida e não pelo consumo material” (SOUZA; CARDOSO NETO, 2018, p.14). Nesse sentido:

É evidente a necessidade de incluir os custos ecológicos de extração, produção e depleção nos preços dos produtos comercializáveis, sob pena de não refletir-se o impacto ambiental proporcionado pelo sistema de produção e comercialização que sustentam o capitalismo mundial. Sem isso, continuará o rápido processo de crescimento acompanhado da ruptura do equilíbrio ecológico. (SOUZA; CARDOSO NETO, 2018, p. 14)

Como ponto de mutação, ou forma de se ampliar a compreensão da criação das riquezas, foi instituído no Brasil o Produto Interno Verde por meio da Lei nº 13.493, de 17 de outubro de 2017, em cujo cálculo será considerado o patrimônio ecológico nacional.

O art. 1º da referida lei afirma que o mesmo órgão federal responsável pelo cálculo do Produto Interno Bruto será responsável por divulgar, anualmente, “se possível for” (BRASIL, 2017), o cálculo do Produto Interno Verde – PIV. Para realizar o cálculo do PIV, a lei afirma que

utilizará os critérios e dados tradicionais, e considerará o patrimônio ecológico nacional. Já o artigo art. 2º dispõe que o cálculo deve levar em conta as iniciativas nacionais e internacionais semelhantes, devendo “possibilitar a convergência com sistemas de contas econômicas ambientais adotadas em outros países, permitindo sua comparabilidade”, visando que a metodologia do cálculo do PIV deva “ser amplamente discutida com a sociedade e as instituições públicas, incluindo o Congresso Nacional, antes de um sistema de contas econômicas ambientais ser oficialmente adotado no Brasil” (BRASIL, 2017).

Pelo texto legal é possível perceber que o PIV é uma proposta de cálculo que ainda não tem metodologia definida, pois está em fase de discussão, ou seja, é uma lei que traz uma possibilidade de debate sobre o estabelecimento de um critério capaz de medir não apenas o crescimento econômico, por isso “parece demonstrar uma preocupação pela proteção ambiental proveniente da grave ameaça que têm sofrido os bens ambientais” (SOUZA; CARDOSO NETO, 2018, p. 9).

Vale destacar que a legislação que institui o PIV não é suficientemente clara quanto aos seus critérios ou como eles serão discutidos com a sociedade e de que forma, e quando serão efetivamente implementados, e no que influenciarão e serão influenciados. Expõe assim, a necessidade de regulamentação para detalhar esses pontos ainda imprecisos. A expectativa é que após a devida regulamentação, “o cálculo do PIB deverá considerar o quanto se perdeu ambientalmente em decorrência da produção de riqueza gerada pela produção nacional, que gera a informação da produção interna nacional” (SOUZA; CARDOSO NETO, 2018, p. 12).

Além disso, se de um lado o Brasil está instituindo um indicador com uma proposta sustentável, de outro continua a investir maciçamente na exploração de petróleo e gás natural para produção de energia (VILANI, 2013, p. 19); não está integrando o programa de habitação para pessoas de baixa renda, conhecido como Minha Casa Minha Vida, ao planejamento urbano local, portanto, “sem qualquer relação com o objetivo de construção de cidades sustentáveis” (VILANI, 2013, p. 20); não investe o suficiente em saneamento básico (VILANI, 2013, p. 21); e ainda tem o agronegócio e a pecuária como principais produtores de alimentos no país, tudo isso indo ao sentido inverso ao desenvolvimento sustentável.

Assim, percebe-se que pelo texto legal a diferença entre a lei do PIV com outras legislações produzidas no Brasil anteriormente, principalmente da terceira fase, como a PNMA, PNRH, Lei da Ação Civil Pública, em que eram trazidos detalhadamente os aspectos conceituais e de implementação, enquanto que na Lei instituidora do PIV verifica-se a ausência de compromisso a sua efetivação, demonstrando “a intenção política de desmonte do aparato legal ambiental no Brasil” (CARDOSO NETO, 2018, p. 163), estando, portanto, em uma quarta fase.

O que o governo responsável à época pela edição da norma buscou com a sua edição foi ter aparência de ambientalmente correto, mas a preocupação com a efetividade e a busca de resultados concretos continua sendo através do bom e velho Produto Interno Bruto.

Impõe-se, portanto, reconhecer a aplicação do princípio do não retrocesso ecológico diante da constatação de que o modelo de desenvolvimento em execução desconsidera a dimensão ambiental, priorizando o imediatismo a partir de uma anacrônica racionalidade econômica e, portanto, em flagrante descompasso com os princípios e objetivos constitucionais da legislação ambiental em vigor. (VILANI, 2013, p. 24)

Dessa forma, para mudar esse cenário, cabe a sociedade brasileira criar demandas que demonstrem para o Poder Público que futuro os brasileiros querem, o que realmente a sociedade brasileira valoriza, mas para isso é preciso conscientização de seu papel e conhecimento dos problemas ambientais atuais, que se não forem resolvidos ou ao menos minimizados, trarão inevitáveis consequências futuras.

CONCLUSÃO

O conceito de Desenvolvimento Sustentável, tal como é conhecido atualmente, originou-se de um debate internacional acerca da finitude dos recursos naturais. Nesse sentido, diversos documentos internacionais foram elaborados procurando trazer alternativas para que as gerações futuras tenham condições de se manter satisfatoriamente, ou com a mesma qualidade de vida que a geração atual.

Este contexto acabou sendo refletido e incorporado no ordenamento interno Brasileiro, uma vez que esses documentos internacionais transformaram-se em leis e políticas públicas para que ocorresse sua implementação e efetivação na sociedade.

No Brasil, essa legislação ambiental evoluiu conforme necessidades e pressões sociais e internacionais. Nesse sentido, a problemática da pesquisa consistiu em verificar a ocorrência da evolução dos conceitos de desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade, conjuntamente a evolução do Direito Ambiental no Brasil, além de dar especial destaque ao Produto Interno Verde, instituído pela Lei nº 13.493, de 17 de outubro de 2017, como marco temporal e indicador de sustentabilidade brasileira.

Para entender esta evolução foram apresentadas quatro fases do direito ambiental brasileiro, com suas características e peculiaridades. A partir disso, foi possível afirmar que a hipótese de pesquisa foi confirmada, pois os conceitos de desenvolvimento sustentável ou sustentabilidade evoluíram, e a legislação ambiental brasileira de forma conjunta.

Apesar da confirmação da hipótese, verifica-se que o Brasil vive uma instabilidade que traduz o fim da terceira e o início da quarta fase, que traz mudanças motivadas por demandas sociais, de forma a beneficiar a exploração pelo crescimento econômico, o que deve ser ponderado com a preservação ambiental, a fim de atingir o tão almejado equilíbrio.

Nesse sentido, percebe-se que admitir apenas o Produto Interno Bruto como indicador de desenvolvimento da nação já não traduz a realidade, pois ele mede apenas o crescimento econômico, enquanto o desenvolvimento de um país passa por diversas variáveis econômicas, sociais, geográficas, culturais e ambientais.

Esta fragilidade do indicador expôs a necessidade de uma nova forma de avaliação para contribuir na medição do desenvolvimento do país. De tal modo, foi criado o Produto Interno Verde, instituído pela Lei nº 13.493 de 17 de outubro de 2017, em cujo cálculo será considerado o patrimônio ecológico nacional.

Esse novo indicador é um marco para a sustentabilidade no Brasil, porém, verifica-se que ainda há um longo caminho a percorrer até que o Produto Interno Verde seja definitivamente implementado, pois a legislação que o instituiu não define quais são os critérios de avaliação ou a metodologia que será utilizada, trazendo no seu art. 2º a necessidade de discussão com participação da sociedade, instituições públicas, inclusive o Congresso Nacional, para que sejam estabelecidos esses pontos ainda indefinidos.

Espera-se que após todo esse trâmite, o Produto Interno Verde passe a integrar o cálculo do Produto Interno Bruto, considerando variáveis diversas que sejam capazes de auferir a quantidade de recursos que foi perdido na produção da riqueza nacional. Isso tudo para estabelecer uma cultura contra o desperdício de recursos, que incentive o reaproveitamento e maximize a eficiência, produzindo mais com menos, e respeitando todas as legislações vigentes.

Para que todas essas propostas e discussões se tornem efetivas na sociedade brasileira, é necessário que esta esteja comprometida com seu próprio futuro e consciente de seu papel. De

O produto interno verde como indicador de sustentabilidade: análise da evolução dos conceitos e termos desenvolvimento sustentável e sustentabilidade no contexto do direito ambiental brasileiro

forma que essa conscientização somente ocorrerá na medida em que todos os setores da sociedade, inclusive a classe empresarial e investidora, perceberem as vantagens de contribuir com a mudança de consciência em relação à natureza. Mas para tanto, é necessário que o próprio sistema econômico contribua para a conscientização popular, a fim de alcançar o maior número de pessoas possível.

Assim, percebe-se que a gestão pública deve considerar todas as variáveis que estão contidas nas questões econômicas e ambientais, a fim de dar a correta importância a cada uma delas, pois a economia depende dos recursos naturais para se desenvolver, e a produção desses bens está a serviço dos seres humanos. Nesse contexto, o Estado exerce o papel fundamental de regulamentar, implementar, efetivar e fiscalizar as políticas públicas instituídas em benefício da geração atual e futura.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Em busca do capitalismo sustentável. **Folha de São Paulo**, 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/colunas/1069934-em-busca-do-capitalismo-sustentavel.shtml>. Acesso em 02 jun 2019.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ASSIS, Wilma de; ZANELLA, Maria Elisa. Desenvolvimento sustentável e algumas vulnerabilidades geradas pelo não atendimento de necessidades básicas. **RBPG**, Brasília, v. 10, n. 21, 2013. Disponível em: <http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/view/427/357>. Acesso em 02 jun 2019.

BINSWANGER, Hans Christoph. Fazendo a sustentabilidade funcionar. In: CAVALCANTI, Clóvis. **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 4. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Joaquim Nabuco, 2002.

BAPTISTA, Zulmira Maria de Castro. **O direito ambiental internacional: política e consequências**. São Paulo: Pillares, 2005.

BATISTA, Eliezer et al. **Caminhos da sustentabilidade no Brasil**. São Paulo: Terra das Artes, 2005. 247 p, il. + 1 mapa.

BARROS, Dalmo Arantes et al. Breve análise dos instrumentos da política de gestão ambiental brasileira. **Política & Sociedade**, v. 11, n. 22, 2012. Disponível em: <http://web.b-ebsohost.com.ez71.periodicos.capes.gov.br/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=17a1b1a4-3781-456b-b6ee-b207bfd8f8f%40sessionmgr120>. Acesso em 02 jun 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em 02 jun 2019.

BRASIL, **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em 02 jun 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.493, de 17 de outubro de 2017**. Estabelece o Produto Interno Verde (PIV), em cujo cálculo será considerado o patrimônio ecológico nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13493.htm. Acesso em 02 jun 2019.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia e Ministério das Relações Exteriores. **Convenção sobre mudanças climáticas**. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf. Acesso em 02 jun 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração Final da Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO+20): O Futuro que Queremos**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em 02 jun 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 02 jun 2019.

BRASIL. **Convenção Sobre a Diversidade Biológica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf. Acesso em 02 jun 2019.

CARDOSO NETO, Nicolau. **Água com Qualidade para Consumo Humano: Normas e Sobreposição de Competências entre o Direito Ambiental e o Direito de Saúde**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

CAVALCANTI, Clóvis. Sustentabilidade: mantra ou escolha moral? Uma abordagem ecológico-econômica. **Revista Estudos Avançados**, v. 26, n.74, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000100004. Acesso em 02 jun 2019.

FRANK, Beate; MADRUGA, Kátia. Política e sustentabilidade no Brasil: uma visão crítica. In: MADRUGA, Kátia R. [et al.] (org.). **Sustentabilidade Comparada Brasil e Alemanha: Abordagens, Situação Atual e Perspectivas**. Blumenau: Edifurb, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; VITAE CIVILIS. **Radar Rio +20: Por dentro da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento sustentável**. São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.zeeli.pro.br/wp-content/uploads/2012/06/RadarRio20.pdf>. Acesso em 02 jun 2019.

GUIMARÃES, Roberto. FONTOURA, Yuna. **Desenvolvimento Sustentável na Rio+20: discursos, avanços, retrocessos e novas perspectivas**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v10n3/04.pdf>. Acesso em 02 jun 2019.

JACOBI, Pedro. Meio Ambiente e Sustentabilidade. In: CEPAM. (Org.). **O Município no século XXI: cenários e perspectivas**. São Paulo: CEPAM, 1999, p. 175-184. Disponível em: http://franciscoqueiroz.com.br/portal/phocadownload/desenvolvimento_sustentavel.pdf. Acesso em 02 jun 2019.

LIMA, Gustavo F. da Costa. O debate da sustentabilidade na sociedade insustentável. **Revista eletrônica “Política e Trabalho”**, set. 1997, p. 201-202. Disponível em: <http://www.cefetsp.br/edu/eso/debatesustentabilidade.html>. Acesso em 12 out 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O produto interno verde como indicador de sustentabilidade: análise da evolução dos conceitos e termos desenvolvimento sustentável e sustentabilidade no contexto do direito ambiental brasileiro

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

PINTO, Gilberto Tadeu. **A relação entre economia e sustentabilidade ambiental**. 2007. 58 f. il. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2007. Disponível em: http://www.bc.furb.br/docs/MO/2007/327207_1_1.pdf. Acesso em 02 jun 2019.

PROOPS, John et al. Realizando um mundo sustentável e o papel do sistema político na consecução de uma economia sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis. **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 4. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2002.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. DERANI, Cristiane. Princípios gerais do direito ambiental internacional. In: RIOS, Aurélio Virgílio Veiga (Org.). **O direito e o desenvolvimento sustentável: curso de direito ambiental**. São Paulo: Peirópolis; Brasília, DF: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

SACHS, Ignacy. O desenvolvimento sustentável: do conceito à ação. De Estocolmo a Johannesburgo. In: DOWBOR, Ladislau; TAGNIN, Arnaldo (Org.). **Administrando a água como se fosse importante: gestão ambiental e sustentabilidade**. São Paulo: Ed. SENAC São Paulo, 2005, 290 p.

SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). **Para pensar o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.

SACHS, Ignacy; VIEIRA, Paulo Freire. **Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2007. 472 p, il.

SILVA, Danielly Ferreira; LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. Empresas e Meio Ambiente: Contribuições da Legislação Ambiental. **Interthesis**, v. 10, n. 02, 2013. Disponível em: <http://web.b-ebsohost-com.ez71.periodicos.capes.gov.br/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=38d08c34-a56e-4d47-8d34-53ddf382b8ec%40sessionmgr102>. Acesso em 02 jun 2019.

SORDI, Maria de Lourdes Silveira. Democracia e desenvolvimento sustentável: uma combinação possível. **Universitas JUS**, v. 25, n. 2, 2014. Disponível em: <https://uniceub.emnuvens.com.br/jus/article/view/2540/2446>. Acesso em 02 jun 2019.

SOUZA, Leonardo da Rocha de; CARDOSO NETO, Nicolau. **Produto Interno Verde (PIV) como alternativa para a sustentabilidade brasileira**. Disponível em: <http://www.in-dexlaw.org/index.php/Socioambientalismo/article/view/4176/pdf>. Acesso em 02 jun 2019.

TRIGUEIRO, André. **Mundo Sustentável 2: novos rumos para um planeta em crise**. São Paulo: Globo, 2012.

VAN BELLEN, Hans Michael. **Indicadores de sustentabilidade: Uma análise comparativa**. Tese. Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis (SC), 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/84033/189898.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 02 jun 2019.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VILANI, Rodrigo Machado. **Legislação e política ambiental no Brasil: as possibilidades do desenvolvimento sustentável e os riscos do retrocesso ambiental**. RBPG, Brasília, v. 10, n.

21, 2013. Disponível em: <http://ojs.rbpg.capes.gov.br/index.php/rbpg/article/view/414/345>. Acesso em 02 jun 2019.

Recebido em: 6 nov. 2018.

Aceito em: 28 jun. 2019.

O DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA REGULAMENTADO PELA LEI 13.467/17

Danna Catharina Mascarello Luciani

Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR,
Paraná.

dannacml@hotmail.com

Marco Antonio César Villatore

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa
Catarina.

prof.villatore@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho busca levantar breves reflexões quanto a coerência da regulamentação trazida pela reforma trabalhista para o dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho em face do ordenamento já utilizado pela jurisprudência quando do julgamento de casos concretos. Utilizou-se, para tanto, conceitos já consolidados na doutrina e na jurisprudência, posicionamentos doutrinários quanto as novidades legislativas e a jurisprudência dos órgãos da justiça do trabalho em sua interpretação das normas do direito comum em consonância com os princípios do direito do trabalho e da interpretação das novas normas, trazidas pela reforma trabalhista. Considerou-se, por fim, que as novas normas são incompatíveis com o sistema jurídico brasileiro e acarretam no cerceamento de direitos fundamentais do trabalhador, violando um dos fundamentos da república e vários dos princípios da ordem constitucional vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Dano extrapatrimonial. Reforma trabalhista.

The labor's non-pecuniary damage regulated by the Law 13.467/17

ABSTRACT: The present work seeks to raise brief reflections on the coherence of the assistance for the labor reform for the extra-financial damage resulting from labor relations in the face of the right to use jurisprudence when judging concrete cases. For this purpose, concepts already consolidated in doctrine and jurisprudence, doctrinal positions for new legislation and jurisprudence of labor law bodies are used in their interpretation of the norms of common law in accordance with the principles of labor law and interpretation of the new norms, brought about by the labor reform. It was finally considered that the new norms are incompatible with the Brazilian legal system and do not have a framework of fundamental rights of the worker, violating the foundations of the republic and several of the principles of the current constitutional order.

KEYWORDS: Civil liability. Non-pecuniary damage. Labor reform.

INTRODUÇÃO

Em 2017, após conturbados debates no Congresso Nacional e acalorada movimentação social, foi publicada a lei 13.467, que alterou diversos artigos do Decreto-Lei nº 5.452 de 1943 (a Consolidação das Leis do Trabalho). Entre as alterações promovidas está a inclusão dos artigos 223-A a 223-G, que, sucintamente, regulamentaram a responsabilidade civil do trabalhador em face do dano extrapatrimonial causado pelas circunstâncias do trabalho prestado.

Antes disso, os danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho eram calculados com o uso de normas externas ao direito trabalhista, mas que, por expressa previsão legal (antigo artigo 8º, parágrafo único da CLT), eram consideradas fontes subsidiárias (naquilo que não fossem incompatíveis com os princípios do Direito do Trabalho), quais sejam, as normas do direito comum.

Logo, a responsabilização por danos extrapatrimoniais, além do caráter indenizatório (ou seja, ressarcimento pelos danos sofridos), tinha também caráter pedagógico (ou seja, serviria para demonstrar ao causador do dano que isso não deveria ser corriqueiro, cabendo ao empregador evitar que a situação danosa se mantenha, seja para o indenizado, seja para os possíveis afetados), devendo ser calculada de acordo com a extensão do dano sofrido, de modo a ressarcir, integralmente, a vítima do dano pelos efeitos sofridos.

Com as novas regras, que entraram em vigor em 11 de novembro de 2017 (após a *vacatio legis* de 120 dias prevista no artigo 6º da lei 13.467/17), os danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho seriam regulados apenas pelo disposto no Título II-A da CLT. Isso impossibilitou a utilização do artigo 8º, §1º da CLT – que, conforme sua nova redação, permite a utilização do direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho – no caso do dano extrapatrimonial.

Ainda, as novas regras definiram balizas aos valores referentes à indenização devida em cada caso, tornando precário o ideal realmente buscado pela indenização por danos extrapatrimoniais prevista no Código Civil: a real indenização de acordo com a extensão dos danos sofridos, e vinculando tal índice ao salário recebido pelo trabalhador.

No presente estudo, partindo das circunstâncias apontadas em epígrafe, pretendemos analisar os conceitos e as mudanças trazidos pela reforma no que tange a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, balizando nossa pesquisa nos princípios que regem o direito (processual e material) do trabalho e o ordenamento constitucional vigente. Para tanto, construiremos o raciocínio a partir de uma cronologia e de pesquisa nas demais áreas do direito utilizadas nesse contexto, interpretando-as de maneira complementar.

Cumpramos ressaltar aqui que esse artigo está focado na regulamentação da responsabilidade civil dada pela lei 13.467/17, de modo algum questionando a já pacificada possibilidade de responsabilização por danos extrapatrimoniais nas relações trabalhistas, apenas a sua nova regulamentação.

1. O DANO EXTRAPATRIMONIAL

O direito civil, em especial a parte da Responsabilidade Civil, divide “dano” em patrimonial (ou material) e extrapatrimonial (ou imaterial, ou ainda moral para alguns). Enquanto o dano material possui possibilidade física de comprovação, o dano extrapatrimonial atinge características intrínsecas ao indivíduo, insubstituíveis e, por tanto, apenas indenizáveis (não se trata de perder patrimônio e depois recuperá-lo, mas sim de ser ressarcido pela violação de suas individualidades) (TARTUCE, 2017).

A etimologia da palavra extrapatrimonial já tem muito a nos ensinar: “*Extra*”, originário do latim (com sentido de fora de, para fora de)¹, quando utilizado como prefixo, aponta para aquilo que está além, que não pode ser incluso em determinado grupo. “*Patrimonial*”, por sua

¹ Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <https://dicionario.priberam.org/extra> [consultado em 24-11-2018].

vez, é “*Relativo a bem ou conjunto de bens, materiais ou naturais, reconhecidos por sua importância cultural*”. Com isso, percebe-se que dano extrapatrimonial abrange tudo aquilo que não pode ser considerado patrimônio, aquilo que está além do material, do físico, mas que mesmo assim integra determinada esfera de direitos (que, conforme o raciocínio firmado no Enunciado nº 456² da *V Jornada de Direito Civil*, pode ser tanto de direitos individuais quanto de direitos coletivos).

1.1. Do dano moral

Flávio Tartuce (2017), ao conceituar “danos morais”, utiliza, em diversos momentos, essa expressão como sinônimo de “danos extrapatrimoniais” (como quando explica a possibilidade de outras formas de compensação do dano além da prestação pecuniária).

A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira. (...)

Além do pagamento de uma indenização em dinheiro, presente o dano moral, é viável uma compensação *in natura*, conforme reconhece enunciado aprovado na *VII Jornada de Direito Civil (2015)*: “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retração pública ou outro meio” (Enunciado n. 589).

Mesmo assim, a redação do artigo 223-B da CLT aponta para o entendimento do legislador no sentido de que dano extrapatrimonial do dano moral são coisas distintas (sendo aquele o gênero do qual esse é espécie, ao lado do dano existencial):

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

O dano moral, conforme ensina Rodolfo Pamplona Filho (2001, p. 164-179), pode ser definido como:

O dano moral consiste no prejuízo ou lesão de interesses e bens, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Logo, trata-se de ofensa à personalidade, a uma esfera individual de direitos que, mesmo imateriais, são constitucionalmente tutelados.

1.2. Do dano existencial

Em contrapartida, Flaviana Soares (2009), em sua obra, aborda o dano existencial (como desdobramento do dano extrapatrimonial), e ensina que:

A expressão dano existencial foi cunhada por Paolo Cendon e Patrícia Ziviz para agrupar vários casos que não poderiam, a rigor, ser decididos sob o rótulo de dano moral ou dano biológico, pois a única coisa que os acomunava era o fato de não se

² A expressão ‘dano’, no art. 944, abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

tratar de danos patrimoniais. A partir da década de noventa, a jurisprudência italiana começou a adotar tal nomenclatura, considerando como **dano existencial a lesão a outros interesses de natureza constitucional inerentes à pessoa, que não se confundiam com a transitória perturbação do estado de ânimo da vítima, nem com a lesão a integridade psíquica e física da pessoa.** (grifos nossos)

Assim, percebe-se que o posicionamento doutrinário é no sentido de que o dano existencial é aquele que atinge direitos fundamentais individuais, refletindo diretamente na integridade da pessoa, e causando sequelas profundas e dificilmente corrigíveis.

Para a jurisprudência trabalhista brasileira, o reconhecimento do dano existencial está vinculado à prova de que tal violação de direitos acarretou em danos irreparáveis na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, conforme decisão, em 07/08/2018, pela 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

TRT-PR-07-08-2018 DANOS EXISTENCIAIS - Ao empregado que postula indenização por danos existenciais, cabe provar que, em virtude do ilícito patronal, sofreu sério prejuízo naquilo que decidiu fazer com sua vida (v.g., algum projeto educacional ou social), na fruição de prazeres derivados de atividades extralaborais (v.g., prática de esportes, realização de atividades religiosas, lazer), nas suas relações pessoais (v.g., convivência com familiares e amigos), etc. Assim, não basta a mera prestação de labor além da jornada ordinária legal, por exemplo, para se deferir, como consequência automática, a indenização por dano existencial. Há a necessidade de comprovação de que o cumprimento dessas horas extras, efetivamente, causou relevante prejuízo a algum projeto preestabelecido do trabalhador, arruinou algum relacionamento familiar, impediu a realização de atividades alheias ao contrato, etc. Recurso da Reclamante a que se nega provimento. **TRT-PR-08980-2015-863-09-00-2-ACO-12372-2018 - 6A. TURMA. Relator: PAULO RICARDO POZZOLO. Publicado no DEJT em 07-08-2018.**

Conclui-se, portanto, que dano extrapatrimonial é gênero do qual são espécies o dano moral e o dano existencial, que podem ser diferenciados pela natureza dos direitos violados e pela gravidade dessa violação: enquanto o dano moral viola, de maneira reparável e passageira, os direitos de personalidade do indivíduo, o dano existencial acarreta na irreparabilidade do dano e em seus reflexos latentes em diversos direitos individuais constitucionalmente previstos.

2. O DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA

2.1. Regulamentação anterior

O Dano Extrapatrimonial era, em qualquer situação, julgado pela justiça comum. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o dano imaterial decorrente de relações de trabalho passou a ser julgado pela Justiça do Trabalho, e assim o é até hoje. A transferência de competência demonstrou que se trata de matéria parecida, mas não igual, o que leva a necessidade de uma regulamentação específica para o âmbito laboral.

Como não houve regulamentação especial, os tribunais passaram – de acordo com a possibilidade dada pela antiga redação do artigo 8º, parágrafo único da CLT (que afirmava: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”) – a utilizar as normas do direito comum para decidir sobre esse tema, interpretando-as de maneira coerente com os princípios trabalhistas (FACCHINI NETO; GOLDSCHMIDT 2017, p. 219-254).

Disciplina o assunto o Título IX, “da Responsabilidade Civil”, do Código Civil. Nesse Título encontra-se o artigo 927 (“aquele que, por ato ilícito [...], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”), que define que a responsabilidade pela reparação (consequência) do dano (causa) é daquele que o provocou. Ainda, o Código Civil (artigo 932, caput e inciso III – “são também responsáveis pela reparação civil: [...] III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;”) prevê, expressamente, que o dano decorrente de relação de trabalho gera responsabilidade civil, reforçando a interpretação dada pelos magistrados no sentido da aplicabilidade das normas de direito comum referentes a esse tema.

Confirmada a aplicação do Código Civil, passamos ao *quantum* indenizatório a ser fixado. Estabelece o mesmo código, em seu artigo 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Logo, independentemente da proporção dos efeitos do dano, esses devem ser indenizados, para que haja a correta transferência dos efeitos negativos ao seu causador, de modo que a vítima não precise arcar com prejuízos dos quais não tem culpa.

2.2. Regulamentação dada pela reforma trabalhista

Em 2017, na contramão da jurisprudência já consolidada e de diversos posicionamentos doutrinários, o Congresso Nacional aprova, às pressas, o Projeto de Lei nº 6.787/16, que teve mais de 800 emendas³ mesmo no curto período em que tramitou (fora apresentado em 23/12/2016 e publicado, pela Presidência da República, em 13/07/2017, totalizando pouco menos de 7 meses de apreciação pelo Poder Legislativo). Tal projeto foi convertido em lei em 13 de julho de 2017, tornando-se a lei nº 13.467/17.

Dentre as alterações, trazidas sob o argumento de aprimoramento e atualização das relações de trabalho⁴, está a inclusão do Título II-A (do artigo 223-A ao 223-G), que trata “do Dano Extrapatrimonial”.

Já no primeiro artigo do Título (art. 223-A), o legislador definiu: “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”. Ou seja, definiu-se pela utilização de *numerus clausus*, o que não condiz com a dinamicidade da sociedade moderna (SANTOS, 2017) e inviabiliza a continuidade da norma, que se torna obsoleta em um curto período de tempo por ser incapaz de regulamentar, efetivamente, diferentes e inovadoras relações.

Restringir diversas situações a poucos, e rasos, artigos, retirando a aplicabilidade dos já utilizados dispositivos do Código Civil é retirar dos magistrados (e de todo o Poder Judiciário) a sua maior, e mais complexa, tarefa: interpretar (COELHO; LOPES, 2017), de maneira sistemática, os dispositivos de todas as áreas do direito, ao invés de realizar a mera leitura, isolada, de um dispositivo legal, e aplicá-los ao caso concreto, o que já foi considerado inconstitucional por magistrados da justiça do trabalho⁵.

O estudo do artigo seguinte (223-B) requer maiores cuidados. Para fins de melhor elucidação dos componentes desse artigo, optamos por dividi-lo:

³ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=2122076&subst=0

⁴ PL nº 6.787/16. Disponível no site da Câmara dos Deputados.

⁵ Enunciado Aglutinado nº 5 da Comissão 2 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.

Na primeira parte (“causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial [...]”), o dano extrapatrimonial é dividido em esferas, utilizando-se de conceitos já consagrados na doutrina civilista para abranger situações diversas. Entretanto, tal regulamentação foi insuficiente, uma vez que ignorou a existência dos danos estéticos (SIMÃO, 2017) (aqui, interpreta-se a Súmula 387⁶ do STJ no sentido de que dano moral e estético são coisas distintas e que podem ser pedidas cumulativamente em juízo).

Em sequência, esclarece o mesmo artigo: “da pessoa física ou jurídica”. Aqui, o legislador tornou lei o que a jurisprudência já tinha pacificado: pessoa jurídica é titular de direitos extrapatrimoniais, logo, pode ser vítima de danos a esses direitos (Súmula 227 do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”).

Por fim, tal artigo aponta para: “as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”. Nesse momento, o legislador opta por excluir a possibilidade de dano em ricochete, impossibilitando que terceiros (alheios a relação de trabalho) possam pleitear em juízo o ressarcimento por danos indiretos sofridos em decorrência de ação ou omissão danosa ao trabalhador com quem são ligados (temos como exemplo aqui a viúva e os filhos que não são considerados titulares do direito ao ressarcimento pela morte por acidente de trabalho de seu marido/pai) (COELHO; LOPES, 2017).

Nesse ponto, a reforma trabalhista sofre severas críticas, sob a ótica de sua incompatibilidade com a Constituição Federal, como defendido por Cassio Colombo Filho (2017), quando ensina que:

Logo, a limitação dos art. 223-A e 223-B da Lei 13.467 da aplicação exclusiva da lei trabalhista para os infortúnios do trabalho e indenização unicamente à vítima, ofende a letra dos art. 1º, III e 5º, V da Constituição Federal, invade a esfera de direitos extracontratuais, limitando-os por contrato, e não pode ter o condão de revogar os art. 186 e 948 do Código Civil.

Em contrapartida, outros, como Marcos Avelar (2017), posicionam-se pela correta definição da impossibilidade de danos em ricochete, uma vez que isso nunca esteve previsto no ordenamento jurídico e que poderia causar certa instabilidade do sistema, considerando a magnitude do alcance indireto de um fato.

Há, ainda, um terceiro posicionamento, no sentido de que terceiros podem ser afetados diretamente por um dano causado a alguém, caso que não se pode confundir com o dano indireto ou em ricochete (SANTOS, 2017), tornando-se o terceiro titular do direito à indenização (posicionamento defendido por Nelson Rosenvald (2017), Des. Sebastião Geraldo de Oliveira⁷, Anderson Schreiber (2009, p. 59-60), citado pelo Desembargador em sua decisão e pelo magistrados da 2ª Jornada do Direito Material e Processual do Trabalho⁸).

Enquanto os legisladores tiveram como objetivo da Reforma Trabalhista a redução da margem de atuação do Poder Judiciário, a este caberá a uniformização da aplicabilidade das normas nos casos concretos. Para tanto, espera-se posicionamento rápido e amplo dos órgãos da justiça do trabalho, de maneira a permitir uma interpretação, por todos, seguindo os mesmos

⁶ É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral

⁷ TRT 3ª Região. 01019-2007-042-03-00-3-RO, onde fundamenta sua decisão com: “Embora o acidente repercuta mais intensamente sobre a própria vítima, projeta seus reflexos dolorosos sobre todos que de alguma forma mantém vínculos afetivos com ela.”

⁸ Enunciado nº 20. DANO EXTRAPATRIMONIAL: LIMITES E OUTROS ASPECTOS. Danos extrapatrimoniais. o artigo 223-B da clt, inserido pela lei 13.467, não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros (danos em ricochete), bem como a de danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, aplicando-se, quanto a estes, as disposições previstas na Lei 7.437/1985 e no título III do código de defesa do consumidor.

preceitos e chegando a resultados parecidos, do dispositivo ora estudado e das outras alterações também trazidas pela reforma trabalhista.

Outra novidade oriunda da reforma trabalhista foi que, no mesmo título (Título II-A “do Dano Extrapatrimonial”), o legislador optou por definir índices para o cálculo do dano moral, balizando o alcance da restituição devida em caso de dano.

Com isso, os danos provenientes de relação de trabalho passaram a ser definidos em valores incompatíveis com o praticado em situações alheias a relação laboral, embora os reflexos sejam muito parecidos. É nesse sentido o defendido por Cassio Colombo Filho (2017) em seu artigo, quando ensina:

Ainda que se permitisse a tarifação dos danos morais, o que se admite apenas por amor ao argumento, o tabelamento proposto não subsistiria, pois como aqui demonstrado, além de ofender a dignidade da pessoa humana, ela propicia discriminação odiosa, na medida em que a vida de trabalhadores melhor remunerados vale mais que a dos humildes. A dor pela lesão de um gerente ou encarregado pode ser compensada com valor maior que a de um “auxiliar de serviços gerais”? Além disso, pode acarretar indenizações em valores pífios, que obviamente descaracterizarão a finalidade *concretizadora* de qualquer indenização. Aqui também nítida a inconstitucionalidade por violência aos art. 1º III e 5º, da Constituição da República.

Cumprido lembrar que as normas do direito comum determinam que a responsabilização será correspondente ao dano causado, e não ao valor da relação entre o responsável pelo dano e sua vítima.

Ainda, a Medida Provisória nº 808/17 tentou remediar os efeitos da reforma nesse aspecto, restringindo a aplicação desses dispositivos e impedindo tal aplicação nos casos de morte. Entretanto, a Medida Provisória perdeu sua eficácia (uma vez que não foi aprovada pelo Congresso Nacional), logo, mantém-se o previsto na lei 13.467/17.

Percebemos, portanto, que os limites trazidos pelo legislador acerca do dano extrapatrimonial causaram mais complicações do que resolveram problemas: trata-se de uma tentativa de individualizar ramos do direito, os quais devem sempre ser interpretados de maneira sistemática, e de reduzir o campo de atuação do Poder Judiciário, sem que haja a ampla regulamentação dos casos concretos (o que torna as inovações insuficientes para que sejam fonte única do direito trabalhista). Além disso, a incorreta escolha pela impossibilidade de ampliação dos afetados pelos danos causados gera certo desconforto, uma vez que impede titulares de direitos (mesmo que reflexo) de postular por seu ressarcimento. Por fim, a escolha por balizar o *quantum* indenizatório leva-nos a incoerência sistêmica, em que direito comum e direito trabalhista possuem índices muito diferentes para situações muito parecidas.

3. INCOMPATIBILIDADE DAS NOVAS NORMAS COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

Nenhuma norma do ordenamento jurídico vigente pode ser interpretada de maneira isolada e todas devem ser compreendidas a partir da norma hierarquicamente superior. Por isso, em primazia, é importante atentar-se ao disposto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal:

V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nesse trecho constitucional, percebemos que é direito fundamental da vítima a indenização por danos decorrentes de violação de direitos materiais e imateriais. Além disso, em momento algum a carta magna traz limites ao dever de indenizar, nem tenta definir quais afetados são titulares desse direito e quais não são.

O limite imposto pelo novo ordenamento (seja no *quantum*, seja na pessoalidade do direito) ao direito de indenização caracteriza ofensa direta ao texto constitucional, além de desrespeitar um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: “IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, e também os princípios da igualdade, isonomia e segurança jurídica, uma vez que a definição pela inexistência do dano indireto “vai na contramão das tendências da responsabilidade civil contemporânea que, em vez de restringir, tem ampliado a titularidade dos danos na hipótese ora em destaque, não podendo a norma legal restringir o que a Constituição não limita” (FACCHINI NETO, 2017, p. 219-254).

Além disso, a vinculação do valor de um direito ao salário recebido, e não à extensão do dano, pode levar a interpretação de que o direito daquele que ganha mais, vale mais, e os direitos fundamentais não podem ser assim interpretados.

Consideramos, portanto, que as normas devem ser revistas, de maneira a se adequarem ao sistema jurídico vigente, de forma a possibilitar uma aplicação legalista e coerente por parte do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Faz-se necessário o conhecimento de certos conceitos antes do início de um estudo não tão raso do tema. Para isso, depreende-se do presente artigo que danos extrapatrimoniais são os efeitos de uma ação ou omissão daquele que deveria agir com cautela, de modo a evitar causar danos a outros. Nesse sentido, a responsabilidade civil por dano extrapatrimonial vem no sentido de transferir da vítima para o agente os efeitos negativos causados por ação desse, desincumbindo a vítima de arcar com prejuízos para os quais não concorreu.

Dentro dos danos extrapatrimoniais estão os danos morais (relativos ao momento, a um sofrimento passageiro sofrido pela vítima), os danos existenciais (danos que deixam sequelas na existência do indivíduo, prejudicando suas relações sociais e suas projeções futuras) e os danos estéticos (ligados a aparência do indivíduo, que, quando afetada, interfere no modo como esse se vê perante a sociedade), sendo que esses últimos foram ignorados pela reforma trabalhista.

Sempre houve o dano extrapatrimonial decorrente das relações de trabalho. Antes eram julgados pela justiça comum. Então, passaram a ser julgados pela justiça trabalhista com a utilização de dispositivos do direito comum. Por fim, objetivou a Lei 13.467/17 regulamentar tais situações de modo a tornar o julgamento na justiça laboral independente da justiça e do direito comuns.

Entretanto, essa regulamentação (feita as pressas) não se atentou a diversas características dos casos em tela, como a necessidade de ressarcir a vítima por todo o dano sofrido e a possibilidade de ocorrência de dano indireto. A lógica decorrente desses fatores seria a aplicação subsidiária das normas do direito comum. Em decorrência da restrição definida no artigo 223-A da CLT, essa aplicação subsidiária não é possível, deixando o direito laboral desprovido de normas capazes de atender, satisfatoriamente, as necessidades sociais que levam o indivíduo a acionar o Poder Judiciário.

Com isso, a presente pesquisa teve como resultado a observação de que os direitos do trabalhador estão sendo cerceados, acarretando em grave desvalorização dos direitos pessoais do indivíduo que configura no polo mais fraco da relação de trabalho. Essa desvalorização vai de encontro a um dos fundamentos dessa república e cerceia direitos fundamentais (previstos no artigo 5º da Constituição Federal). Logo, tais normas devem ser consideradas inconstitucionais, não devendo ser aplicadas no plano prático.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Marcos. **O não começo do dano moral em ricochete**. Disponível em: <http://www.trabalhismoemdebate.com.br/2017/09/o-nao-comeco-do-dano-moral-em-ricochete/>. Acesso em 05 set. 2018.

COELHO, Luciano Augusto de Toledo. LOPES, Marcus Aurélio. Breves comentários ao novo regime do dano extrapatrimonial na justiça do trabalho. **IX Amatra**, 13 nov. 2017. Disponível em: <http://www.amatra9.org.br/breves-comentarios-ao-novo-regime-do-dano-extrapatrimonial-na-justica-do-trabalho-luciano-coelho-e-marcus-aurelio-lobes/>. Acesso em 05 set. 2018.

COLOMBO FILHO, Cassio. O “dilema do bonde” e a reforma trabalhista. **Revista do TRT 9ª Região**. Volume 6, Número 61, julho/agosto de 2017. Disponível em: <https://agindodireito.com.br/wpcontent/uploads/2017/12/RevistaTRT-9-Reforma-Trabalhista.pdf>. Acesso em 05 set. 2018.

FACCHINI NETO, Eugênio. GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Tutela aquiliana do empregado: considerações sobre o novo sistema de reparação civil por danos extrapatrimoniais na área trabalhista. **Revista dos Tribunais**, vol. 984, out. 2017, p. 219-254. DTR\2017\6423

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A liquidação da reparação do dano moral trabalhista. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 104, out./dez. de 2001, p. 164-179. DTR\2001\446

ROSENVALD, Nelson. **O novo dano moral trabalhista: um ensaio sobre a cegueira (do legislador)**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/12/05/O-novo-dano-moral-trabalhista-%E2%80%93-Um-ensaio-sobre-a-cegueira-do-legislador>. Acesso em 05 set. 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dano extrapatrimonial na Lei 13.467/17, da reforma trabalhista**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 12 set. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SIMÃO, José Fernando. Reforma Trabalhista. **Dano extrapatrimonial: dano moral, estético e existencial? Parte III**. Disponível em: <http://www.cartafortense.com.br/conteudo/colunas/reforma-trabalhista-dano-extrapatrimonial-dano-moral-estetico-e-existencial-parte-iii/18004>. Acesso em 12 set. 2018.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: Volume Único**. 8. Método, 12/2017.

Recebido em: 21 dez. 2018.

Aceito em: 28 jun. 2019.

ENTRE RISCOS E DESINFORMAÇÃO: A UTILIZAÇÃO DA NANOTECNOLOGIA NA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS

Rafael Gonçalves Fernandes

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília.
rafaelfernandes.dto@gmail.com

Liziane Paixão Silva Oliveira

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília.
lizianepaixao@gmail.com

RESUMO: A nanotecnologia utiliza as propriedades da matéria em nanoescala, cuja unidade de medida denomina-se de nanômetro (nm), que corresponde a uma bilionésima parte de um metro. Nessa escala, os níveis de toxicidade podem ser diferenciados e, quiçá, prejudiciais ao meio ambiente e a saúde dos consumidores. O presente artigo científico tem como objetivo abordar a temática na perspectiva jurídica, especificamente no viés consumerista e regulatório, visando esclarecer se a ausência de normas específicas para a nanotecnologia, no Brasil, dificulta a concretização do direito do consumidor à informação, no que tange a presença de nanomateriais nos produtos alimentícios colocados no mercado de consumo. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo e a pesquisa bibliográfica. Para tanto, fez-se uma breve contextualização dos aspectos técnicos pertinentes à nanotecnologia e da sua aplicação na indústria de alimentos, seguida da análise das políticas públicas brasileiras sobre (nano)regulação e do direito/dever à informação na seara consumerista.

PALAVRAS-CHAVE: Nanotecnologia. Nanoalimentos. Nanomateriais artificiais. Regulação de novas tecnologias. Direito do consumidor.

Amid risks and misinformation: The use of nanotechnology in the food industry

ABSTRACT: Nanotechnology uses the properties of matter at the nanoscale, whose unit of measure is called nanometer (nm), equivalent to one billionth of a meter. On this scale, levels of toxicity may be different and, perhaps, detrimental to the environment and the health of consumers. The objective of this scientific article is to approach the issue from a legal perspective, specifically on the consumerist and regulatory bias, in order to clarify if the lack of specific norms for nanotechnology in Brazil makes it difficult to realize the consumer's right to information, regarding the presence of nanomaterials in food products placed on the consumer market. The method used was hypothetico-deductive and bibliographic research. For that, a brief contextualization of the technical aspects pertinent to nanotechnology and the application in the food industry was made, followed by the analysis of Brazilian public policies on (nano)regulation and the right/duty to information in the consumerist area.

KEYWORDS: Nanotechnology. Nanofoods. Engineered nanomaterials. Regulation of new Technologies. Consumer right.

INTRODUÇÃO

A nanotecnologia inaugurou uma fase revolucionária na produção de bens e serviços colocados à disposição do consumidor. É denominada de tecnologia emergente, pois tem inúmeras

aplicações no mercado de consumo. Dentre as principais utilidades, destacam-se a sua incorporação nos produtos alimentícios, nos produtos farmacêuticos, nos produtos cosméticos e na indústria química em geral.¹

Se, por um lado, a nanotecnologia atrai investimentos vultuosos e a atenção dos fornecedores e dos consumidores, impulsionando o setor econômico, por outro lado, gera dúvidas e preocupações quanto aos riscos envolvidos, tanto para a saúde do consumidor quanto para o meio ambiente. Em contrapartida, diversos produtos são comercializados em nível mundial, sem que o destinatário final seja informado, ao menos, sobre a existência de nanomateriais na composição desses produtos.

Nesse passo, a problemática deste artigo consiste em identificar se a ausência de uma regulação específica para os nanoalimentos², no Brasil, dificulta a viabilização do direito à informação ao público consumidor. A abordagem do tema perpassa por uma breve contextualização da nanotecnologia, através da exposição de questões técnicas e históricas fundamentais, bem como da exemplificação da sua aplicação na indústria de alimentos. Em seguida, são apontados os riscos no consumo desses alimentos, de acordo com a literatura especializada. As políticas públicas brasileiras e os Projetos de Lei sobre a temática também fazem parte deste artigo científico, com o objetivo de compreender o estado da arte da nanotecnologia no cenário nacional. Além disso, os liames do direito/dever à informação completam a investigação no que tange às novas tecnologias alimentares.

A importância jurídica da temática está na franca ascensão da nanotecnologia e da sua aplicação na indústria alimentícia, sem a observância de qualquer marco regulatório específico, que estabeleça critérios de segurança na confecção, manipulação, transporte e descarte de nanomateriais. Somando-se a isso, a necessidade de facilitar o direito de escolha do destinatário final, através da identificação dos nanoalimentos que já circulam no mercado de consumo.

1. A EVOLUÇÃO DA NANOTECNOLOGIA E SUA APLICAÇÃO NA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS.

O termo nanotecnologia advém da fusão do prefixo grego “*nanos*”, que significa anão, com as expressões “*techné*” e “*logos*”, compreendidas como ofício e conhecimento, respectivamente. A definição desse termo refere-se à compreensão e utilização das propriedades da matéria em nanoescala, cuja unidade de medida denomina-se de nanômetro (nm). Nessa dimensão, a matéria é invisível a olho nu ou através de microscópios convencionais (ópticos). Precisamente, a nanoescala equivale às medidas que vão de 1 nm até 100 nm, sendo que cada nanômetro equivale a uma bilionésima parte de um metro. Tais medidas correspondem, por exemplo, ao tamanho de moléculas, vírus e átomos. (UNESCO, 2006, p. 5).

Os nanomateriais são o objeto de estudo da nanotecnologia e podem ser classificados em naturais, acidentais ou artificiais. Os nanomateriais naturais são aqueles que sempre existiram na natureza. Já os nanomateriais acidentais perfazem aqueles que decorreram de algum processo de interferência humana, mas não foram produzidos intencionalmente, por exemplo as nanopartículas emitidas pelo processo de combustão de veículos automotores. Por fim, os nanomateriais artificiais são resultado da manipulação humana intencional e com o objetivo de introduzi-los

¹ Sobre a evolução da nanotecnologia ler Drexler (2006, p. 25-34) e Andersen (2011).

² Cabe mencionar que a literatura especializada em nanotecnologia costuma utilizar a nomenclatura “nanoalimentos” e “*nanofoods*” para se referir aos produtos alimentícios que contêm algum nanomaterial artificial em sua composição ou que mantêm contato com embalagens e superfícies que foram produzidas com tais elementos.

em algum processo científico/produtivo. Registra-se também que qualquer nanomaterial possui em sua composição nanopartículas. (HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014, p. 422). A classificação exposta é adotada pela Comissão Europeia na recomendação 2011/696/UE, publicada em 18 de outubro de 2011. A recomendação traz, ainda, a definição de nanomaterial, como aquele que contém 50% ou mais de nanopartículas com um tamanho entre 1 nm e 100 nm, estabelecendo exceções que diminuem tal percentual, caso exista potenciais riscos ao ambiente, segurança, saúde ou a competitividade. (RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO, 2011, p. 38-39).

O presente artigo científico refere-se apenas aos nanomateriais artificiais, tendo em vista que são empregados intencionalmente nos processos produtivos pelos fabricantes. Dentre os setores que mais se destacam na utilização de nanomateriais estão: a engenharia de alimentos, a indústria de fármacos, a medicina, a biotecnologia e a eletrônica. A quantidade de produtos comercializados com essas substâncias já é notável, sendo que a sua aplicação concreta já pode ser identificada em alimentos, embalagens de alimentos, medicamentos, cosméticos, purificadores de água, embalagens, tintas, entre outros (CAPDEVILLE, 2009, p. 6-7).

Registra-se, também, que as definições expostas acima são as mais recorrentes e usuais no meio científico, mas não são unânimes, pois há divergência sobre os conceitos ligados à nanotecnologia.³ A justificativa para essa indeterminação advém, principalmente, da constante modificação e do rápido aprimoramento dessa tecnologia, combinada com a existência de diversos agentes no cenário global que estudam a temática. (ABDI, 2013, p.7).

Especificamente sobre o desenvolvimento histórico da nanotecnologia, atribui-se ao físico Richard Feynman os primeiros estudos sobre a viabilidade de manipulação da matéria em escala de átomos e moléculas individuais. Vencedor do Prêmio Nobel de Física de 1965, o pesquisador não chegou a utilizar o termo nanotecnologia, mas concedeu palestra em 1959 à Sociedade Americana de Física no Instituto de Tecnologia da Califórnia, cujo título *“There’s plenty of room at the bottom”*⁴, indicava que o estudo da matéria em escala nanométrica revolucionaria o Mundo. (ABDI, 2013, p. 7).

O termo “nanotecnologia”, contudo, foi utilizado pela primeira vez em 1974, por Norio Taniguchi, pesquisador da Universidade de Tóquio no Japão, para definir a capacidade de análise, construção e manipulação de materiais em escalas nanométricas na indústria eletrônica. O objetivo do pesquisador era construir dispositivos menores e mais velozes, utilizando componentes eletrônicos em chips de silício. Em seguida, Eric Drexler publicou, em 1986, o livro intitulado *“Engines of creation: the coming era of nanotechnology”*, atribuindo uma conotação mais ampla à nanotecnologia. (BERGER FILHO, 2016, p. 140).

A exploração do potencial da nanotecnologia é tema transdisciplinar que envolve diversas ciências, tais como: a matemática, a física e a química. Também possui confluência com a biologia moderna, tecnologia da informação e com as ciências cognitivas, denominadas conjuntamente pela sigla NBIC.⁵ (SIMS BAINBRIGDE; ROCO, 2005, p. 2). Por outro lado, a relevância do estudo jurídico da nanotecnologia está na ampla utilização dessa tecnologia nos produtos inseridos no mercado de consumo, combinada com a baixa produção de estudos científicos sobre nanotoxicidade.

A preocupação com o descontrole na utilização dessas substâncias em escala diferenciada, fez surgir uma base de dados denominada de *“Nanotechnology Products Database”* ou NPd. A plataforma visa rastrear e catalogar os produtos com nanomateriais, utilizando como

³ Sobre as diferentes definições ver Sellers (2009, p. 11-32) e Moses (2011, p. 42-48).

⁴ Tradução livre: “Há muito espaço lá embaixo”.

⁵ A sigla corresponde às nomenclaturas das ciências em língua inglesa: *“Nanotechnology, Information technology and Cognitive Science.”*

fonte de dados as informações fornecidas voluntariamente pelos fabricantes. Estima-se que existam atualmente 8.462 produtos, produzidos por 2.056 companhias, em 56 países. (NPD, 2018).

Essa perspectiva, por sua vez, revela o crescimento exponencial e global dos investimentos em nanotecnologia, principalmente nos setores alimentar, eletrônico, farmacêutico e de saúde. De acordo com a *Lux Research*, no ano de 2012, o investimento mundial em nanotecnologia somou a quantia aproximada de 693 bilhões de dólares. Em 2015, o valor saltou para 2,95 trilhões de dólares, quantia representativa de 15% da produção global de bens manufaturados. (ABDI, 2010, p. 76). Estima-se que até 2025, os produtos nanotecnológicos alcançarão o mercado de massa em nível mundial (ROCO; MIRKIN; HERSAM, 2010, p. 43).

Há um forte interesse comercial na utilização da nanotecnologia nos bens de consumo, principalmente em setores que atingem o mercado de massa, tal como o setor de produção de alimentos. Especialistas indicam que a nanotecnologia tem potencial de realçar cores e sabores, melhorar a textura, otimizar suplementos vitamínicos e aumentar o prazo de validade de produtos alimentícios embalados ou *in natura* (HABER, STÄHLE, p. 2-4).

Os nanomateriais podem ser utilizados na própria composição do alimento e nas embalagens e pigmentos que o envolvem (ALDROVANDI; ENGELMANN, 2012, p. 690). Na indústria brasileira, é possível identificar algumas sociedades empresárias que desenvolvem nanotecnologia voltada aos alimentos. Uma dessas empresas comercializa biscoitos direcionados ao público infantil que contêm a nanotecnologia denominada “cooling”. Tal tecnologia permite que o aroma mentolado do biscoito seja encapsulado através da utilização de nanopartículas que quando mastigadas proporcionam uma experiência diferenciada de frescor (EXAME, 2011). Existe também outra empresa brasileira que criou um pigmento esterilizante de nanop prata que triplica o prazo de validade dos alimentos. O produto já é exportado para o México e para os Estados Unidos da América (RYDLEWSKI, 2013).

A literatura especializada cita, ainda, outros benefícios da nanotecnologia aplicada aos alimentos, dentre eles estão: o desenvolvimento de alimentos funcionais que potencializam a absorção de aditivos vitamínicos; a eliminação de patógenos (vírus e bactérias) de origem alimentar; e, a proteção contra os raios UV e oscilações de temperaturas que acarretam mudanças de sabor, valor nutricional e validade do produto (SINGH *et al.*, 2017). Alguns produtos que entram em contato ou armazenam alimentos também já contêm nanopartículas. É o caso de utensílios de cozinha, panelas, vasilhas e refrigeradores que possuem em sua composição nanopartículas à base de prata, cálcio, magnésio, zeólito e carbono que agem como esterilizantes. (NANOTECH PROJECT, 2018). Outros produtos direcionados ao setor alimentar também já são comercializados, mas não são rastreados ou divulgados, tendo em vista que as bases de dados de produtos com nanotecnologia são de adesão voluntária e há proteção legal das patentes e do segredo industrial (ANDERSEN, 2011, p. 682).

As inovações propostas pelas nanotecnologias e pelos nanoalimentos são extraordinárias, seja pela facilitação de diversos processos científicos e tecnológicos, seja pelo desenvolvimento socioeconômico que podem proporcionar. Existe um grande entusiasmo depositado nas inovações nanotecnológicas, principalmente pelos interesses mercantis envolvidos. Contudo, são diversas as preocupações com os riscos que essa tecnologia pode representar. Como será demonstrado abaixo, os nanomateriais artificiais tem características diferenciadas dos materiais em escala comum, e podem causar danos significativos à saúde humana.

2. OS RISCOS NO CONSUMO DE “NANOFOODS”

Primeiramente, é importante ressaltar que as expressões “perigo”, “incerteza” e “risco” não são sinônimas. Teresa Ancona Lopez (2010, p.24), afirma que o “perigo” consiste naquilo que ameaça ou traz insegurança para algo ou alguém, ou seja, há concretude e conhecimento científico sobre a potencialidade danosa de um evento. A expressão “incerteza”, por outro lado, advém da literatura econômica e identifica os eventos que não possuem probabilidades conhecidas ou calculadas, devido à ausência de elementos objetivos aptos a avaliar o resultado de uma ação. (BERGER FILHO, 2016, p. 178). Já o “risco” consiste em um “perigo eventual”, pois há certa previsibilidade na ocorrência do dano. (LOPEZ, 2010, p. 25).

Nesse passo, o risco possui uma vertente quantitativa que decorre da possibilidade de medir a ocorrência de um dano, mesmo que a probabilidade seja “abstrata e eventual”. A incerteza também está presente no conteúdo do risco, pois sempre haverá certa dose de dúvida na concretização do dano. Berger (2016, p. 179) afirma que “a opção de separar risco e incerteza parte de uma preocupação pragmática ligada à necessidade de diferenciação do contexto para formular uma ação pretendida, seja ela a avaliação de risco ou a formação de fóruns híbridos.”

A visão “nativa” de risco, necessita da observância de autores da sociologia. (MOTTA, 2014, p. 20). Nesse ponto, Ulrich Beck (2011, p. 39), sociólogo alemão e autor de uma das obras mais conhecidas sobre o tema, afirma que o risco possui um elemento que remete ao “futuro”. Tal elemento “baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis (...)” sendo que eles possuem relação “(...) com a antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que nesse sentido, já são reais hoje.” (BECK, 2011, p. 39).

Ulrich Beck (2011, p. 40-41), afirma que vivemos em uma sociedade de risco marcada pela fase da “modernidade reflexiva”, sendo que há um confronto entre o sucesso do progresso científico e industrial, com os efeitos negativos já perpetrados na sociedade, bem como dos riscos que se apresentam na atualidade apenas como uma “ameaça”. Citando a comercialização de alimentos transgênicos e o aumento na utilização de agrotóxicos e de hormônios nas aves e bovinos, o autor afirma que a alimentação na “sociedade de risco” se transformou “(...) numa espécie de *química alimentar implícita* (...)”. Para ele, a informação sobre os riscos no consumo de alimentos com alto teor de chumbo ou de metais pesados em alguns alimentos, alcança apenas parte da população que ainda está preparada para “driblar” tais riscos. (BECK, 2011, p. 42)

Para Raffaele de Giorgi, sociólogo italiano, o risco é uma construção concebida em sociedade e se constitui como a possibilidade de um evento ou invento ocasionar um dano. Para ele, o aperfeiçoamento ou a criação de novos mecanismos de segurança e de avaliação de riscos, gera novos riscos, pois o “aumento do risco significa, paradoxalmente, incremento das possibilidades de evitar o risco à medida que se disponha correr outros riscos.” (DI GIORGI, 2007, p. 47,53).⁶

O campo científico que estuda os efeitos maléficos da nanotecnologia no meio ambiente e na saúde dos seres humanos, denomina-se de nanotoxicologia. No entanto, os estudos toxicológicos nessa área são escassos e relegados ao segundo plano. (BERGER FILHO, 2016, p. 167). Estudos já concluídos e realizados em ratos, peixes, células humanas e micro-organismos, apontam para a nocividade de alguns nanomateriais em organismos vivos.

⁶ A contextualização dessa passagem está nos avanços da medicina, que proporciona a cura ou tratamento de doenças, mas geram outros tipos de riscos. Por exemplo, os efeitos colaterais dos medicamentos. Nesse sentido, quanto mais se aumenta a proteção em relação a alguns riscos, mais nos submetemos a outros (DI GIORGI, 2007, p. 53). Aqui se encaixa a questão do tratamento de água realizado através de nanopartículas artificiais de prata que promete ser mais eficaz na eliminação de patógenos e impurezas. Haverá uma água mais limpa, entretanto, sujeita aos riscos de bioacumulação de nanopartículas nos órgãos e tecido do corpo humano e a contaminação do meio ambiente.

Nesse sentido, as pesquisas realizadas indicam que a escala nanométrica de algumas nanopartículas artificiais agravam o risco de bioacumulação de substâncias nos órgãos e nos tecidos do corpo humano, podendo levar ao desenvolvimento de doenças. (SAVOLAINEN et al, 2010; VAN TASSEL, 2013, p. 453). Quando ingeridas, as partículas podem extravasar o trato digestivo e se alojar em outros órgãos, tais como coração, rim, baço, pulmão e cérebro. (TAGER; SALES, 2014, p. 17). Alterações nas funções do intestino também foram notadas, principalmente com a ingestão de nanopoliestireno, comumente encontrado em embalagens de alimentos. (BRADLEY et al, 2011, p. 603).

A literatura jurídica especializada afirma ainda que a absorção das nanopartículas artificiais pelo trato digestivo é diferente a depender das propriedades dessas substâncias, tal como o tamanho e a estrutura de superfície. Tais efeitos advêm da alta reatividade e mobilidade das nanopartículas que dificultam ou impossibilitam a remoção natural pelo corpo humano. Essas partículas se tornam mais “adesivas” que as partículas maiores. (TAGER; SALES, 2014, p. 18).

Existem indícios da possibilidade de desenvolvimentos de “nanopatologias”, em decorrência da acumulação dessas substâncias no corpo humano por longos períodos, causando granulomas, lesões em tecidos e células e coágulos sanguíneos. (TAGER; SALES, 2014, p. 18). Dentre as nanopartículas artificiais que são citadas como causadoras de danos à saúde do consumidor estão a sílica, a prata, o dióxido de titânio, óxido de zinco e o carbono. Segundo o compilado de estudos científicos realizado em 2008, pela organização sem fins lucrativos “Amigos da Terra Austrália”, a nano-nanosílica e a nano-prata podem causar toxicidade hepática e a partir da sua absorção pelo trato gastrointestinal, causar bioacumulação e, também, a contaminação da placenta. O nano-dióxido de titânio pode danificar o DNA, prejudicar a função celular e o sistema imunológico. (CENTER FOR FOOD SAFETY, 2018, s.p.) O nano-óxido de zinco pode causar lesões no fígado, no pâncreas, no coração e no estômago. Já os nanotubos de carbono quando inalados podem causar mesotelioma, gerando efeitos parecidos com a exposição ao asbesto. (HULL; BOWMAN, 2014)

Contudo, a comunidade científica carece de pesquisas sobre toxicidade para a maioria das nanopartículas artificiais. (VAN TASSEL, 2013, p. 449). Especialistas afirmam que existem poucos testes adequados ao tamanho nanométrico dessas substâncias. Alguns deles alegam que a metodologia utilizada para os testes em escala macro não é suficiente para a avaliação da área de superfície e das propriedades químicas, físicas e biológicas dessas substâncias. Stern e McNeil (2008, p. 4) afirmam que os testes realizados são problemáticos porque envolveriam níveis de exposição às substâncias testadas que são muito elevadas e que não replicam a real exposição aos nanoproductos.

Por fim, os investimentos em nanotoxicologia são muito aquém dos investimentos dedicados ao desenvolvimento de novos produtos. Em 2019, a NNI, agência norte-americana, publicou o relatório de previsão orçamentária indicando que serão utilizados U\$ 1.552 bilhões de dólares em desenvolvimento nanotecnológico nos EUA. Apenas 83 milhões de dólares serão dedicados aos estudos de segurança, saúde e meio ambiente. (US COMMITTEE ON TECHNOLOGY, 2018, p. 6.) No cenário nacional não existem dados atualizados do investimento total em nanotecnologia ou nanotoxicologia. Estima-se que desde a criação do SisNano (Sistema Nacional de Laboratórios em Nanotecnologias) em 2012, tenha sido investimento cerca de R\$ 149 milhões de reais em desenvolvimento de produtos. Contudo, não há uma base de dados específica sobre os investimentos em pesquisa e em toxicologia nesse setor. (MCTIC, 2018, s.p.).

3. AS PROPOSTAS REGULATÓRIAS PARA AS NANOTECNOLOGIAS NO BRASIL: HÁ UMA PREOCUPAÇÃO COM A SEGURANÇA ALIMENTAR?

O panorama regulatório mundial revela que alguns países avançaram em áreas específicas da nanotecnologia, mas grande parte deles ainda não adota normas cogentes, apenas emite recomendações e guias de boas práticas. Nesse passo, o Brasil ainda não possui regulação dedicada à nanotecnologia e aos nanoalimentos, mas já debateu o tema no Congresso Nacional, através de quatro Projetos de Lei. Atualmente existem algumas iniciativas em execução no Poder Executivo, voltadas para a pesquisa científica e para os estudos de regulação.

Uma das justificativas para a omissão de regulação específica brasileira sobre essas novas tecnologias permeia a ideia de que o progresso tecnológico não pode ser freado com novas exigências e limitações legais. Além disso, há indicativos de que os interesses comerciais e industriais, consubstanciados na proteção de patentes ou direitos autorais dos nanomateriais, estão impedindo os avanços regulatórios. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas para a Ciência, Educação e Cultura (UNESCO), revelou a sua preocupação com a inexistência de regulação nesse grande setor e sustenta que existem interesses políticos e culturais que alimentam essa omissão. (2016, p. 20).

Cabe ressaltar que existem estudos científicos e articulações políticas que geram recomendações, cartilhas e informativos não obrigatórios sobre procedimentos de segurança. Trata-se, portanto, de normas denominadas de “não tradicionais”, que revelam um conjunto de normas não formalmente cogentes formadas no interior de uma ou mais sociedades empresárias que “(...) preparam o caminho para o diálogo e o avanço na aceitação futura da obrigatoriedade dos compromissos e responsabilidades legais.” (BERGER FILHO, 2016, p. 125).

Brevemente, o termo regulação é considerado gênero, representando a forma de produção do Direito. Há duas espécies de regulação, a regulação tradicional, considerada a norma acabada e juridicamente forte, e a regulação não tradicional, mencionada acima. Comumente, importam-se dois termos do Direito Internacional Público para identificar esses fenômenos regulatórios em outros campos. Utiliza-se o termo “*hard law*” para identificar as normas tradicionais, bem como o termo “*soft law*” para referir-se à regulação não tradicional. Conforme a literatura jurídica de Direito Internacional Público, a oposição dos termos:

[...] indicaria um contraste entre duas realidades coexistentes e que se auto-implicam: tanto se encontra presente o fator tempo (a *hard law* seria um produto acabado, ao final de uma evolução geracional ao longo do tempo, portanto, a norma terminada na sua inteireza, e *soft*, seria um vir a ser, um ato em potência, um ato de vontade dos Estados, que aspira a tornar-se uma norma), quanto o fator finalidade (na *hard law*, os Estados estabelecem obrigações jurídicas fortes, para serem efetivamente cumpridas, e na *soft law* existem normas jurídicas, mas seu cumprimento é meramente recomendado aos Estados, que podem, inclusive, não cumpri-las, sem que haja sanções aplicáveis aos inadimplentes) (SOARES, 2004, p.127).

No cenário brasileiro, o Poder Executivo adota algumas iniciativas que visam o desenvolvimento científico e a compreensão dos nanomateriais, visando uma futura regulação. Para a execução e controle dessas atividades, foram criados o Comitê Consultivo de Nanotecnologia (CCNano) e o Comitê Interministerial de Nanotecnologia (CIN), tendo sido instituído, neste último Comitê, um Grupo de Trabalho sobre a Regulação (GT-Reg). Além disso, adotou-se o Sistema Nacional de Laboratórios em Nanotecnologias (SisNANO), que identificou e estabeleceu centros nacionais de pesquisa em nanotecnologia e nanotoxicologia. (MCTI, 2014).

O CcNano, criado pela Portaria n. 441, de 24 de abril de 2014, do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), foi dissolvido pela nova Portaria n. 324, de 17 de janeiro de 2018, também editada pelo respectivo Ministério, cuja nomenclatura passou a

ser “Comitê Consultivo de Nanotecnologia e Novos Materiais (CCNANOMAT)”. Foram constituídos os novos membros e acrescida uma nova matéria ao comitê acerca do estudo de novos materiais. (MCTIC, 2018). O principal objetivo do CCNANOMAT é assessorar o MCTIC na alocação de recursos, na avaliação de programas, nas ações e projetos sobre nanotecnologia.

Já o Comitê Interministerial de Nanotecnologia (CIN), criado pela Portaria n. 510, de 10 de julho de 2012, pelo MCTIC, conta com a participação de diversos Ministérios e possui como principal função a assessoria, aprimoramento de políticas, diretrizes e ações relacionadas ao desenvolvimento das nanotecnologias no Brasil. Cabe ao CIN propor mecanismos de integração e coordenação, o planejamento e a implementação das nanotecnologias, bem como a recomendação de planos e programa e, ainda, a indicação de alocação de recursos financeiros para as áreas de pesquisa, desenvolvimento e inovação em nanotecnologias.

Através desses Comitês, o Brasil celebrou acordos internacionais com a Argentina, Japão e União Europeia, visando a cooperação e compartilhamento de estudos sobre as nanotecnologias e as experiências com regulações específicas. (MCTI, 2014).

O SisNANO, por sua vez, foi instituído pela Portaria n. 245, de 05 de abril de 2012, regulamentado pela Instrução Normativa n. 2, de 15 de junho de 2012, ambas do MCTIC. O sistema é formado por laboratórios credenciados e direcionados à pesquisa, desenvolvimento e inovação em nanotecnologia, sendo que há duas categorias de laboratórios: os laboratórios estratégicos vinculados ao Governo Federal, por exemplo, nas universidades públicas; e, os laboratórios associados, que podem ser da iniciativa privada. Há incentivos às pesquisas mediante a disponibilização de recursos públicos aos laboratórios credenciados. Atualmente, segundo o MCTIC, existem 26 laboratórios brasileiros vinculados ao SisNANO dedicados ao estudo das nanotecnologias (MCTIC, 2018).

Os grupos de trabalho e comitês criados pelo Poder Executivo, pautam suas atividades científicas na regulação internacional, especificamente nas atuais 107 normas técnicas da ISO sobre nanotecnologia (ISO, 2018), bem como no direito americano e no direito comunitário europeu. Nesse sentido, há uma tendência de colaboração e cooperação internacional nessa seara. Cita-se como exemplo o importante projeto mundial, já finalizado, voltado ao estudo das questões regulatórias da nanotecnologia, denominado de “NANoREG”. O Projeto reuniu esforços de 16 países da Europa, bem como de outros países como Brasil, Japão, Austrália, Coreia do Sul e Canadá. (MCTI, 2014).

Da mesma forma, instituições como a Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de Nível Superior (Capes) e o Conselho Científico e Tecnológico (CNPQ), possuem programas de fomento para áreas de concentração e linhas de pesquisa relacionadas à nanotecnologia, inclusive sobre a sua regulação (CALAÇA, 2005, p. 46).

Cabe ressaltar, ainda, que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde e competente para regulamentar, controlar e fiscalizar os alimentos e os aditivos alimentares, também realiza estudos voltados à nanotecnologia, mas atualmente abrange apenas os setores de cosméticos e medicamentos. (OLIVEIRA; MARINHO; FUMAGALLI, 2015, p. 40). Além disso, a Agência não realiza a distinção entre materiais de escala normal e de escala nanométrica no momento do registro dos produtos sujeitos à vigilância sanitária. Diante dessa lacuna, a ANVISA reconheceu em sua agenda regulatória 2015-2016, que a nanotecnologia encontra-se em “(...) uma lacuna regulatória em que há presença de assimetria de informações, bem como de insuficiência de referências metodológicas para análise dos eventuais riscos.” (2014, p. 34).

A ANVISA Instituiu em 10 de junho de 2013, o Comitê Interno de Nanotecnologia (CIN), através da Portaria n. 993, que possui a finalidade de elaborar diagnósticos institucionais da vigilância sanitária sobre a nanotecnologia e sobre os produtos que utilizam essa tecnologia, bem como o estudo das regulações internacionais e comunitárias sobre a temática. (ANVISA, 2013).

Como resultado dos trabalhos em nanotecnologia, a ANVISA publicou em 25 de março de 2014, o primeiro “Diagnóstico Institucional de Nanotecnologia da ANVISA”, indicando os temas sujeitos a atuação regulatória. Demonstrou-se, também, a importância da disponibilização de informações fidedignas ao consumidor, bem como do estudo sobre segurança dos nanomateriais. O documento traz informativo sobre os produtos que estão registrados na ANVISA e que fazem menção ao uso de nanotecnologias: estimou-se que em 2014, existissem 599 produtos cosméticos, 10 medicamentos, 7 produtos para saúde, 1 produto alimentício. (CIN/ANVISA, 2014). Ocorre que essa menção sobre o uso de nanotecnologias nos produtos é facultativa para o requerente do registro, ou seja, não demonstra com fidelidade o real cenário dos produtos com nanomateriais.

Recentemente, a ANVISA lançou a segunda edição do programa denominado “Programa de Estudos Experienciais”, que tem como objetivo aproximar os servidores que estudam a regulação com os pesquisadores que executam pesquisas científicas de diversas áreas, para que ao final se elabore regulações adequadas para cada campo. Dentre as áreas de interesse, a ANVISA elencou a nanotecnologia em materiais de uso em saúde como área prioritária, tendo em vista que consta na “Agenda Regulatória 2017-2020” como campo da ciência que merece atenção regulatória urgente (ANVISA, 2018). Ressalte-se que nessa edição do Programa não há menção à estudos sobre os nanoalimentos.

Além da ANVISA, havia até o ano de 2018, o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) que funcionava como Órgão de assessoramento imediato da Presidência da República, com competência de formular, monitorar e avaliar as políticas públicas de segurança alimentar e nutricional no país. O objetivo principal era a realização do direito humano à alimentação adequada. Apesar do viés voltado a supressão de deficiências na alimentação de parte da população que não possui acesso ao alimento, pode-se afirmar que tal Conselho também poderia formular políticas voltadas ao controle da utilização de nanomateriais nos alimentos e nas embalagens produzidas no Brasil, conforme as competências descritas no art. 4º, incisos IV e V, da Lei n. 11.346/2006. Atualmente, cabe ao Ministério da Cidadania a criação e implementação da política nacional de segurança alimentar e nutricional, conforme o disposto nos art. 23, inciso II, e art. 85, inciso III, da Medida Provisória n. 870, de 01 de janeiro de 2019.

Os esforços realizados para o estudo e a regulação da nanotecnologia no Poder Executivo, foram compartilhados com o Poder Legislativo brasileiro que, através dos seus parlamentares, propuseram quatro Projetos de Lei, visando, ora a criação de uma política nacional de nanotecnologias, ora a rotulagem de produtos com nanomateriais.

O primeiro Projeto de Lei possuía como escopo a regulamentação de todas as áreas da nanotecnologia e foi proposto em 2005, pelo Deputado Edson Duarte (Projeto de Lei n. 5.076/2005). Visava a adoção de uma Política Nacional de Nanotecnologia, a criação de uma Comissão Técnica Nacional de Nanosseguurança e de um fundo de desenvolvimento da nanotecnologia, mas foi arquivado em 2008, sob o fundamento de inflação regulatória no domínio do desenvolvimento tecnológico, bem como pelo monitoramento excessivo e restrições às pesquisas com nanomateriais. O Relator do Projeto argumentou que não haveria necessidade de um marco regulatório específico para as nanotecnologias, pois as leis vigentes no país já respondem aos problemas do desenvolvimento desta tecnologia, citando leis específicas, tais como: Leis n. 9.279/1996; 9.782/1999 e 11.105/2005.

O segundo Projeto de Lei, proposto pelo Senador Tião Vianna (Projeto de Lei n. 131/2010), visou a alteração do Decreto-Lei n. 986/1969, que trata de normas básicas sobre alimentos, bem como a alteração da Lei n. 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária, especificamente sobre drogas, insumos farmacêuticos, cosméticos e outras substâncias. O objetivo desse Projeto, que foi arquivado em 2013, era de determinar que os rótulos, embalagens, bulas, etiquetas e materiais publicitários de produtos com nanotecnologia, informassem e esclarecesse ao consumidor a presença de nanomateriais na composição do produto, através de símbolos, por exemplo. O principal argumento para o arquivamento consistiu na inexistência de estudos científicos que indiquem a nocividade da nanotecnologia no produto final.

O terceiro Projeto de Lei, cujo proponente foi o Deputado Sarney Filho (Projeto de Lei n. 5.133/2013, também abordava a regulamentação da rotulagem de produtos da nanotecnologia (nanomateriais) e de produtos que fazem uso da nanotecnologia (produto final que contém nanomateriais). O Projeto foi arquivado em 31 de janeiro de 2019, nos termos do art. 105, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. O principal objetivo do Projeto, segundo a justificativa elaborada pelo Proponente, era adequar a realidade da nanotecnologia ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), especificamente do art. 6 do diploma, no que tange ao direito à informação dos consumidores. O Projeto trazia em sua justificativa um item sobre os estudos de toxicidade dos nanoalimentos e das embalagens que utilizam a nanotecnologia para conservar o alimento, ressaltando a importância de regular o setor e informar o consumidor sobre os possíveis danos à saúde e ao meio ambiente (Projeto de Lei n. 5.133/2013, p. 3-4).

O quarto e último Projeto, registrado sob o n. 6.741/2013, proposto também pelo Deputado Sarney Filho, dispunha sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção e o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país. O Projeto foi pensando ao Projeto de Lei n. 5.133/2013, e também foi arquivado em 31 de janeiro de 2019. O texto de justificativa do Projeto, era voltado para a criação de um cadastro nacional que abrangesse todo o processo produtivo nanotecnológico, bem como a comercialização e o descarte dos produtos, fomentando, ainda, os estudos toxicológicos.

Nesse sentido, as tentativas de regulação de tecnologias emergentes, tal como a nanotecnologia, é tema polêmico e demasiadamente debatido no cenário nacional e internacional. Algumas tecnologias naturalmente envolvem um clamor social mais intenso e, até mesmo, a rejeição por um número considerável de pessoas, como ocorreu com os Organismos Geneticamente modificados (OGMs), gerando mobilização social. (APOTCKER, 2011, p. 82). A nanotecnologia alimentar, no entanto, ainda não sensibilizou ou mobilizou fortemente a sociedade civil. Tal situação pode estar ligada a uma percepção geral pró-ciência e tecnologia, somada à desinformação sobre o alcance e riscos dessa nova tecnologia em áreas afetas à saúde humana e ao meio ambiente. (MCTI, 2014, p.22).

É certo que a cooperação internacional e a criação de regulação “*soft law*”, mostra-se como caminho adequado à rápida globalização e expansão do comércio internacional dos nanoalimentos. Sendo necessário que o Brasil adote um marco regulatório para os nanoalimentos. Contudo, a garantia de funcionamento desse sistema de normas não tradicionais, perpassa por uma regulação estatal mínima, que indique os caminhos que os agentes estatais (pelas agências reguladoras, por exemplo) ou agentes privados devem seguir. Esse entendimento resulta da ideia de que o Estado não deve delegar ao setor privado toda a regulação sobre nanotecnologia, muito menos, assumir o controle total dessa área. (BERGER FILHO, 2016, p. 331).

Essa nova postura plural na regulação, que envolve normas elaboradas em cooperação por agentes que estão “dentro” e “fora” da “esfera regulatória do governo”, denomina-se de “governança”. (ROCHA; LUZ apud. BERGER FILHO, 2016, p. 132). Nesse cenário, os agentes

públicos e privados estabelecem, em conjunto, objetivos comuns para o desenvolvimento de parâmetros regulatórios adequados às novas tecnologias. Nesse sentido, Rocha e Luz afirmam:

[...] vai mais além do que o conceito de ‘governo’ porque engloba mecanismos de controle que se encontram fora da jurisdição e da esfera regulatória do governo; ela vai mais além da democracia porque implica noções de eficiência que servem à democracia e ao desenvolvimento concomitantemente. O Estado perde parte da vigência internacional, cedendo espaço às organizações não governamentais e à iniciativa privada, o que leva à substituição do conceito de governo pelo de governança. (ROCHA; LUZ apud. BERGER FILHO, 2016, p. 132).

Assim, é evidente que a nanotecnologia deve ser albergada pelo Direito e que este pautar a criação de um marco regulatório nanotecnológico alinhado à preocupação do desenvolvimento tecnológico e científico sustentável, sem descuidar da importância de ações voltadas à preservação da segurança alimentar dos nanoalimentos.

Cabe mencionar que os riscos decorrentes de qualquer tecnologia emergente sempre existirão (BECK, 2011, p. 67), mas poderão ser amenizados com a observância, pelos agentes públicos e privados, responsáveis pela regulação e pela produção de nanoalimentos, de uma conduta ética pautada nos princípios da precaução, da dignidade da pessoa humana e da confiança, abrangendo nesse último princípio, o direito à informação ao consumidor. (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 185).

4. O DIREITO À INFORMAÇÃO DOS CONSUMIDORES DE NANOALIMENTOS

Pesquisas empíricas sobre a percepção dos consumidores acerca dos nanoalimentos colocados no mercado de consumo, indicam uma possível rejeição dessa nova tecnologia alimentar. Estudos realizados na Alemanha apontam que grande parte dos consumidores (80% dos respondentes da pesquisa) não comprariam tais produtos. Por outro lado, o mesmo público, em sua maioria, compraria outros produtos com nanotecnologia, tais como roupas, aparelhos eletrônicos e acessórios (FEDERAL INSTITUTE FOR RISK ASSESSMENT, 2008, p. 18). Na Suíça (SIEGRIST *et al.*, 2009) e Singapura (CHUAH *et al.*, 2018), as pesquisas também revelam que há uma tendência de rejeição dos nanoalimentos, o principal motivo seria a ausência de informações ao público consumidor sobre aspectos essenciais e conceituais da nanotecnologia e sobre os riscos envolvidos.

Outro fator significativo que impacta o consumo de alimentos com novas tecnologias, consiste em sua “naturalidade perceptível” (SIEGRIST *et al.*, 2009). Até mesmo o público que compreende as aplicações da nanotecnologia nos alimentos, tende a limitar o consumo desses produtos, pois há uma preferência pelos itens considerados “naturais” (FEDERAL INSTITUTE FOR RISK ASSESSMENT, 2010, p. 90-91).

Ocorre que mesmo diante de uma possível rejeição, os nanoalimentos já circulam silenciosamente no mercado de consumo, sem que o consumidor saiba quais ingredientes em nanocscala podem representar algum risco à sua saúde e ao meio ambiente. Assim, é necessário compreender se no cenário brasileiro há possibilidade de informar o consumidor sobre a presença de nanomateriais nos alimentos, mesmo diante da ausência de uma regulação específica, bem como se existe uma violação do direito/dever à informação nesse caso concreto.

O direito à informação tem dimensão polissêmica, possuindo campos distintos de aplicação, tais como: direito da comunicação (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, artigo 5º, incisos IV, XVI e XXXIII); direito ao acesso de informações públicas (Lei

n. 12.527/2011); e, direito à informação do consumidor (CDC). Contudo, para discorrer sobre a problemática exposta, o direito à informação será delimitado na vertente consumerista.

A aplicação do direito à informação no direito do consumidor perfaz um direito fundamental, pois é uma das facetas da proteção do consumidor, descrita no art. 5º, inciso XXXII, da CRFB/88. Constitui-se como um dos direitos mais importantes e básicos do consumidor. A previsão específica está contida no art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), prelecionando que é direito do consumidor: “III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (...), bem como sobre os riscos que apresentem”.

A literatura jurídica consumerista considera o direito à informação e o dever à informação, reflexos do princípio da transparência, ligando-os, também, ao princípio da vulnerabilidade do consumidor. Trata-se de instrumento de reequilíbrio e busca da igualdade na relação de consumo, tendo em vista que o consumidor não possui conhecimento técnico acerca do produto que adquire, principalmente daqueles produtos que possuem um nível científico e/ou tecnológico elevados. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 103).

Menciona-se, ainda, que o direito do consumidor à informação não se exaure em si mesmo, ou seja, não visa apenas fornecer as informações necessárias ao consumidor, mas pretende preservar outro direito básico, que é o da escolha livre e consciente. (CAVALIERI, 2014, p. 104). O direito de escolha ou o “consentimento informado”, é exercido quando o consumidor possui todas as informações adequadas para satisfazer às expectativas pessoais, tais como: segurança, saúde, estilo de vida, religião, entre outras.

Nesse passo, a informação apenas restará assegurada ao consumidor se o fornecedor exercer adequadamente o seu dever de informar. É um ônus que deriva do princípio da boa-fé objetiva, estabelecida no CDC. Apesar disso, não se trata apenas de um dever anexo, mas de um dever principal na relação de consumo, em razão da elevação do direito à informação ao nível de direito fundamental. (LÔBO, 2000, p. 327).

Cabe mencionar que o art. 31 do CDC, preleciona que o fornecedor tem o dever de fornecer informações claras, precisas e ostensivas, bem como de todos os elementos obrigatórios, somados à exigência de informar sobre os riscos que os produtos podem causar à saúde ou a segurança dos consumidores. (NUNES, 2017, p. 203). Nesse sentido, o CDC trouxe três artigos sobre a proteção da saúde e segurança do consumidor, fixando critérios que deverão ser observados pelo fornecedor, visando preservar a vida, segurança e direito de escolha do consumidor.

Primeiramente, o artigo 8º dispõe que “os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores”. Contudo, tal disposição contém uma exceção quanto aos produtos que por sua natureza e fruição geram riscos considerados normais e previsíveis, desde que o fornecedor informe adequadamente o consumidor. Em outra senda, o artigo 9º permite que produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos sejam colocados no mercado de consumo, contanto que a periculosidade seja inerente ao produto ou serviço e que haja informação adequada e ostensiva ao consumidor. Sendo o fornecedor detentor de informações privilegiadas sobre os potenciais riscos de determinado produto ou serviço, deve compartilhar tais dados com o consumidor. Por último, o artigo 10, proíbe a colocação no mercado de consumo de produtos ou serviços com alto grau de periculosidade ou nocividade.⁷

⁷ Cumpre ressaltar que a CFRB/88, trouxe em seu art. 220, parágrafo 4º, uma disposição limitadora no comércio e publicidade de alguns produtos maléficis à saúde humana. Nesse rol constam o tabaco, as bebidas alcoólicas, os agrotóxicos, os medicamentos e as terapias, cabendo a lei infraconstitucional estabelecer regras limitadoras específicas. Trouxe, ainda, uma disposição importante acerca do direito à informação do consumidor, qual seja: a obrigatoriedade da presença de advertências sobre os riscos no rótulo do produto. (LOPES, 2008, p. 88). O CDC não elencou

Os produtos naturalmente geram riscos ao consumidor. Não existem produtos ou serviços totalmente seguros. O Direito do Consumidor não tem o objetivo de eliminar todos os riscos e perigos do mercado, pois tal anseio seria impossível de ser concretizado. (BENJAMIN, 2017, p. 182). Para distinguir tais riscos e perigos, a literatura jurídica utiliza uma categorização que consiste em três tipos de periculosidade. Nesse rol estão a periculosidade inerente, a periculosidade adquirida e a periculosidade exagerada.

A periculosidade inerente refere-se ao risco que é intrínseco à coisa, decorre da própria natureza, modo de funcionamento ou qualidade do bem. Para Benjamin (2017, p. 185), “(...) para que a periculosidade seja reputada inerente, dois requisitos devem estar presentes: a normalidade e a previsibilidade. Têm eles a ver com a expectativa legítima dos consumidores.” São exemplos de produtos com periculosidade inerente: a faca afiada, agrotóxicos e medicamentos com contraindicação. Embora o produto seja capaz de causar acidentes, a periculosidade já é previsível pelo consumidor. Cabe ao fornecedor informar ao consumidor sobre tais riscos, podendo por eles ser responsabilizado caso não cumpra o dever de informar de forma adequada e ostensiva (art. 9º, CDC), hipótese que se configurará o defeito de comercialização devido à informação deficiente. (CAVALIERI, 2014, p. 317).

A periculosidade adquirida surge com o defeito do produto ou do serviço, mas que originalmente não acarretariam riscos superiores aqueles esperados pelos consumidores. Benjamin (2017, p. 186) explica que “a característica principal da periculosidade adquirida é exatamente a sua imprevisibilidade para o consumidor. É impossível (ou quando possível, inútil) qualquer modalidade de advertência. Já que não tem condão de eliminá-la.”

A periculosidade exagerada abarca os produtos ou serviços que possuem um alto potencial danoso para o consumidor. Nessa categoria a presença de informações ostensivas e adequadas não impede o dano. Por esse motivo, tais bens não podem, em hipótese alguma, ser inseridos no mercado de consumo. “São considerados defeituosos por ficção. É o caso de um brinquedo que apresente grandes possibilidades de sufocação da criança. A informação, nestes casos, é de pouca valia em decorrência dos riscos excessivos do produto ou serviço.” (BENJAMIN, 2017, p. 187).

O CDC não proibiu a circulação de produtos que possuam periculosidade inerente, pois muitos bens inseridos no mercado de consumo possuem um certo grau de riscos esperados pelos consumidores. (MARQUES, 2011, p. 815). Contudo, o Diploma veda a colocação de bens ou serviços no mercado que possuam periculosidade adquirida e periculosidade exagerada. A justificativa está na grande desproporção entre os benefícios auferidos pelo consumidor e os perigos e riscos decorrentes da sua utilização.

Nesse sentido, as nanotecnologias adequam-se ao disposto no artigo 9º do CDC, tendo em vista que os produtos produzidos com nanomateriais podem ser encaixados na categoria da periculosidade inerente. Essa afirmação pode ser obtida através dos estudos científicos que concluíram que alguns nanomateriais, submetidos aos estudos toxicológicos, podem causar danos à saúde humana e ao meio-ambiente. (ENGELMANN, 2015, p. 363). É nesse sentido que a baixa produção de pesquisas sobre nanotoxicologia não pode eximir o fornecedor de agir com cautela na inserção desses elementos nos produtos ou serviços dispostos ao consumidor, muito menos desobrigar a constante busca por informações sobre os riscos advindos da nanotecnologia.

O fornecedor que deixa de informar o consumidor sobre os riscos da nanotecnologia está, em tese, sujeito a responsabilização pela falta de informação sobre o produto potencialmente

um rol específico de produtos, mas ampliou a aplicação do dispositivo constitucional utilizando a classificação de “nocividade” e “perigosidade” para identificar os potenciais riscos.

nocivo e perigoso. Como afirmado acima, o fornecedor não responderá pela periculosidade do produto, mas sim pelo defeito de comercialização na ausência de informações adequadas. Dessa forma, é imprescindível que o fornecedor que manipula nanomateriais artificiais para aplicação no alimento ou em sua embalagem adote testes de segurança alimentar, visando incluir no mercado de consumo apenas aqueles produtos que não ofereçam riscos à saúde do consumidor e ao meio ambiente (SINGH *et al.*, 2017).

Já existem tentativas de rotulagem de nanoalimentos, com o objetivo de informar os consumidores sobre a presença de nanomateriais artificiais em tais produtos. Por exemplo, a União Europeia adotou um Regulamento sobre a obrigatoriedade de indicar no rótulo do produto alimentício quais foram os nanomateriais artificiais utilizados em sua composição. O Regulamento Delegado (UE) n. 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à prestação de informação aos consumidores sobre os gêneros alimentícios, disserta no art. 18º, n. 3, que “os ingredientes contidos sob a forma de nanomateriais artificiais devem ser claramente indicados na lista de ingredientes. A palavra «nano» entre parêntesis deve figurar a seguir aos nomes destes ingredientes.” (UNIÃO EUROPEIA, 2011, p. 31).

Contudo, a aplicação do Regulamento se revelou complexa, pois há uma indefinição sobre o conceito de nanomateriais artificiais seja na União Europeia, seja na comunidade científica mundial. Nesse passo, existe uma incerteza sobre quais ingredientes devem ser obrigatoriamente rotulados como “nanomateriais artificiais” (SALVI, 2015, p. 188).

Diante disso, o Regulamento mencionado acima foi parcialmente reformulado pelo Regulamento Delegado (EU) n. 1363/2013 da Comissão de 12 de dezembro de 2013 (UNIÃO EUROPEIA, 2013, p. 27-28). O novo diploma adota a definição de nanomaterial artificial já constante na Recomendação n. 2011/696/EU. A tentativa de alcançar um conceito coerente e atualizado, revela que a União Europeia importa definições técnicas de normas elaboradas por entidades privadas especializadas em normatização, seja pelo Comitê Europeu de Normalização (*European Committee for standardisation* – CEN), seja pela Organização Mundial de Normalização (*International Organization for Standardization* – ISO).

Apesar do Brasil não possuir regulação para os nanoalimentos, o grande exemplo nacional sobre a importância da informação ao consumidor acerca das incertezas de novas tecnologias empregadas na indústria alimentícia, foi a discussão regulatória dos OGMs. Os principais fundamentos para que se adotasse um marco regulatório específico basearam-se no princípio da precaução e da necessidade de se adotar regras específicas sobre segurança, fiscalização, manipulação, transporte e descarte dos organismos geneticamente modificados. A Lei de Biossegurança brasileira (Lei 11.105/2005), que regula os OGMs, trouxe um grande aparato administrativo para controlar os atos de pesquisa e comercialização.

Assim, para se iniciar qualquer estudo científico com transgenia, tornou-se obrigatório reivindicar a autorização da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CNTbio) ou, em alguns casos, do Conselho Nacional de Biossegurança (CNB). A Lei trouxe ainda, no seu art. 40, o dever do fornecedor de informar ao consumidor quais são os alimentos que foram produzidos com OGMs ou seus derivados, através de um símbolo específico impresso no rótulo do produto. A rotulagem dos OGMs já havia sido regulada com base no CDC e na antiga lei de biossegurança (Lei n. 8.974/1995), nos termos do Decreto n. 4.680/2003. (VARELLA; BARROS-PLATIAU, 2005, p.40).

A informação adequada ao consumidor sobre a presença e potenciais riscos dos nanomateriais também pode instruir e incentivar o descarte adequado dos produtos e resíduos que contêm essa tecnologia, tendo em vista que a Política Nacional de Resíduos Sólidos prevê ações mais

pró-ativas por parte dos agentes privados. O desenvolvimento dessa política depende da divulgação de informações ao consumidor, para que este possa compreender os riscos e colaborar com a melhoria da qualidade ambiental (EFING; KALIL, 2016, p. 34-36).

Nesse sentido, a informação é o nascedouro do conhecimento sobre a segurança do produto ou serviço, sendo que pode ser considerada a melhor ferramenta para combater as dúvidas sobre os riscos e perigosos das nanotecnologias. Perfazendo, também, um mecanismo de expressão dos princípios da precaução e prevenção. (LOPES, 2010, p. 191).

CONCLUSÃO

O Brasil atualmente não possui nenhuma regulação específica para as nanotecnologias, mas executa alguns programas institucionais que incentivam a pesquisa científica nessa área. Especificamente, o Poder Executivo tem um aparato administrativo voltado à distribuição de recursos financeiros e ao monitoramento de alguns laboratórios que desenvolvem nanomateriais artificiais. Contudo, não existem mecanismos específicos de controle comercial pelos órgãos responsáveis pela segurança alimentar e sanitária dos alimentos. No Poder Legislativo, identificou-se quatro projetos de lei já arquivados, que haviam sido propostos no Senado e na Câmara dos Deputados. Atualmente não existem novas iniciativas legislativas em trâmite.

A conduta omissiva dos agentes responsáveis pela regulação e pela fiscalização dificulta a concretização do direito à informação do consumidor, pois há pouco interesse dos fabricantes em inserir voluntariamente determinados elementos informativos nos produtos alimentícios. Dessa forma, o tratamento jurídico dado pela legislação brasileira às tecnologias emergentes, não consegue responder satisfatoriamente aos liames específicos do desenvolvimento e comercialização de nanoprodutos, apesar de nortear a aplicação de normas gerais sobre o direito à informação do consumidor.

Assim como no caso dos alimentos que incorporavam os OGMs em sua composição, há a necessidade de uma complementação normativa por meio de uma regulação mínima sobre as nanotecnologias, que estabeleça: (i) a obrigatoriedade da distribuição da informação sobre a presença de nanomateriais dentro da cadeia de produção dos alimentos; (ii) a obrigatoriedade de registro desses produtos em organismos de controle; (iii) o gerenciamento de riscos nanotecnológicos; e (iv) os meios adequados para efetivar o direito à informação ao consumidor, seja através de rotulagem, rastreamento, publicidade ou outro meio hábil;

Por fim, entende-se que qualquer regulação que preveja apenas a rotulagem de produtos alimentícios com nanomateriais, não surtirá o efeito desejado de informar de maneira ostensiva o consumidor, pois é necessária a formulação de políticas públicas prévias que apresente a nanotecnologia aos consumidores brasileiros, revelando qual é a sua aplicação no mercado de consumo e quais são os riscos e benefícios na sua utilização.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. **Estudo prospectivo nanotecnologia**. Brasília: ABDI, 2010.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. **Relatório de acompanhamento setorial** - nanotecnologia na área da saúde: Mercado, segurança e regulação. Brasília: ABDI, 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Diagnóstico Institucional de Nanotecnologia da ANVISA**. 2014. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/219201/219401/Diagn%25C3%25B3stico%2BInstitucional%2Bde%2BNanotecnologia%2B-%2BCIN%2B2014%2B-%2BDicol.pdf/36a88213-b849-473d-97c1-fdcc6a2f84c>. Acesso em: 14 jan. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Tendências**: Anvisa quer conhecer tecnologias inovadoras na Saúde. 2018. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/4456165. Acesso em: 14 jan. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Agenda regulatória 2015/2016**. 2014. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2719431/Manual%2Bde%2BOrienta%C3%A7%C3%B5es%2B-%2BJPC_rev_TRC.pdf/e69e79e4-bd63-40ab-b45e-f331c41a19ed. Acesso em: 04 jul. 2018.

ALDROVANDI, Andréa; ELGENMANN, Wilson. O direito à informação sobre a toxidade dos nanoalimentos. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 672-698, jul./dez. 2012.

ANDERSEN, Maj Munch. Silent innovation: corporate strategizing in early nanotechnology evolution. **Journal of Technology Transfer**, p. 680-696, vol. 36, n. 6, 2011.

APOTCKER, Arnaud. Ciência e democracia: o exemplo dos OGMs. In: ZANONI, Magda; FERMENT, Gilles. (orgs.) **Transgênicos para quem?** Agricultura, ciência e Sociedade. Brasília: MDA, 2011. p.82-92.

ARCOR lança biscoito com nanotecnologia. **Exame**, 2011. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/marketing/arcor-lanca-biscoito-com-nanotecnologia/>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço (capítulo VI). In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BERGER FILHO, Aírton Guilherme. **A governança dos riscos das nanotecnologias e o princípio da precaução**: um estudo a partir da teoria dialética da rede. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.

BRADLEY, E *et al.* Applications of nanomaterials in food packaging with a consideration of opportunities for developing countries. **Trends Food Science and Technology**. v. 22. n. 11. P. 603-610, 2011.

CALAÇA, Irene. Nanotecnologia: subsídios para o acompanhamento do tema. **Revista Brasileira de Inteligência**. n. 9. Brasília: ABIN, maio 2005.

CAPDEVILLE, Anaïs. **Nanomateriaux et protection du consommateur**. Dissertação. (Mestrado em direito do consumidor e concorrência). Université de Montpellier I, França, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHUAH, A. *et al.* Label it or ban it? Public perceptions of nano-food labels and propositions for banning nano-food applications. **Journal of Nanoparticle research**, v. 20. Ano 2, fev. 2018.

DREXLER, Kim Eric. Nanotechnology: From Feynman to Funding. In: HUNT, Geoffrey; MEHTA, Michael. **Nanotechnology**: risk, ethics and law. Londres: Earthscan, 2006, p. 25-34.

EFING, Antônio Carlos KALIL, Ana Paula Maciel Costa. Consumo Consciente: o anverso subjacente da Política Nacional de Resíduos Sólidos. **Revista Jurídica da FA7**, v. 13, n. 2, p. 25-37, jul./dez. 2016.

ENGELMANN, Wilson; MARTINS, Patrícia Santos. **As Normas ISO e as nanotecnologias: entre a autorregulação e o pluralismo jurídico**. São Leopoldo: Karywa, 2017.

ENGELMANN, Wilson. A utilização de nanopartículas de zinco na indústria do plástico: o consumidor estará seguro? **Revista de Direito do Consumidor**, v. 102, ano. 24, p. 355-385. São Paulo: RT, nov.-dez. 2015.

FEDERAL INSTITUTE FOR RISK ASSESSMENT. **Public Perceptions about nanotechnology**: Representative survey and basic morphological-psychological study. Berlin: BfR, 2008.

FEDERAL INSTITUTE FOR RISK ASSESSMENT. **BfR Delphi Study on nanotechnology**: Expert survey of the use of nanomaterials in food and consumer products. Berlin: BfR, 2010.

FEYNMAN, Richard P. **Há mais espaços lá embaixo**: um convite para penetrar em um novo campo da Física. Brasil: SBPC, 2002. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano19.htm>. Acesso em: 21 jun. 2018.

HABER, Bernd; STÄHLE, Sieglinde. Nanotechnology in foods – fact or fiction? **EFL - European Food and Feed Law Review**, v. 6 n. 3, p. 400-4006, Berlin: Lexxion, 2008.

HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson. **Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil**: a gestão dos riscos a partir do Diálogo entre Fontes do Direito. Curitiba: Juruá, 2014.

HULL, Matthew S.; BOWMAN, Diana M. **Nanotechnology Environmental Health and Safety**: Risks, Regulation, and Management. 2.ed., EUA: Elsevier, 2014.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **ISO TS 800004-1:2015**: Nanotechnologies — Vocabulary — Part 1: Core terms. Suíça, 2015. Disponível em: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:ts:80004:-1:en>. Acesso em: 21 jun. 2018.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **Standars catalogue**: nanotechnologies. Suíça, 2018. Disponível em: <https://www.iso.org/committee/381983/x/catalogue/>. Acesso em: 21 jun. 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Nexo causal e produtos potencialmente nocivos** – A experiência brasileira do tabaco. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARCHANT, Gary E. et al. Big issues for small stuff: nanotechnology regulation and risk management. **Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology**, v. 52, n. 3, p. 243-277, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed. 2016.

MCTI. **Diálogos setoriais entre Brasil e União Europeia**: Regulação da nanotecnologia no Brasil e na União Europeia. Brasília: MCTI, 2014.

MCTIC. Para ministro, investimento em nanotecnologia pode acelerar desenvolvimento econômico. **MCTIC**. Brasília, 22 maio 2019. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/open-cms/salaImprensa/noticias/arquivos/2018/10/Para_ministro_investimento_em_nanotecnologia_pode_acelerar_desenvolvimento_economico_do_pais.html. Acesso em: 10 jun. 2019.

MOSES, Lyria Bennett. Regulating beyond nanotechnology.in: **IEEE Technology and Society Magazine**, vol. 30, n. 3, p. 42-48, 2011.

MOTTA, Renata. Risco e modernidade: uma nova teoria social? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 29, n. 86, out. 2014.

NANOPARTICLES. **U.S. National Library of Medicine**. Disponível em <https://clinicaltrials.gov/ct2/results?recrs=&cond=&term=nanoparticles&cntry=&state=&city=&dist=>. Acesso em: 02 jun. 2018.

NANOTECHNOLOGY PRODUCTS. **Nanotechnology Products Database (NPD)**. Disponível em: <https://product.statnano.com/>. Acesso em: 01 jun. 2018.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; MARINHO, Maria E. P. ; FUMAGALI, E. Nanomedicamentos e os desafios da Anvisa diante da inexistência de um marco regulatório no Brasil. **Arel Faar** - Revista Amazon's Research and Environmental Law, v. 3, p. 36-51, 2015.

PASCHOALINO, Matheus P.; MARCONE, Glauciene P. S.; JARDIM, Wilson. F. Os Nanomateriais e a Questão Ambiental. **Revista Química Nova**, v. 33, n. 2, p. 421-430, 2010.

ROCO, Mihail C.; MIRKIN, Chad A.; HERSAM, Martk C. **Nanotechnology Research Directions for Societal Needs in 2020: Retrospective and Outlook**. [S. l.]: Springer, 2010, p. 43. Disponível em Acesso em: 15 nov. 2018

RYDLEWSKI, Carlos. Empresa paulista cria tecnologia que triplica o prazo de validade dos alimentos. **Época Negócios**, 2013. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Informacao/Visao/noticia/2013/04/empresa-paulista-cria-tecnologia-que-triplica-o-prazo-de-validade-de-alimentos.html>. Acesso em: 04 jan. 2019.

SALVI, Laura. The EU's 'Soft Reaction' to Nanotechnology Regulation in the Food Sector. **European food and feed law review**, v. 10 n. 3. p. 186-193, 2015.

SAVOLAINEN, K. *et al.* Nanotechnologies, engineered nanomaterials and occupational health and safety – A review. **Safety Science**, v. 48. n. 8. [S. l.]: Elsevier, Out. 2010.

SELLERS, Kathleen. Nanoscale materials: Definition and properties. in: SELLERS, Kathleen; MACKAY, Christopher; BERGESON, Lynn L. (et al.) **Nanotechnology and the environment**. Boca Raton: CRC Press, 2009, p. 11-32.

SIEGRIST, M *et al.* Acceptance of nanotechnology foods: a conjoint study examining consumers willingness to buy. **British Food Journal**, v. 111. N. 7, p. 660-668, 2009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos. Os potenciais riscos das nanotecnologias: informação e responsabilidade à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: **Revista de Direito do Consumidor**, v. 97, ano 24, p. 173-197. São Paulo: RT, jan.-fev. 2015.

SIMS BAINBRIDGE, William; C. ROCO, Mihail. **Managing Nano-Bio-Info-Cogno Innovations: Converging Technologies in Society**. Dordrecht: Springer, 2006.

SINGH, T. *et al.* Application of Nanotechnology in Food Science: Perception and Overview. **Frontiers in Microbiology**, v. 8. n. 1501, [S. l.: s. n.], 2017. DOI: 10.3389/fmicb.2017.01501.

SOARES, Guido F. da Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SOARES, Tânia Sofia Couto. **Efeitos de nanopartículas de prata em neutrófilos humanos**. (2014). Dissertação (Mestrado em Farmácia). Faculdade de Farmácia. Universidade do Porto. Porto, Portugal, 2014.

STERN, Stephan T.; MCNEIL, Scott E. Nanotechnology Safety Concerns Revisited. **Toxicological Sciences**, v. 101, n. 1, p. 4–21, jan. 2008.

TAGER, Jeremy; SALES, Louise. **Way too little**: our government's failure to regulate nanomaterials in food and agriculture. [s.l], Friends of the earth Australia, 2014.

The Project on Emerging Nanotechnologies. **Nanotechproject**, 2018. Disponível em: <http://www.nanotechproject.org/cpi/browse/categories/food-and-beverage/>. Acesso em: 04 jan. 2019.

UNESCO. **Ética y política de la nanotecnología**. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000145951_eng. Acesso em: 20 jul. 2018.

UNESCO. **Nanotechnology is a growing research priority**. 2016. Disponível em: http://www.unesco.org/new/en/media-services/single-view/news/nanotechnology_is_a_growing_research_priority/. Acesso em: 10 jun. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento Delegado n. 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à prestação de informação aos consumidores sobre os gêneros alimentícios**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R1169&from=ET>. Acesso em: 02 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Recomendação da Comissão de 18 de outubro de 2011 sobre a definição de nanomaterial**, (2011/696/UE). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:275:0038:0040:PT:PDF>. Acesso em: 03 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento Delegado n. 1363/2013 da Comissão que altera o Regulamento (UE) n.o 1169/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à prestação de informação aos consumidores sobre os gêneros alimentícios, no que se refere à definição de nanomaterial artificial**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:343:0026:0028:PT:PDF>. Acesso em: 02 jan. 2019.

US COMMITTEE ON TECHNOLOGY. **Supplement to the President's 2019 Budget request submitted to Congress on February 12, 2018**. Product of the Subcommittee on Nanoscale Science, Engineering, and technology. EUA: National science and technology Council, 2018.

VAN TASSEL, Katherine. Regulating in Uncertainty: Animating the Public Health Product Safety Net to Capture Consumer Products Regulated by the FDA that Use Innovative Technologies, Including Nanotechnologies, Genetic Modification, Cloning, and Lab Grown Meat. **University of Chicago Legal Forum**, [s.v./s.n.], p. 433-488, 2013.

VARELLA, Marcelo Dias Varella; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. **Organismos Geneticamente Modificados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Recebido em: 14 jan. 2019.

Aceito em: 28 jun. 2019.

CONSTRUÇÃO DA CULTURA ENERGÉTICA DO GÁS DE XISTO NA CHINA: PERSPECTIVAS DE UMA SUSTENTABILIDADE INSUSTENTÁVEL

Pedro Henrique Moreira da Silva

Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, Minas Gerais.

pedroadvdireito@gmail.com

Romeu Thomé

Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, Minas Gerais.

romeuprof@hotmail.com

RESUMO: A pesquisa pretende apresentar o gás de xisto como um recurso energético atrelado aos sentidos de eficiência e independência energética, mas de potenciais impactos ambientais. Por suas particularidades no cenário geopolítico, discorre-se acerca dos investimentos da China para criação de uma cultura energética baseada em gás não convencional – também como forma de mitigar o entrave internacional relacionado às mazelas climáticas. Não obstante, a partir do método hipotético-dedutivo, realizou-se a problematização do desenvolvimento sustentável chinês pautado no gás de xisto, vez que os danos socioambientais advindos com a atividade colocam em risco a efetivação de direitos de ordem humana. O presente trabalho se propõe, portanto, a questionar: a opção pela exploração e utilização de gás de xisto na China pode ser interpretada como um caminho insustentável para a sustentabilidade?

PALAVRAS-CHAVE: Gás de xisto. Sustentabilidade. Direitos Humanos. Energia.

Construction of shale gas energy culture in China: Perspectives of unsustainable sustainability

ABSTRACT: The research intends to present the shale gas as an energy resource tied to the meanings of energy efficiency and independence, but of potential environmental impacts. Because of its particularities in the geopolitical context, there is talk of China's investments to create an energy culture based on unconventional gas - also as a way to mitigate the international obstacle related to climatic hazards. Nevertheless, from the hypothetical-deductive method, the Chinese sustainable development based on shale gas was problematized, since the social and environmental damages resulting from the activity put at risk the realization of human rights. The present paper proposes, therefore, to question: the option for the exploration and use of shale gas in China can be interpreted as an unsustainable path to sustainability?

KEY WORDS: Shale gas. Sustainability. Human Rights. Energy.

INTRODUÇÃO

O gás de xisto é um recurso fóssil que se apresenta, desde o século XX, como alternativa às fontes energéticas convencionais, tais quais petróleo e carvão. Trata-se de gás natural formado a partir da degradação de matéria orgânica em rochas pouco porosas – o que resulta em uma extração dependente de técnicas de perfuração horizontal e *fracking*.

Popularizado nos Estados Unidos da América, onde se constata a ocorrência de uma revolução do xisto, a exploração de gás não convencional tem sido incorporada por outros países, como medida para aumentar a eficiência e independência energética e auxiliar nas articulações globais de redução de emissão de gases de efeito estufa na atmosfera.

Nesse sentido, a China – aproveitando as graças geológicas, a ascensão como império pacífico e o enfraquecimento da Rússia no contexto geopolítico – tem envidado esforços e desenvolvido tecnologias para criar uma cultura de energia baseada no gás de xisto, tanto pelo alcance de independência energética, quanto pela perspectiva de construção de um desenvolvimento sustentável pareado com as tendências internacionais de reversão das mazelas climáticas.

Não obstante, a atividade apresenta suas mazelas, como os significativos impactos negativos sobre o meio ambiente. Já se constatou em regiões dos Estados Unidos da América – como no Estado da Pensilvânia – que a extração de gás de xisto não raramente resulta na poluição hídrica superficial e subterrânea, maior ocorrência de abalos sísmicos e utilização de grandes volumes de água potável para a técnica de *fracking*.

Assim, questiona-se no presente trabalho se a consolidação da exploração do gás de xisto na China contribui para um desenvolvimento de fato sustentável ou acaba por consolidar uma sustentabilidade insustentável. Portanto, a presente pesquisa tem como objetivo discutir a sustentabilidade da extração e utilização do gás de xisto na China sob uma perspectiva de que independência e eficiência energética soam incompatíveis com a garantia de direitos de ordem humana.

Para a satisfação do problema que se apresenta, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com a formulação de hipóteses a respeito da gênese do entendimento humano acerca do ambiente e as consequências práticas – na seara energética – de uma lógica cartesiana que ignora uma construção fenomenológica entre homem e meio. Assim, justifica-se a pesquisa pela viabilização da reflexão acerca das insustentabilidades de paradigmas absolutos e estáticos.

1. PANORAMAS GERAIS ACERCA DO “SHALE GAS”

Os primeiros relatos acerca do uso do gás natural datam de 6.000 a.C., na Pérsia, onde era utilizado em rituais sagrados. A perspectiva de uso do recurso tão somente na seara religiosa seria transmutada na China, em 347 a.C., onde empregar-se-ia o gás para iluminação. Bico (2014) relata que eram utilizados bambus para transportar o gás até as cidades - o que nos permite concluir que a questão energética, desde muito cedo, está associada à temática da tecnologia.

Na Europa, a utilização do gás, sobretudo o de carvão, se daria somente no século XVII, e sua popularização a partir de 1790, com a invenção da lâmpada a gás. Todavia, somente a partir de 1970 os poços horizontais passariam a ser perfurados, representando uma revolução na indústria energética, com o que se chama “gás de xisto”, ou “*Shale gas*”. (BICO, 2014)

Atualmente, a utilização desse recurso se mostra como uma alternativa interessante em busca da conquista da independência energética, sobretudo se considerados os cenários da crise do petróleo e da ascensão de potências mundiais com demandas de consumo acima das médias dos países em desenvolvimento. É o caso da China que, em 2009, com o auge de sua expansão econômica, intensificou os estudos geológicos em território nacional, sobretudo na província de Sichuan, e iniciou a exploração industrial de gás de xisto. (MA, 2018)

Xisto (*Shale*) é uma palavra de origem inglesa que especifica uma rocha sedimentar argilosa ou áspera. Thomas (2011), ao estudar o termo no francês estipula que o sentido mais acertado para a palavra Xisto é “rocha que adquiriu a xistosidade sob a influência de tensões tectônicas.” Ademais, considerando que, tecnicamente, o gás não se encontra privativamente no Xisto, Thomas (2011) alerta que o termo correto a ser utilizado para referência ao recurso supra seria “Gás de Fogo” - o que parece inviável, tendo em vista que a expressão “gás de xisto” já se tornou bastante comum. Bico (2014) referenda tal posicionamento ao explanar que os calcários argilosos, por exemplo, também podem conter gás em seus poros, o que torna a nomenclatura usual um equívoco técnico.

Nesse contexto, para que melhor se compreenda a questão do gás de xisto, imperioso entender as diferenças entre as reservas de gás convencionais e não convencionais. O gás natural tradicional é constituído majoritariamente por Metano (CH₄), um hidrocarboneto simples e que se forma da degradação de matéria orgânica sedimentada em rochas-mãe, seja pela decomposição bacteriana ou química. (Thomas, 2011). O gás proveniente desse fenômeno, em razão da permeabilidade da rocha e por ser menos denso que a água, migra verticalmente e a) atinge a superfície ou b) é bloqueado por armadilhas geológicas (em geral, formações rochosas superficiais menos porosas), formando poços.

No caso do gás não convencional, a degradação da matéria orgânica ocorre em rochas-mãe pouco porosas - impermeáveis - de forma que o metano fica impedido de migrar verticalmente até a superfície. A matriz torna-se, portanto, rica em gás, o que impede que sua extração ocorra por técnicas de perfuração simples, conforme se verifica:

Geologicamente, os *shales* que contêm gás natural são rochas de grão fino e ricas em matéria orgânica. Os seus poros são muito pequenos, o que torna o fluxo de gás muito difícil no seu interior, podendo classificar-se como impermeáveis, a não ser que estejam naturalmente fraturados ou que se criem essas fraturas para que o fluxo seja facilitado, abrindo ligações entre os poros. (BICO, 2014)

A composição desse gás não é padrão, alternando a depender da região em que é constatado. Stamford e Azapagic (2014) relatam que podem ser denominados secos, molhados, azedos ou doces, a depender da proporção de seus componentes – se ricos em metano, ricos em demais hidrocarbonetos ou ricos em sulfeto de hidrogênio.

No que diz respeito à produtividade, o gás de xisto possui índices de rendimento diferenciados do gás natural convencional. Isso porque, se no segundo caso a movimentação do recurso ocorre livremente no solo, no primeiro a movimentação é dificultada em razão da impermeabilidade da rocha. Assim, a própria dinâmica de extração do gás não convencional resulta em maior variabilidade produtiva. Ora, quando promovidas as primeiras fraturas na rocha, grande quantidade de gás livre escapa pelos furos promovidos – tornando as taxas de produção no primeiro ano altas. Não obstante, a extração cai em até 90% na medida em que resta tão somente o gás retido no interior das rochas, que flui de forma lenta pelas fraturas. (BICO, 2014)

Se tornando obsoleto, o poço de gás (tal qual o de petróleo) sofre bombeamento de cimento, que funciona como um tampão. Em algumas regiões, como é o caso do Reino Unido, solda-se a saída do poço e promove-se a recuperação das terras próximas, com abandono da monitoração da integridade dos poços órfãos. (DAVIES et al, 2014)

Nesse ponto, importa estabelecer que o fraturamento da rocha é outro diferencial no que diz respeito à extração de shale gas. Boudet (2014) explica que se trata de uma técnica de perfuração horizontal das camadas rochosas, com posterior injeção de líquido pressurizado para promoção de fraturamento. Esse processo foi utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos da América na década de 1940 e popularizado na Europa duas décadas depois. Trata-se de uma

técnica indispensável à exploração do gás de xisto, na medida em que permite a liberação do gás das rochas e sua migração até os poços. (BICO, 2014)

Pereira (2016) indica que, primeiramente, procede-se com a perfuração vertical do poço até a profundidade em que se encontra a rocha-mãe, momento em que a perfuração se torna horizontal, para aumentar o contato com a superfície do solo. A partir daí é promovido o fraturamento hidráulico, que consiste na injeção de líquido sob alta pressão nas perfurações para que a rocha sofra fraturas.

Apesar de existir controvérsias a respeito da composição do líquido utilizado nesse processo, em razão de sigilo industrial, sabe-se que, no mínimo, onze compostos estão presentes para um correto fraturamento, além da água: a) agentes de gelificação, para aumento da viscosidade da mistura; b) redutores de atrito; c) crosslinkers, para aumento da elasticidade; d) inibidores de quebra; e) ajustadores de pH; f) biocidas, para controle bacteriano; g) inibidores de corrosão; h) inibidores de incrustação; i) controladores de ferro; j) estabilizadores de argila; k) surfactantes, para reduzir a tensão superficial da água. (PEREIRA, 2016)

Ademais, também é adicionada areia na mistura, de forma que, quando promovido fraturamento na rocha, os grãos se alocam nas fendas, mantendo-as abertas para escape do gás. É o que se confirma:

A água exerce, portanto, a pressão para iniciar as fraturas, ao mesmo tempo que transporta os grãos de areia para o interior dessas fissuras à medida que elas aumentam. Neste sentido, quando a pressão do fluido é aliviada, os grãos de areia mantêm as fissuras abertas. Estes grãos devem ser bem selecionados a fim de criar uma zona de alta permeabilidade na fratura. (BICO, 2014)

Esse processo é monitorado em tempo real, o que garante o controle das operações, seja pela medição das variações de pressão no interior das perfurações, seja por aparelhos ultrassom ou por outras tecnologias, como sondagem do solo e amostragem de águas subterrâneas (método questionável, tendo em vista que teria como fim tão somente a constatação de uma contaminação já ocorrida). (DAVIES *et al.*, 2014)

O processo de fraturamento pode durar, em geral, até cinco dias. O fato é que a instalação completa de uma base para exploração de gás de xisto demora em torno de dez semanas – período curto quando se considera a vida produtiva de um poço, que pode chegar a quarenta anos. (BICO, 2014) Esse, note-se, é um dos fatores que leva a China, um gigante em ascensão, a investir na exploração de Gás de Xisto como uma alternativa promissora para independência e fortalecimento energético – o que se pretende abordar na próxima seção.

2. PANORAMAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS DA CHINA DESENVOLVIMENTISTA

A China é um país de dimensões continentais, tanto no que diz respeito ao espaço físico, quanto à densidade demográfica e, apesar do crescimento econômico acima da curva global, considerável parcela de sua população encontra-se em situação de pobreza – o que reforça o paradoxo entre crescimento e desenvolvimento apontado por Eli da Veiga (2009). É justamente esse crescimento econômico ascendente que faz da China o principal emissor de gases de efeito estufa na atmosfera terrestre. Referido *status* se justifica por ser o maior consumidor de carvão do globo, de forma que, até 2030, deve ser responsável pelo dobro da quantidade total de CO₂ produzido pelos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (HUNG, 2012).

Nesse contexto, o “Império Chinês” coloca em dúvida o preço de uma política nacional que só se vinculou efetivamente – reconhecendo metas a serem alcançadas para redução de gases de efeito estufa – após ascender economicamente e estabilizar-se como uma das maiores potências do mundo, competindo regionalmente com a Índia e globalmente com os Estados Unidos da América. Isto é, pela conduta das comitivas nas Organizações e Convenções Internacionais, a China assumiu, em um primeiro momento, os paradigmas da sustentabilidade como inviabilizadores do crescimento econômico – conforme leciona Sachs (2002), ao discorrer a respeito dos impasses na Convenção de Estocolmo.

Não obstante, considerando-se as caracterizações interativas da dinâmica ecológica global, a China se viu – sobretudo nos primeiros anos após década de 90 – afetada pelas mazelas climáticas. Seja pelo derretimento das geleiras no Tibete, aumento de secas, chuva ácida, tempestades mais frequentes, inundações e perda de produção agrícola em até 10% (HUNG, 2012), o compromisso ambiental chinês se consolidou pela própria influência das inconseqüências ambientais. Isto é, as afirmações de Liu Jiang *apud* Bjorkum (2005), no sentido de que “é impossível para o governo chinês comprometer-se a qualquer obrigação de redução de gás de efeito estufa antes que a China alcance os níveis de um país medianamente desenvolvido”, criou condições limitadoras do próprio crescimento – além das limitações de desenvolvimento, sobretudo no que tange à dimensão social, com dificuldades para implementação e efetivação de direitos humanos em território chinês.

Moreira e Ribeiro (2016) dissertam que o Partido Comunista na China expressa suas metas de desenvolvimento a partir de uma perspectiva majoritariamente econômica, com secundarização das pautas ambientais que – em geral – são estipuladas pelo Grupo de coordenação nacional para estratégias de mudanças climáticas. Assim, apesar de reconhecer o desenvolvimento sustentável como meta desejável, a organização política nacional do país negligencia uma perspectiva tridimensional da sustentabilidade – ignorando a medida do equilíbrio ecológico como viabilizador do desenvolvimento social e econômico.

Em meio a referidas contradições, a China se coloca no debate ambiental internacional como reconhecidora do princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada. Todavia, se recusa a protagonizar de imediato uma significativa redução de emissão de gases de efeito estufa sob o argumento de se tratar de um país ainda em desenvolvimento (o que, em termos interpretativos, é compreensível – sobretudo se considerarmos que a população chinesa ainda não atingiu os mesmos níveis de desenvolvimento humano de outras potências mundiais). (MOREIRA, RIBEIRO, 2016)

Todavia, ao reconhecer a necessidade de uma guinada na tratativa ambiental, a China tem optado por vias internas para adaptação às exigências internacionais – e o faz estrategicamente, como forma de reforçar seu posicionamento no globo como uma potência pacífica. Nesse sentido, em 2014 a China se comprometeu a atingir o pico de suas emissões de gás carbônico até 2030 – o que demandou a criação de um plano de ação estratégico para desenvolvimento energético, com metas de utilização de fontes renováveis e aumento de oferta de gás natural que, até 2020 deve representar mais de 10% da demanda energética. (GUO *et al*, 2016)

Não obstante, considerando que os recursos convencionais não são abundantes em território chinês e que, em 2014, 32% do gás consumido na China foi fornecido por importações (GUO *et al*, 2016), o país tem acompanhando a tendência da revolução do xisto dos Estados Unidos da América. Assim, levando em consideração que o gás natural alcança com superioridade o carvão nos requisitos de eficiência e menor emissão de gases de efeito estufa, a China tem se mostrado incansável na exploração de recursos não convencionais – o que, conforme demonstrará a pesquisa, pode representar um importante passo na consolidação do paradigma do

desenvolvimento sustentável ou reforçar a insustentabilidade de uma sustentabilidade que, por seus potenciais impactos socioambientais, mais que não contribuir para a efetivação dos direitos humanos, viola-os.

3. PERSPECTIVAS E DESAFIOS DA EXPLORAÇÃO DE GÁS DE XISTO NA CHINA

As perspectivas de configuração do cenário internacional do século XXI apontam a China como uma das principais responsáveis pela transformação econômica mundial, ao lado da Índia, Rússia e Brasil. Dessa forma, apesar de níveis de renda *per capita* e desenvolvimento humano baixos, a tendência é que a China se consolide no globo como uma das – se não a maior – potência econômica. Auxiliando referido processo, destaca-se a adoção de um modelo de ascensão pacífica, com “internalização de capital e tecnologia forâneos” (CUNHA, 2008) e acumulação de capital.

Não obstante, conforme leciona Ribeiro (2013), a China não é autossuficiente no que diz respeito aos bens primários, de forma que necessita de importações de alimentos, recursos minerais e energéticos, o que a coloca em uma posição desfavorável – sobretudo se compararmos com as realidades de crescimento industrial dos Estados Unidos da América e URSS no século XX.

A perspectiva internacional de enfraquecimento da Rússia, todavia, contribui para que a China trilhe os caminhos de estabelecimento de independência energética, na medida em que a expansão desenvolvimentista ao Norte se torna mais segura. Nesse sentido, o país tende a se tornar um “Império do meio”

Ou seja, rodeado de estados militarmente mais fracos que não a ameacem, que aceitem integrar as suas infraestruturas de transporte e energia em completa consonância com as necessidades da economia chinesa e com os imperativos da unidade geoeconômica da China e se disponham a financiar, a prazo, a economia chinesa adquirindo a sua dívida pública, em contrapartida do acesso garantido ao seu gigantesco mercado interno. (RIBEIRO, 2013)

A partir desse ponto, torna-se viável à China a aventura de fontes não convencionais de energia, na medida em que pretende se blindar de uma possível crise do petróleo ocasionada pela desestabilização no Oriente Médio e na medida em que seu posicionamento político-econômico na Ásia permite o avanço da tecnologia energética ao Norte, Oeste e Leste – como alternativa às bacias energéticas do mar ao Sul. Ademais, a própria condição geológica da China se coloca como condicionante e facilitadora da expansão para novas alternativas energéticas, se tratando do país com a principal reserva de *shale gas* do mundo – seguido pelos Estados Unidos da América, Argentina e México. (LAGE *et al*, 2013) Ou seja, a China, mais que o *animus* para consolidar e ampliar sua independência tecnológica, goza de condições naturais que permitem a empreitada.

Nesse sentido, em 2009 a *PetroChina* e a *Sinopec* iniciaram a exploração de Xisto em território chinês, com a perfuração do primeiro grande poço em 2010 – no sul de Sichuan – obtendo produção diária de $15 \times 10^4 \text{m}^3$, o que colocou a China em destaque na produção comercial do recurso. Essa realidade só se intensificou com o relatório da *Sinopec* que comprovou a existência de reservas de gás que somavam mais de 600 bilhões de m^3 - com estimativa de produção anual equivalente a 6,04 bilhões de m^3 . (MA, 2018)

Em *Chuannan*, a *PetroChina* tratou de construir áreas comerciais de desenvolvimento energético alternativo (com dados que estimam uma área explorável de 300 bilhões de m³ e produção anual de 3 bilhões de m³ só em 2017). Seguindo a mesma tendência, o *Yanchang Petroleum Group* promoveu a perfuração de poços continentais em *Chang*, enquanto a *China Geological Survey* expandiu ao Norte – onde foram descobertas grandes reservas, cuja exploração já se dá em conjunto à *China Huaneng*, *China Huadian* e *Shenhua*. Somando tais dados, estima-se que as reservas de gás de xisto na China ultrapassem 1 trilhão de m³, com produção anual recente em torno de 9 bilhões de m³ (um grande crescimento, se considerar-se que em 2012 a produção anual não ultrapassava os 25 milhões de m³). (MA, 2018)

Dado crescimento pode ser explicado, para além da graça geográfica, em razão do investimento chinês na área tecnológica – que, para Veiga (2009), é a base fundamental da empreitada sustentável – com considerável amadurecimento de técnicas de perfuração horizontal, fraturamento e bombeamento – o que tem encurtado o ciclo de exploração em 30% (trinta por cento). Referido avanço técnico tem consagrado a China mundialmente, tendo recebido o prêmio de pioneirismo internacional pela Quinta Cúpula Mundial de Petróleo e Gás e o prêmio por progresso científico e tecnológico pelo projeto de Exploração de alta eficiência e desenvolvimento de grandes campos de gás de xisto”. (MA, 2018)

Bico (2014) disserta que o plano de exploração de gás de xisto inclui o incentivo de parcerias de empresas chinesas com empresas de *status* mundial, como tática para troca de experiências e tecnologias – sobretudo no que diz respeito a empresas estadunidenses que participaram na revolução do xisto. Essa, note-se, é uma experiência que Sachs (2002) aponta como o cerne para integração Norte-Sul, elemento indispensável para a construção de um desenvolvimento mais racional e sustentável em níveis globais. Ademais, o próprio Ministério dos Recursos da China tratou de providenciar incentivos e facilitadores para empresas interessadas em licenças de exploração no território chinês, de forma que investir na exploração de fontes não convencionais é relativamente simples. Nesse sentido a *PetroChina* celebrou parcerias junto à *Shell Oil*, com produção de 2.000 m³ de gás por dia. (BICO, 2014)

A China, inclusive, tem sido a grande aposta da *Royal Dutch Shell*, que acredita em um movimento de expansão das energias alternativas similar ao que foi notado nos Estados Unidos da América. Tamanho o investimento que, entre 2009 e 2014, a empresa chegou a investir o equivalente a 1 bilhão de dólares em pesquisa e exploração – valor que terá retorno em uma possível revolução do xisto.

Impera dizer ainda que a China tem se empenhado no desenvolvimento de técnicas mais limpas para extração do gás, sobretudo pela utilização cíclica de líquidos. Não obstante, as incertezas científicas e técnicas a respeito dos impactos ambientais da exploração de gás de xisto instigam pesquisadores a verificarem o avanço da atividade como um desastre nacional e um paradoxo irremediável – ao mesmo tempo em que a substituição gradual do carvão por gás se apresenta como uma alternativa do plano de ação estratégico para o desenvolvimento energético da China, coloca em risco a estabilidade ambiental e, por consequência a efetivação do extenso rol de Direitos Humanos consolidados internacionalmente.

Isso porque, conforme lecionam Guo *et al* (2016), a China é um país que sofre com escassez e qualidade de água, podendo a atividade de extração de gás não convencional acentuar tais entraves – seja pela quantidade de água utilizada para o *fracking*, pelo risco de contaminação de águas superficiais e subterrâneas ou pela propensão de deslocamento de lençóis freáticos. Referida preocupação se justifica nas constatações de que quase 700 cidades chinesas sofrem com falta d’água e que cerca de 50% dos rios estão poluídos, causando diversas crises de abastecimento que afetam até 300 milhões de pessoas que residem nas áreas rurais. (GUO *et al*, 2016)

Yang *et al* (2015) dissertam ainda que, para além das potenciais contaminações dos recursos hídricos, a expansão revolucionária da exploração de gás de xisto pode resultar em outras consequências que merecem ser lembradas – no próprio campo ambiental e econômico. Em primeiro lugar, a demanda de água para o processamento do fraturamento hidráulico pode gerar um mal-estar com os setores industriais e agrícolas, que encontram suas limitações na escassez de água potável em território chinês. O segundo ponto diz respeito à questão da bacia de *Sichuan*, onde se encontram as maiores reservas de gás não convencional, e também uma significativa zona de falha tectônica que pode ser instigada pela técnica de *fracking* (usualmente associada ao aumento de abalos sísmicos nos Estados Unidos da América).

As mazelas supracitadas adquirem maior significância se considerarmos que a densidade populacional é alta nas áreas de exploração de gás de xisto, sobretudo na bacia de *Sichuan*. Assim, a percepção dos impactos ambientais tem movimentado a população chinesa que, desagrada com as questões de segurança ambiental e sossego particular tem se mobilizado para bloquear estradas e impedir o trânsito de veículos entre as bases de exploração – o fraturamento hidráulico na província de Yunnan e Guizhou foi adiado por três meses em razão de bloqueios de vias por civis, por exemplo. (DONG *et al*, 2016)

Note-se, esta é uma movimentação legítima, tanto nas perspectivas liberais quanto sociais. Ora, em Locke o Estado surge como resultado de contrato social para resolução de inconvenientes da propriedade (seja vida, liberdade ou bens materiais). Trata-se de um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em uma sociedade civil para preservar ainda mais direitos que possuem no estado de natureza. Da mesma forma, em Marx as guinadas da máquina estatal para interesses comuns representa mais que um direito, mas a possibilidade da emancipação universal, que inclui tanto a emancipação social quanto política. (WEFFORT, 2001)

Nesse contexto, importa invocar as possibilidades de aplicação do princípio da precaução pelo Estado chinês, como via de estabelecer equilíbrio na empreitada do gás de xisto. Todavia, com fins de rompimento com as percepções utópicas do referido princípio, acompanha a pesquisa o entendimento que “as restrições a atividades e tecnologias fundamentadas no princípio da precaução devem ser periodicamente avaliadas. A análise dos riscos ao meio ambiente não deve conduzir a uma decisão imutável e definitiva.” (THOMÉ; DIZ, 2018) Isto é, optando a China por avaliar as incertezas científicas a respeito da atividade como determinantes na suspensão das operações – com fins de priorizar direitos de ordem humana individual e social – não deve fazer de maneira absoluta. Ao contrário, é justamente a maleabilidade das condutas na seara técnica que permitirão a evolução de métodos mais seguros para extração de gás de xisto com resultado na sincronia inquestionável entre as possibilidades de conjugar eficiência energética, redução de gases de efeito estufa e resguardo do meio ambiente equilibrado que, neste ponto, já se aclara como direito humano.

Não obstante, pouco vale o socorro principiológico para mitigar os entraves entre crescimento e preservação de direitos se os posicionamentos do país não forem alinhados na esfera jurídica. É que as posturas da China nos cenários nacional e internacional criam paradoxos inconciliáveis, quais sejam: a) o comprometimento com a redução da emissão de gases de efeito estufa como medida para assegurar um ambiente internacionalmente mais equilibrado, mas a desproporcionalidade de cuidado e preservação do ambiente nacional; b) o estabelecimento de metas para desenvolvimento do povo chinês, mas a exposição dos civis aos riscos de uma atividade anunciada por uns como de significativo impacto ambiental; c) a incoerência de desenvolvimento de atividade potencialmente degradadora sem a existência de legislação regulamentadora; d) a participação em tratados de garantia de direitos de ordem humana, mas a fragilização

de direitos fundamentais a partir de situações que colocam em risco a vida e a dignidade em nome do progresso econômico.

Assim, dois são os pontos que nos levam a uma problemática maior na questão do gás de xisto na China. O primeiro, o não reconhecimento prático do meio ambiente equilibrado como direito humano; o segundo, a dissociação da sustentabilidade como um paradigma de múltiplas dimensões, que extrapola a seara econômica e demanda mais que satisfação do princípio de eficiência energética. Assim, a construção de um desenvolvimento sustentável na China, a partir da aposta no gás de xisto, consolida uma sustentabilidade que é insustentável em si mesma por vício de gênese, conforme verificar-se-á.

4. MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO E AS INSUSTENTABILIDADES DA SUSTENTABILIDADE

A constatação do meio ambiente equilibrado enquanto direito humano, apesar de anteriores ensaios na ordem política internacional, consolidou seu marco oficial com a Convenção de Estocolmo, do ano de 1972. Antecedida e influenciada pelo relatório intitulado “Os limites do crescimento”, colocou-se em pauta a discussão a respeito de um novo posicionamento político e econômico na tratativa ecológica. Surge, portanto, um embate entre países desenvolvidos e em desenvolvimento que defendiam a redução da utilização dos recursos naturais e a utilização desses recursos para resolução de entraves socioeconômicos. O que se conclui, portanto, é que o debate colocado em pauta na Conferência de Estocolmo versava, a fundo, mais sobre o direito ao desenvolvimento que sobre a preservação do meio ambiente por uma perspectiva fenomenológica – que, a seguir, orientará as conclusões que pretende a pesquisa.

Fato é que a internacionalização da percepção do meio ambiente como Direito Humano, na medida em que é condição da própria vida, garantiu também a incorporação de uma ideia ecológica nos constitucionalismos – conforme defende Vladimir Passos de Freitas (2000). Ademais, rompem-se as barreiras conceituais do ambiental como natureza, em uma expansão que transfigura o meio ambiente em tudo o que há e é – o que, por sua problemática conceitual, demanda a restrição de entendimento a um “conjunto de recursos naturais e suas relações com o homem.” (BULZICO, GOMES, 2010)

A partir desse momento, se reconhece a possibilidade de realização de direitos de ordem humana tão somente em um cenário cujo ambiente se garante estabilizado. Não obstante, a perspectiva supra se vicia ao render-se aos interesses do mercado e, sobretudo, por parear-se a) a uma visão utilitarista ambiental que nos leva a b) preterir os aspectos social e ecológico e prolar do econômico.

Ora, com a instituição de um paradigma de “desenvolvimento sustentável”, a capacidade técnica de otimização da utilização dos recursos viabiliza também a criação de tecnologias de facilitação de estoque energético – que se integra à dinâmica de “coisificação” dos bens ecológicos, ou recursos ambientais. A institucionalização do meio ambiente como direito humano ocorre, portanto, de maneira agradável ao capitalismo na lógica da garantia da vida do consumidor, garantia dos quadros para exploração energética e garantia de um consumo que, por ser mais sustentável, também mais viável e atrativo. A racionalização da sustentabilidade atrelada aos direitos humanos nos leva à conclusão da desvirtualização dos conceitos em sua gênese-

Essa constatação, impera dizer, carrega em seus sentidos as experiências cartesianas de interpretação do meio. Isso porque, sendo *res cogitans*, ou o sujeito pensante, legítimo ao homem apropriar-se dos bens para seu próprio proveito (aqui, o homem toma para si o meio ambiente

como *res extensae*, ou meio para efetivar seus Direitos – os humanos). O homem, na perspectiva cartesiana é, portanto, o dono da natureza – podendo converte-la em energia e legislar a seu respeito e em nome de seus próprios interesses. O homem não está na natureza, mas a possui. (DESCARTES, 1952)

As perspectivas do meio ambiente como direito humano não integram os entes, mas separa-os: o meio ambiente para os humanos, como medida e forma de efetivação de direitos que importam aos humanos. Não há a preocupação de integrar-se o homem como elemento constitutivo do ambiente, mas tão somente sua colocação no meio.

A construção de um paradigma de sustentabilidade ignora, em medida decisiva, o entendimento *heideggeriano* de um homem que ultrapassa o antagonismo ambiental, isto é, um humano que é o que é ao existir e não que se faz sujeito para posteriormente integrar-se ao meio: o “ser-já-sempre-aí”. (HEIDEGGER, 1975) O mundo se trata, nessa perspectiva, da própria essência de constituição do ente homem, um retrato não-ôntico. Assim, sendo o meio porção que constitui homem, a visão de Heidegger viabiliza o rompimento com o sujeito cartesiano – que domina o meio e, portanto, garante-o para seus próprios direitos.

A questão é, se os princípios de dignidade humana se relacionam à ideia de um homem que é imagem e semelhança de uma criatura divina – portanto, digna – é a ideia de um homem que é também meio, e não só sujeito em um meio, que possibilita a criação de um paradigma de sustentabilidade suficiente para contornar a questão do consumo: uma dissociação entre crescimento e desenvolvimento, que para Veiga (2009) é essencial.

Não obstante, pretendendo romper com a lógica maniqueísta que, na medida das comparações, se insinua, importante dizer que é a perspectiva cartesiana - ao dissociar homem e meio ambiente - que viabiliza práticas desenvolvimentistas mais acentuadas, sem as quais impossível à China o *status*, porte tecnológico e econômico que hoje consolida. Tão somente pelo rompimento do homem (como ser pensante) da natureza, poder-se-ia pensar nos avanços - se assim forem entendidos - do ser humano no globo. O homem realiza-se, nesse ponto, pelo anseio do Tântatos: Pulsão irresistível a este humano, que deposita e realiza suas vontades no Estado (FREUD, 2008).

O paradoxo entre as perversões utilitaristas e as viabilidades de desenvolvimento e solidificação dos padrões mínimos de vida pela apropriação dos bens ambientais - sobretudo energia - permite à pesquisa questionar também os paradoxos existentes na questão levantada anteriormente, a respeito da exploração de gás de xisto na China.

Ora, na perspectiva de Simioni (2011), os princípios da descentralização e transnacionalização da produção energética, o acesso universal à rede de distribuição de energia, a liberdade energética e a independência e eficiência são medidas de concretização da dignidade humana. Isso porque, a facilitação do acesso à energia garante aos povos, em determinado aspecto, condições favoráveis para efetivação de seus direitos.

Por outro lado, a intensificação dos investimentos para utilização do gás de xisto - no que se pretende ser uma revolução chinesa - ao ignorar as mazelas socioambientais que daí advém, torna o argumento da sustentabilidade insustentável. Isso porque, ao desconsiderar que a emancipação energética chinesa por estas vias ameaça a perspectiva dos direitos humanos, sucumbe por si só a totalidade do paradigma da sustentabilidade. É o que possibilita concluir o pensamento de João Batista Moreira Pinto (2014), ao dizer que os direitos humanos devem ser tratados como projeto de sociedade e, portanto, constituem pauta indissociável da sustentabilidade - sem os quais não há o paradigma.

Não interessa sobrepor – de maneira absoluta – os interesses econômicos em detrimento dos interesses sociais e ambientais. Há meios para contornar as mazelas que se apresentam – tanto no que diz respeito aos problemas da exploração de gás, quanto às insustentabilidades de um comportamento sustentável universal em um país com índices de crescimento como a China. Os paradoxos de desenvolvimento, crescimento e sustentabilidade são sólidos e impossíveis de uma resolução satisfatória – ao menos no nível de percepção socioambiental que se alcançou até o século XXI. Todavia, as perspectivas de orientação das condutas individuais e institucionais devem partir da racionalização da possibilidade de mitigar entraves mais graves e garantir direitos que, naquele momento, exercem maior peso à sociedade.

Assim, a problematização das questões de conflitos de princípios e direitos – sobretudo no que diz respeito à sustentabilidade, que é condição da própria vida e dignidade – deve ser permanente, acompanhar o desenvolvimento das sociedades e refletir os cenários reais e subjetivos dos Estados e nações. Dessa maneira, há viabilização de uma sustentabilidade que, apesar de insustentável, é parcialmente realizável (na medida da garantia de alguns direitos sob as custas de outros). Ou seja, há de manter-se a estabilidade das noções de integração e preservação ambiental, mas há também de se romper com uma noção da sustentabilidade estática, que não acompanha as demandas socioeconômicas e que ignora a sua própria insustentabilidade em um mundo contemporâneo fundado sobre uma lógica econômica predatória: uma sustentabilidade viciada na concepção de seus próprios sentidos.

Isso porque os elos entre desenvolvimento e sustentabilidade são contraditórios e equivocados – se consideradas as perspectivas invocadas. Se por um lado tem-se o desenvolvimento que se baseia em uma dinâmica antropocêntrica e na acumulação privada, por outro tem-se a sustentabilidade, com uma proposta circular e incluyente, que valoriza a cooperação universal. Assim, tratam-se de “lógicas que se auto negam: uma privilegia o indivíduo, a outra o coletivo, uma enfatiza a competição, a outra a cooperação, uma a evolução do mais apto, a outra a coevolução de todos interconectados.” (BOFF, 2012) Acerca da questão, o autor afirma que

A expressão desenvolvimento sustentável representa uma armadilha do sistema imperante: assume os termos da ecologia (sustentabilidade) para esvaziá-los. Assume o ideal da economia (crescimento) mascarando a pobreza que ele mesmo produz (...) o modelo padrão de desenvolvimento que se quer sustentável é retórico. Aqui e acolá se verificam avanços na produção de baixo carbono, na utilização de energias alternativas (...), mas reparemos bem: tudo é realizado desde que não se afetem os lucros, nem se enfraqueça a competição. (BOFF, 2012)

Os caminhos estratégicos da política mundial são traçados em uma perspectiva imediatista de ajuste das realidades econômicas, e não na construção de uma tomada de consciência a longo prazo. Os Estados são levados a ajustes comerciais e financeiros que implicam – sobretudo no que diz respeito aos países em desenvolvimento – na exportação de produtos “altamente intensivos em recursos naturais” e na adoção de medidas que se resumem na exploração desses mesmos recursos. (MOTA, 2001)

Nesse sentido, podemos identificar uma incompatibilidade entre os ajustes advindos da globalização com a sustentabilidade a longo prazo. Ao contrário, é possível perceber o aumento do uso intensivo dos recursos naturais e da deterioração ambiental nos países (...) a partir das orientações de política macroeconômica do Fundo Monetário Internacional (FMI), da Organização Mundial do Comércio (OMC) e dos países do G-7, tornando os novos estilos de desenvolvimento (...) incompatíveis com o conceito de desenvolvimento sustentável. (MOTA, 2001)

Sachs (2002) aponta que a dinâmica dos mercados é incompatível com o “jogo da sustentabilidade”, tendo em vista que não são propostos padrões de produção e consumo baseados na ética e moral ecológica. “Os mercados são por demais míopes para transcender os curtos prazos

(*Deepak Nayyar*) e cegos para quaisquer considerações que não sejam lucros e a eficiência *smithiana* de alocação de recursos.” (SACHS, 2002)

Na China, referidos paradoxos são intensificados na medida em que o Estado rompe com a ideia de desenvolvimento como bem-estar social – cuja base é o princípio da solidariedade (MOTA, 2001) – e reafirma o desenvolvimento como progresso. Isto é, o desenvolvimento se dá a partir da produção material, o que reforça a exploração dos recursos da natureza e demanda a divisão do trabalho e a intensificação das trocas cambiais. (SMITH, 2017)

Dessa forma, as buscas da China por meios de viabilizar a expansão econômica tornam frágeis as alianças entre desenvolvimento e sustentabilidade. Nesse contexto, Veiga (2009) suscita que a questão do desenvolvimento sustentável deve transcender o debate sobre um futuro não capitalista, que contrapõe “capitalismo e socialismo como polos opostos”, vez que “a importância real desse debate se restringe aos entraves ideológicos da guerra fria.” (HOBSBAWM, 1995)

Sachs trata de superar essa discussão ao explicar que

A crítica ao crescimento selvagem e a análise de seus custos sociais e ambientais estimularam uma extensa literatura e a formulação de importantes conceitos, como *throughput* e *perverse growth* (crescimento perverso), como também reinterpretações do conceito marxista de *faux frais* (falsos custos) ou na concepção de George Bataille *apart maudite* (lado maldito), (rendimento desperdiçado e riqueza estéril). Mesmo aqueles dentre nós que consideram que o crescimento, devidamente reformulado em relação a modalidades e usos, é condição necessária para o desenvolvimento, aprenderam a distinguir entre os padrões de aproveitamento de recursos e o crescimento que leva ao verdadeiro desenvolvimento, ao contrário daqueles que sustentam o mau desenvolvimento ou até mesmo, em casos extremos, o retrocesso (ou involução). (SACHS, 2002)

O que deve ser pretendido na China e no mundo é o resgate de uma economia política, baseada em um planejamento versátil e adaptável às demandas ambientais e sociais. “É necessária uma combinação viável entre economia e ecologia, pois as ciências naturais podem descrever o que é preciso para um mundo sustentável, mas compete às ciências sociais a articulação das estratégias de transição rumo a este caminho.” (SACHS, 2002) Tratar-se da necessária inauguração e efetivação do conceito de eco-sócio-economia.

Até que essa realidade seja viabilizada, o que se pode dizer acerca da empreitada do gás de xisto na China é que existem duas perspectivas que, apesar de distintas, não se anulam: a) a exploração de gás não convencional no território chinês, sobretudo na bacia de Sishuan, é uma medida de importância ecológica, na medida em que resulta na substituição da utilização de outros recursos minerais com maior potencial de impacto, sobretudo no que diz respeito à poluição atmosférica. Isto é, a utilização de uma fonte energética capaz de mitigar parcialmente o entrave da emissão de gases de efeito estufa aponta para uma sustentabilidade que, apesar de suas limitações, contribui para um novo modelo político-econômico; b) a exploração de gás de xisto na China não pode ser visualizada como uma opção sustentável a longo prazo, na medida em que vicia o sistema energético do país na lógica do “menos pior”, em um contexto tecnológico que já permite a discussão da viabilidade de fontes quase absolutamente limpas – ou seja, o caminho do xisto contribui para uma sustentabilidade média – em que se nota uma substituição parcial entre os tipos de capital natural.

Assim, fica viabilizada a conclusão de que a exploração e utilização de gás de xisto na China não representa a insustentabilidade de um caminho sustentável, mas se trata de uma medida insuficiente para os conceitos utópicos e sentidos completos – e necessários – do desenvolvimento sustentável. A construção de uma cultura chinesa por gás não convencional não representa avanço absoluto para o amplo equilíbrio do tripé da sustentabilidade, mas não se configura

como um projeto involutivo. Isto é, trata-se de opção interessante para mitigar problemas urgentes a curto prazo, mas deve ser substituída por alternativas renováveis e limpas – se a meta da política internacional e intergeracional chinesa for a adoção de uma sustentabilidade forte e do desenvolvimento como bem-estar universal.

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que o mundo se aproxima de uma crise energética, seja pela possibilidade de esgotamento de recursos de ordem não renovável, ou pela tragédia climática anunciada pela utilização massiva desses recursos fósseis de alta emissão de gases de efeito estufa. Seja pela eminência de uma crise do petróleo ocasionada pelas situações políticas no Oriente Médio e Venezuela, seja pelo compromisso internacional de colaboração para não agravamento do aquecimento global pela queima de óleos e carvão, os países do globo têm investido na exploração e utilização de recursos não convencionais, como é o caso da China – que vive a iminência de uma guinada energética.

Fato é que o gás de xisto se apresenta como alternativa aos combustíveis fósseis mais tradicionais, sobretudo pela eficiência, pela baixa emissão de gases de efeito estufa e, por coincidência geológica, localização das maiores bacias em países estratégicos, como Estados Unidos da América e China. Não obstante, a questão do gás de xisto é cercada de incertezas científicas e não se sabe ao certo os potenciais impactos ambientais que podem ser gerados a longo prazo – sobretudo no que diz respeito a utilização de grandes volumes de água, poluição hídrica e abalos sísmicos.

Assim, ao investirem na exploração do recurso não convencional com vistas à construção de um desenvolvimento sustentável, países como a China assumem o risco de consolidarem uma sustentabilidade insustentável em si mesma, na medida em que praticamente não há pareamento de discussões jurídicas nacionais e internacionais ou aplicação principiológica prática, no que diz respeito à precaução e prevenção.

A pesquisa justifica as fragilidades da sustentabilidade da exploração de gás de xisto pela adoção de uma lógica cartesiana no desenvolvimento energético, que ignora a noção fenomenológica do meio ambiente como elemento constituinte da entidade ser humano.

Não obstante, a pesquisa não se furta à reflexão da indispensabilidade do desenvolvimento energético – sobretudo na China, que se apresenta como a promessa de maior potência – como condição do próprio alcance de dignidade. Dessa forma, constrói-se um paradoxo: o mesmo crescimento que condiciona propostas de vida mais atrativas ao homem, também ameaça a efetivação de direitos, sobretudo os direitos humanos.

Essa perspectiva possibilita a conclusão de que a sustentabilidade a ser construída na China não deve se reduzir ao protecionismo ou ao utilitarismo, mas deve estar em contínua modelagem, acompanhando as demandas socioeconômicas e preservando a melhor medida de direitos, o que há de se fazer de forma subjetiva, em um contexto democrático. A sustentabilidade, portanto, se delinea como paradigma eivado de contradições, mas conciliável com o momento histórico e com as condições chinesas – e do mundo.

Nesse sentido, o que se verifica na China não é uma sustentabilidade insustentável, mas uma sustentabilidade contraditória em seus próprios sentidos, na medida em que os conceitos práticos de desenvolvimento e sustentabilidade se contrapõe e contribuem para um paradigma fraco que, dado a finitude dos recursos, necessitará ser repensado e reforçado a longo prazo.

REFERÊNCIAS

BICO, António Jorge Vale. **Shale Gás: Tecnologia, Mercado, Impactos**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Coimbra, 2014. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41694/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Ant%C3%B3nioBico.pdf. Acesso em: 11 set. 2018.

BJORKUM, Ida. **China in the international politics of climate change: a foreign policy analysis**. The Fridtjof Nansen Institute, 2005. Disponível em: <https://www.fni.no/publications/china-in-the-international-politics-of-climate-change-a-foreign-policy-analysis-article753-290.html>. Acesso em: 11 set. 2018.

BOFF, Leonardo. **Crítica ao modelo padrão de sustentabilidade**. LeonardoBOFF.com. 2012. Disponível em: <https://leonardoboff.wordpress.com/2012/01/29/critica-ao-modelo-padrao-de-sustentabilidade/>. Acesso em: 08 nov. 2018.

BOUDET, H. et al. Fracking controversy and communication: Using national survey data to understand public perceptions of hydraulic fracturing. **Energy Policy**, v. 65, fev. 2014. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421513010392>. Acesso em: 11 set. 2018.

BULZICO, Bettina, GOMES, Eduardo B. Soberania, cooperação e o direito humano ao Meio Ambiente. In GOMES, Eduardo B., BULZICO, Bettina (orgs.) **Sustentabilidade, desenvolvimento e democracia**. Ijuí, Ed. Unijuí, p. 49-70, 2010.

CUNHA, André Moreira. A Economia Política do Milagre Chinês. **Anais do Encontro Nacional de Economia**, 2008. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/30303>. Acesso em: 16 set. 2018.

DAVIES, Richard *et al.* Oil and Gas Wells and Their Integrity: Implications for Shale and Unconventional Resource Exploitation. **Marine and Petroleum Geology**, 2014. Disponível em: <http://www.refine.org.uk/publications/papers/>. Acesso em: 11 set. 2018.

DESCARTES, René. Discours de la methode de bien conduire as raison et chercher la verité dans les sciences. In: **Euvres et lettres**. Paris: Gallimard, 1952.

DONG, Dazhong et al. Suggestions on the development strategy of shale gas in China. **Journal of Natural Gas Geoscience**, v. 1, n. 6, 2016. Disponível em: https://ac.els-cdn.com/S2468256X16300815/1-s2.0-S2468256X16300815-main.pdf?_tid=bc84fcf8-944f-4f06-bedb-14bddaae0c7e&acdnat=1539302179_b08e503ed4700fd69c15f939a1ed496b. Acesso em: 11 out. 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 27.

FREUD, Sigmund. **O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outras obras**. Trad. W.D. Robson Scott. Rio de Janeiro: Imago, 2008.

GUO, Meiyu *et al.* Prospects for shale gas production in China: Implications for water demand. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, v. 66, nov-dez, 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1364032116304580#bibliog0005>. Acesso em: 11 out. 2018.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da Metafísica**. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

HOBSBAWM, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNG, M. TSAI, T. Dilemma of choice: China's response to climate change. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 55, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000300007. Acesso em: 08 out. 2018.

LAGE, Elisa Salomão et al. Gás não convencional: experiência americana e perspectivas para o mercado brasileiro. **BNDES Setorial**, v. 37. p. 33-88, 2013. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Galerias/Convivencia/Publicacoes/Consulta_Expressa/Tipo/BNDES_Setorial/201303_02.html. Acesso em: 16 set. 2018.

MA, Yongsheng; XUNYU, Cai; PEIRONG, Zhao. China's shale gas exploration and development: Understanding and practice. **Petroleum Exploration and Development**. v. 45, n. 4, ago./set. 2018. Disponível em: https://ac.els-cdn.com/S187638041830065X/1-s2.0-S187638041830065X-main.pdf?_tid=a01e5973-8455-4050-b149-bfdc77ffba17&acdnat=1536672393_00fb9d9103a05f8f2d0e589616ab65df. Acesso em: 11 set. 2018.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da Política**. vol. 1, São Paulo: Ática, 2001.

MOTA, Carlos Renato. As principais teorias e práticas de desenvolvimento, 2017 In BURS-ZTYN, Marcel. **A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos ambientais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2017.

PINTO, João Batista Moreira. COSTA, Alexandre Bernadino. **O projeto dos direitos humanos, o meio ambiente e a sustentabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RIBEIRO, José Félix. O reposicionamento da China: geoeconomia, geopolítica e estratégia. **Revista Relações Internacionais**, n. 38, pp. 35-43, 2013. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992013000200004. Acesso em: 11 set. 2018.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Org. de Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Princípios do Direito da Energia e integração com o direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96-120.

STAMFORD, Laurence; AZAPAGIC, Adisa. Life cycle environmental impacts of UK shale gas. **Applied Energy**, v. 134, p. 506-518, dez, 2014. Elsevier BV. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.apenergy.2014.08.063>. Acesso em: 11 set. 2018.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

THOMAS, Pierre. **Le gaz de schiste: géologie, exploitation, avantages et inconvenients**. Planet Terre Ens Lyon. Laboratoire de Géologie de Lyon, 2011. Disponível em: http://www.amisdela-terre40.fr/spip/IMG/pdf/Planet_Terre_ENS_Lyon_GS_geologie_exploitation_avantage_inconvenients_060411.pdf. Acesso em: 10 set. 2018.

THOMÉ, Romeu; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Princípio da Precaução: Definição de balizas para a prudente aplicação. **Vereadas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 15, n. 32, set. 2018.

VEIGA, Eli da Veiga. Os desafios do desenvolvimento sustentável no Brasil. In PADUA, José Augusto (org). **Desenvolvimento, Justiça e Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Ed. UFMG; SP: Peirópolis, p. 151-169, 2009.

WEFFORT, Francisco C. Marx: Política e Revolução. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da Política**. vol. 2, São Paulo: Ática, 2001.

YANG, Hong et al. Water requirements for Shale Gas fracking in fuling, Chongqing, Southwest China. **Energy procedia**, v. 76, 2015. Disponível em: https://ac.els-cdn.com/S1876610215016380/1-s2.0-S1876610215016380-main.pdf?_tid=81cb4809-bd0c-4b3f-a63c-4499bbdcd641&acdnat=1539300969_d5ba57a5800576b68f2462f89ebd4321. Acesso em: 11 out. 2018.

Recebido em: 19 jan. 2019.

Aceito em: 8 maio 2019.

FAKE NEWS À LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIGITAL: O SURGIMENTO DE UM NOVO DANO SOCIAL

Glayder Daywerth Pereira Guimarães

Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, Minas Gerais.

glayderdaywerthpg@live.com

Michael César Silva

Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC, Minas Gerais.

michael@adv.oabmg.org.br

RESUMO: A pesquisa tem por objetivo analisar a responsabilidade civil digital, sob o prisma do direito dos danos, com enfoque relacionado a divulgação de *Fake News*, verificando-se a existência, ou não, de danos diversos advindos da conduta de disseminar notícias falsas. Neste estudo, buscou-se evidenciar as implicações das *Fake News*, principalmente, no que se refere a pós verdade, abordando a temática da liberdade de expressão, bem como as hipóteses de abuso do direito, no ordenamento jurídico brasileiro, culminando na temática dos novos danos. A pesquisa proposta pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise do conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que se mostrou possível a partir da análise de conteúdo da doutrina, jurisprudência e legislação pertinente. Por fim, restou determinado que as *Fake News* se inserem como elemento ocasionador de danos, não somente morais ou materiais, sendo vislumbrável a hipótese de danos sociais em função do resultado da conduta de disseminação de notícias falsas na sociedade contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Direito dos danos. Internet. Fake News. Pós Verdade.

Fake news and post truth in the light of digital civil liability: the arise of a new social damage

ABSTRACT: The objective of this study was to analyze the issue of digital civil liability under the prism of the right of damages with regard to Fake News, verifying the existence, or not, of various damages arising from the conduct of disseminating fake news. This paper seeks to highlight the implications of Fake News, especially with regard to Post Truth, addressing the issue of freedom of speech, as well as the hypothesis of abuse of the right, in the Brazilian legal system, culminating in the issue of new damages. The research belongs to the juridical-sociological methodological aspects. Regarding the type of research was chosen the Witker (1985) and Gustin (2010), the juridical-projective type. According to the analysis of the technical content, it's stated that it's a theoretical research, which was possible from the content analysis of the doctrine, jurisprudence and relevant legislation. It remains determined that Fake News are inserted as a causal element of damages, not only moral or material, being the hypothesis of social damages verified in function of the result of the conduct of disseminating false news.

KEYWORDS: Civil liability. Right of Damages. Internet. Fake News. Post Truth.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa fundamenta-se na análise crítica e construtiva relacionada à responsabilidade civil no âmbito digital, notadamente, no tocante à propagação das chamadas *Fake News*, com enfoque na questão da natureza do dano produzida pela disseminação das notícias falsas. Ressalta-se a crescente atenção em âmbito, nacional e internacional, no que se refere à disseminação de *Fake News*, bem como seus impactos na sociedade contemporânea.

O estudo objetiva investigar e analisar as *Fake News* sob a ótica do fenômeno comunicacional contemporâneo, perpassando a origem e semântica do termo nuclear do estudo, *Fake News*, bem como, suas implicações no que se refere a *Post Truth*. Ademais, propõem-se examinar as questões concernentes à liberdade de expressão e hipóteses de abuso do referido direito no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de se proceder a investigação da possibilidade de imputação de responsabilidade civil no âmbito digital a partir da compreensão da temática sobre a perspectiva dos novos danos.

A questão proposta mostra-se presente no cotidiano de todas as pessoas, haja vista que se vive em um período de digitalização e alterações sociais em função das novas tecnologias. Falar em internet, redes sociais e *Fake News* envolve certo truísmo, contudo mostra-se necessário na medida em que o Direito deve regular as relações sociais havidas entre os sujeitos. As *Fake News*, nos últimos anos, tomaram grande notoriedade, sendo notáveis casos em que sua utilização causou severos danos a outros sujeitos.

Em vista da consecução da pesquisa, restou delimitada a problemática relativa a extensão dos danos ocasionados pelas *Fake News*, de modo que, pretende-se analisar o tema sob a ótica do Direito dos Danos.

A partir das reflexões preliminares, é possível afirmar que *Fake News* são notícias falsas, criadas com o intuito de moldar a opinião pública sobre determinado assunto ou causar danos a determinados sujeitos, sendo perceptível sua utilização quase que irrestrita nas redes sociais, espaços de ampla divulgação e comunicação. O fenômeno das *Fake News* decorre de motivos sociais, tais como a alteração no polo informacional com o advento das redes sociais, o amplo acesso à internet e o massivo compartilhamento de informações e dados nesses espaços. Importante ressaltar que, a numerosa criação de dados apresenta efeitos positivos e negativos, podendo-se citar a protagonização dos sujeitos na internet como aspecto positivo e a dificuldade na verificação da autenticidade dos fatos relatados na internet, como efeito negativo. Sob esta ótica, há de se ter em mente que, a *contrario sensu* do que se presume, a internet não confere um espaço de liberdade irrestrita, sendo que os sujeitos podem ser chamados a responder caso causem danos a outrem no ambiente virtual.

No que se refere ao dano causado pelas *Fake News*, entende-se que, via de regra, é pessoal, direcionando-se a determinados sujeitos e disseminando informações inverídicas a respeito destes. No entanto é possível afirmar que a disseminação de *Fake News* se insere, hodiernamente, como uma atividade produtora de danos diversos, sendo possível a verificação de danos morais, materiais e sociais a depender das características do caso concreto.

A pesquisa a ser realizada pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica. No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. De acordo com a técnica de análise do conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, o que será possível a partir da análise de conteúdo da doutrina e legislação pertinente.

Por fim, o estudo propõe lançar luzes sobre a temática proposta com a finalidade de apresentar soluções adequadas no tocante a imputação de responsabilidade civil pela disseminação das *Fake News*, na sociedade digital contemporânea.

1. A ERA DAS COMUNICAÇÕES

A sociedade contemporânea - plural, complexa e assimétrica - sofreu inúmeras alterações, mudanças estruturais desencadeadas pelas novas tecnologias que surgiram com o decurso do tempo. As novas tecnologias propiciaram uma metamorfose cultural em um curto espaço de tempo, modificando de forma singular a vida das pessoas.

Fabiano Simões Corrêa (2013, p. 14-19) elucida que com o advento do século XXI a sociedade vislumbrou, de modo ímpar, modificações, espantosas, em relação aos séculos posteriores, uma vez que a era da tecnologia propiciou, de forma célere, uma série de evoluções e revoluções até então inobservadas. Dentre essas, destaca-se, a revolução digital, a qual possibilitou a criação de novos meios de comunicação, bem como, a difusão de informações, notícias e dados.

Similarmente, Dirceu Pereira Siqueira e Danilo Henrique Nunes (2018, p. 130) esclarecem:

A revolução digital propiciou um contexto no qual as pessoas estão aptas a exercer uma comunicação muito mais dinâmica e célere com as outras pessoas (segundo elemento - Comunicação Digital), o que não ocorria em épocas anteriores, com a comunicação por cartas ou mesmo com a comunicação pelos telefones fixos, por exemplo. As novas opções de comunicação digital alteraram significativamente o modo como as pessoas se comunicam na atualidade. Uma vez que todos contemplam oportunidades de se comunicar e colaborar com qualquer pessoa, em qualquer momento e em qualquer lugar, é necessário versar sobre as decisões apropriadas para cada momento e opção advinda da comunicação digital;

O homem sempre buscou formas de se comunicar, seja por meio de imagens, escritos, símbolos, sinais visuais ou sonoros. A interlocução entre sujeitos sempre teve seu espaço na vida das pessoas. Entretanto, no século XXI a comunicação passou por um processo de remodelação e redefinição. A digitalização criou assim um novo modelo de sociedade, pautada por novos paradigmas comunicacionais.

Segundo Michele Marinho da Silveira *et al.* (2010), atualmente, vive-se um período de digitalização, de transição do analógico para o digital, sendo que as gerações que viveram em maior parte antes da criação da internet interagem com o mundo de modo distinto daqueles que nasceram na fase de transição de épocas. Nessa linha de inteligência, as gerações que nasceram após a virada do século XX para XXI se relacionam com os meios digitais de forma diferenciada em relação aos grupos anteriores. A assimilação, facilidade e naturalidade com a qual as novas gerações se conectam com os meios digitais evidencia uma mudança permanente no *status quo* sociocultural.

Ainda hoje, anos após o início da digitalização, verifica-se a existência de um grande número de pessoas que ainda não se utilizam das novas tecnologias, pessoas nascidas via de regra antes do surgimento de tais inovações, que por uma série de motivos preferem abster-se de participar de tal processo. Concorrentemente, vislumbram-se muitos sujeitos que buscam integrar-se ao universo digital, seja por meio de redes sociais, de *blogs* e até mesmo de sites de compartilhamento de vídeos.

Luiz Fernando Afonso (2018) assevera que a tecnologia, em especial a internet, já é uma realidade ao redor do mundo, incluso o Brasil. Sendo que, em verdade, o Brasil possui um dos maiores mercados de consumo de tecnologia e de internet do mundo. Afirmar ainda, que a internet e as tecnologias digitais, se inseriram em todas as esferas da vida das pessoas, sendo, inclusive, objeto de consumo dos cidadãos.

Uma das mudanças mais relevantes oportunizadas pela era digital diz respeito a disseminação de informações, notícias e dados pela internet. De acordo com um estudo promovido pela *IBM Marketing Cloud* (2017), 90% dos dados contidos na internet foram criados a partir de 2016. Pessoas, empresas e dispositivos tornaram-se “fábricas de dados”, disseminando numerosas informações na rede digital diariamente.

O jornal *The Wall Street Journal* (2017) publicou notícia na qual divulgou que ao redor do mundo os usuários do youtube gastam, em média, mais de 1 (um) bilhão de horas por dia assistindo a vídeos na plataforma. Considerando que cada ano se tem aproximadamente 8.760 horas, seriam necessários mais de 114.155 anos para que uma pessoa assistisse o conteúdo veiculado no youtube em um mero dia. Nunca se produziu tanta informação quanto nos dias de hoje, de modo tão célere e por pessoas tão diversificadas.

Com a popularização do mundo digital e o papel cada vez mais relevante dos usuários não só no consumo, mas na própria produção de conteúdo (os chamados “produtores”), a centralidade das organizações aos poucos perde seu valor. Esse fato se dá acima de tudo porque aquele “contato interrompido” entre emissor (grandes empresas jornalísticas) e receptor (público geral), que caracterizava a esfera pública na sociedade das organizações, volta a restabelecer. Com as redes sociais, a produção de informação nova, pode-se dar de forma desvinculada das organizações jornalísticas, ou seja, da interação entre o emissor e o receptor, interação entre leitores em *blogs*, em posts no *Facebook* etc. Isso, sem que a informação produzida de modo pulverizado perca seu alcance, que não só tem profusão abrangente, como também tem sua eficácia ampliada pela possibilidade de direcionamento para públicos específicos. (MARANHÃO; CAMPOS, 2018, p. 221)

A internet viabilizou uma inversão singular no que se refere ao polo de produção e emissão de informações, dados e notícias, de modo que, o homem comum, fez-se ser ouvido. Paulatinamente, as grandes mídias perdem espaço para meios de informação descentralizados, tal como, páginas em redes sociais que realizam publicações de modo quase imediato em relação ao evento veiculado.

2. (DES)INFORMAÇÃO: O FENÔMENO DAS FAKE NEWS

A contrario sensu do que se presume, as *Fake News* não são um fenômeno moderno, de modo que, segundo o historiador Robert Darnton, em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo, existem ao menos desde o século VI.

As notícias falsas sempre existiram. Procópio foi um historiador bizantino famoso por escrever histórias do império de Justiniano. Mas ele também escreveu um texto secreto, chamado “Anekdotá”, e ali ele espalhou “fake News”, arruinando completamente a reputação do imperador Justiniano e de outros. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017)

Os últimos anos foram em grande medida marcados pelo termo *Fake News*, uma vez que a expressão encabeçou algumas das notícias mais relevantes destes anos, e possibilitaram uma profunda modificação nos meios digitais e, de modo indireto, no mundo. As *Fake News* se apresentam como uma releitura do antigo fenômeno social da “mentira”, remodelado, a fim de se

amoldar as mudanças sociotecnológicas do século XXI. Ao passo que no passado se manifestavam por escritos, ou pela oralidade, hoje se disseminam por meio da internet, em especial, por meio das redes sociais, meios de comunicação com polos de informação descentralizados.

O Dicionário Collins da Língua Inglesa (2017) define *Fake News* como representações de informações falsas, normalmente sensacionalistas, disseminadas sob o disfarce de reportagens de notícias.¹

Chiara Spadaccini de Tefé e Carlos Affonso Pereira de Souza (2019, p. 542) esclarecem sobre a disseminação de *Fake News*, que:

A divulgação de informações falsas ou distorcidas não é um problema novo, mas a disseminação em massa desse conteúdo através da Internet e seu impacto na política vêm chamando atenção. Após 2016, com as diversas notícias falsas divulgadas durante as eleições norte-americanas e as discussões sobre o referendo que decidiu pela saída da Grã-Bretanha da União Europeia, verificou-se a emergência de se entender o que seriam as chamadas *fake news* e como elas poderiam ser combatidas sem se prejudicar as liberdades fundamentais e a diversidade de opiniões.

Um dos exemplos mais notórios da disseminação de *Fake News* ocorreu, no ano de 2017, nos Estados Unidos da América.²

[...] A *20th Century Fox* trabalhou com uma editora de notícias falsas para criar cinco sites, com nomes como o *houston leader*, que foram projetados para imitar fontes tradicionais de notícias online. Os sites publicaram artigos com informações falsas sobre figuras públicas proeminentes (ex: Lady Gaga e o Presidente Donald J. Trump) e temas polêmicos de interesse público (ex: saúde mental e vacinação) e foram amplamente divulgados via facebook. Em meados de fevereiro de 2017, foi descoberto (com fortes críticas populares) que a *20th Century Fox* orquestrou a criação dessas publicações falsas em um esforço para divulgar o longa-metragem da fox '*a cure for wellness*', incluindo referências ao enredo filme e *hashtags* promocionais, tais como *#cureforwellness* nos artigos. (KLEIN; WUELLER, 2017, tradução nossa)

No caso em questão, a empresa disseminou uma série de *Fake News* em sites diversos, com nomes similares a de sites de notícia de prestígio, para deste modo, encobrir o falseamento das notícias veiculadas.

As *Fake News*, como fenômeno de profundas repercussões sociais e potencial produção de danos diversos, se apresentam, portanto, como uma conduta ludibriosa, realizada com o intento de produção de danos por meio da *dissimulação da verdade dos fatos*. Nesse sentido, merece atenção dos operadores do direito e dos legisladores em vista da proteção dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

¹ "False, often sensational, information disseminated under the guise of news reporting" (COLLINS, 2017)

² 20th Century Fox worked with a fake news publisher to create five Web sites, with names such as the Houston Leader, which were designed to imitate traditional online news sources. The Web sites published articles featuring false information about prominent public figures (e.g., Lady Gaga and President Donald J. Trump) and controversial topics of public interest (e.g., mental health and vaccinations) and were shared widely via Facebook. In mid-February 2017, it was discovered (to sharp public criticism) that 20th Century Fox had orchestrated the creation of these fake news publications in an effort to publicize the Fox feature film "A Cure for Wellness," by including plot references to the film and promotional hashtags such as *#cureforwellness* in the subject articles. (KLEIN; WUELLER, 2017)

2.1. Quando as Fake News se tornam verdade

Para além das *Fake News*, situa-se a *Post Truth*, fenômeno social, que com o advento das redes sociais, em especial o facebook, tomou notoriedade e, conseqüentemente, teve seu debate intensificado.

Segundo o Dicionário Oxford da Língua Inglesa (2016) *Post Truth* ou a “pós-verdade” relaciona-se à circunstância na qual os fatos objetivos têm menor influência em moldar a opinião pública do que aqueles que apelam a emoções e crenças pessoais.³

A internet, em especial, as redes sociais, uma vez que se estabelecem como centros de comunicação conjunta entre indivíduos, se apresentam como meios ideais para o vislumbamento da *Post Truth*. As redes sociais, tais como Facebook ou Twitter, cotidianamente, são inundadas com milhares de publicações, muitas delas munidas de *Fake News*, as quais impulsionam a *Post Truth*, dado o usual caráter político das notícias vinculadas.

Sobre a temática do volumoso compartilhamento de dados e informações na internet, conexo à temática das *Fake News* e da *Post Truth* é necessária atenção a determinados pontos sobre a temática em estudo.

Contudo, muitas notícias nem sempre é positivo. Primeiro porque a enorme quantidade faz com que o leitor prefira ler apenas manchetes e chamadas a se aprofundar nos assuntos, o que lhe faz ter uma informação meramente superficial e que quase nunca lhe permite compreender o que leu. Além disso, muitas vezes o título não traduz toda a extensão da notícia, por isso, ler tudo é fundamental. (ANDRADE, 2018)

Nesse giro, o modo pelo qual os usuários das redes sociais as utilizam, no que se refere a leitura e compartilhamento de publicações, manifesta-se muitas vezes como um mecanismo de intensificação das *Fake News*, devido ao fato de que a leitura do conteúdo nesses meios, via de regra, limita-se a uma análise superficial da mensagem veiculada ou somente da manchete. Ademais, as próprias publicações, ainda que não difundam *Fake News*, se utilizam de recursos moralmente dúbios para atrair a atenção dos leitores, como os *Clickbait*s, isto é, *manchetes sensacionalistas*, muitas vezes duvidosas, utilizadas com o único intento de conseguir cliques e conseqüentemente monetização com publicidades.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E FAKE NEWS SOB A ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO

A liberdade de expressão é um dos direitos mais intensamente assegurados na Constituição da República de 1988 isso em função do contexto histórico que dá ensejo ao surgimento da nova constituição, sobre o assunto, assevera Fernanda Carolina Torres (2013, p. 62, grifos nossos).

[...] as liberdades comunicativas não se restringem a viabilizar a participação política da população, mas também tornam possível a livre interação social no que concerne à cultura, à economia, à religião, à educação etc. *Em suma, a liberdade de expressão é condição necessária ao exercício da cidadania e ao desenvolvimento democrático do Estado*, na consolidação de uma sociedade bem informada e coautora de seus sistemas político e jurídico.

Complementarmente, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2017, p. 72) leciona que:

³ “Relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief”. (OXFORD, 2016).

O direito à liberdade de expressão do pensamento vem expressamente assegurado na Constituição Federal de 1988, o que representou a volta da democracia no Brasil e o fim do regime militar; portanto, confere especial tratamento ao Estado Democrático de Direito e assegura um amplo rol de direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, atribui amplo tratamento ao direito de liberdade de expressão do pensamento que é um dos alicerces do regime democrático.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu texto, o direito a livre manifestação de pensamento e de expressão no artigo 5º, com especial foco, nos incisos IV e IX.⁴ Nessa linha de raciocínio, os artigos acima elencados devem ser interpretados sob a perspectiva do artigo 1º, III da CR/88.⁵ Por meio destes dispositivos, a Constituição garantiu a todo Brasileiro, nato ou naturalizado, aos estrangeiros presentes no país, o direito à livre manifestação do pensamento e expressão.

Ao atribuir tal direito, o legislador determinou, também, no texto constitucional a hipótese de um abuso desses direitos, estabelecendo conjuntamente um meio de reparação, que representa uma tentativa de estabilização das relações e a promoção da condição *status quo ante* por meio dos incisos V e X do artigo 5º da Constituição da República.⁶

Logo, atrelada a questão da internet e das redes sociais, depreende-se que os sujeitos têm o direito de expressar suas opiniões no ambiente digital e de realizar publicações em tal ambiente uma vez que não extrapolem os limites impostos pela lei. Nesse sentido, na hipótese que o façam surgirá a responsabilidade pelos danos causados advindos das ações que pratiquem, de forma a reparar o dano sofrido e restaurar a normalidade das relações sociais.

O Código Civil buscou sintetizar e colmatar a responsabilidade civil em poucos artigos, sendo que os artigos 186, 187 e 927 do diploma legal traçam as diretrizes básicas da responsabilidade civil no Brasil.⁷ Destaca-se, em consonância com o exposto, a incidência dos artigos 20, *caput* e 21 do mesmo Código,⁸ que regulam sobre os direitos da personalidade no Brasil. Deste modo, o Direito Civil busca, também, ampliar as possibilidades de reparação do dano.

Nessa esteira, a lei civil estabelece que para além do ato ilícito constate no art. 186, uma nova modalidade é elencada no art. 187, a figura do abuso de direito. Tal hipótese é verificada quando determinado sujeito, titular de um direito subjetivo ou potestativo, o exerce para além

⁴ 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: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

⁶ V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. [...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002).

⁸ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. [...] Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. (BRASIL, 2002).

dos limites impostos pela lei, os bons costumes, fins econômico-sociais para a qual aquela situação jurídica lhe fora concedida e especialmente, a boa-fé. Destaca-se que tal figura está intimamente relacionada com a função de controle da boa-fé objetiva, ainda que conexa aos demais funções do mesmo princípio.

4. FAKE NEWS E RESPONSABILIDADE CIVIL

Na sociedade contemporânea o dano toma novos contornos e proporções, sendo mais facilmente verificado devido as mudanças sociais e tecnológicas contempladas.

Dizer que os danos aumentaram em nosso século envolve certo turismo. Se nós, no início do século passado engatinhávamos nas possibilidades tecnológicas, se sequer conhecíamos a televisão ou o avião, se uma notícia demorava lentos meses para partir da Europa e até chegar até aqui, hoje, desnecessário dizê-lo, a situação modificou-se de modo impensável. É possível até afirmar, sem muito medo de errar: talvez a mais otimista das previsões não previsse que chegaríamos aonde chegamos, em possibilidades tecnológicas. (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p.789).

A tecnologia, em especial, com o advento da criação da internet, modificou o modo de vida das pessoas em grande medida, desde a forma pela qual se comunicam, pelo qual interagem com as demais pessoas, a maneira que os sujeitos se informam e buscam conhecimento sobre os mais diversificados assuntos. Sob a mesma perspectiva, o dano também altera suas características assumindo novos contornos.

Em primeiro lugar, o dano passa a tomar proporções antes nunca imaginadas. O sistema jurídico da responsabilidade civil está fundado na ideia de dano local ou dano regional. Mas tendo em vista a comunicação em massa transfronteiriça das redes sociais, a extensão do dano é muito maior. (LIMA, 2015, p. 157)

Nesse sentido, a característica comunicativa e transfronteiriça do dano em ambiente digital permite que ele se estabeleça de modo distinto das hipóteses de dano até então verificado, uma vez que a internet permite maior difusão das informações veiculadas, de modo que, o dano apresenta-se de maneira mais gravosa nesse ambiente. Neste cenário, as *Fake News* como fenômeno digital contemporâneo de falsidade das notícias veiculadas na internet, se inserem como um novo elemento causador de dano.

Importante ressaltar que, os indivíduos, o Estado e a sociedade, buscam evitar a ocorrência do evento danoso. Porém, no ambiente digital, tal atividade torna-se dificultosa.

O controle sempre se dá de forma posterior (em razão dos direitos de imprensa e livre expressão) à divulgação das notícias, o que permite sua propagação e desinformação, e com pouca eficiência, haja vista a existência de outras redes sociais, como WhatsApp que não possui forma de verificação de conteúdo. (ANDRADE, 2018)

Resta clara a dificuldade em mitigar ou extinguir as *Fake News* e, conseqüentemente, impedir a ocorrência do evento danoso derivado da disseminação das notícias falsas. A característica comunicativa e transfonteiriça da internet, bem como das redes sociais, espaços de fácil verificação de *Fake News*, se estabelecem como elementos ampliadores do dano, que toma proporções maximizadas em relação ao dano local.

Há de se dizer que o dano ocasionado pelas *Fake News* é, objetivamente, pessoal, sendo que, a notícia falsa, usualmente, causa prejuízos à dignidade da pessoa, a sua honra, atingindo assim direitos pessoais.

Ademais, a disseminação de *Fake News*, evidencia uma conduta, via de regra comissiva. De modo que, a publicação de uma notícia falsa ou que contenha elementos falsos é uma conduta

humana comissiva. Vislumbra-se, também, a hipótese de conduta omissiva no caso de responsabilidade civil jornalística pelo descumprimento do dever de verificação⁹ das *Fake News*, quando veículos jornalísticos replicam *Fake News* de outras mídias.

Restou determinado que *Fake News* representam informações falsas, normalmente sensacionalistas, disseminadas sob o disfarce de reportagens de notícias. Deduz-se, portanto, que a dissimulação realizada quanto a veracidade da informação, isto é, o falseamento do conteúdo propagado, qualifica-se como culpa *lato sensu*. Outrossim, é possível vislumbrar a culpa *stricto sensu*, na modalidade imprudência, no que se refere à propagação das *Fake News*, no caso de replicação das mesmas, isto é, inobservância do dever de verificação da notícia.

Por tudo isso, parece que a ideia de responsabilidade por danos pode ser uma importante ruptura com a perspectiva de responsabilidade civil, por se basear em outros pressupostos, quais sejam: (i) foco na vítima; (ii) pressuposto ético na alteridade; (iii) rompimento com a ideia de culpa e dolo; (iv) substituição do nexos de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; (v) prioridade na precaução e na prevenção, sempre em um viés prospectivo, e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social; (vi) mitigação das excludentes do dever de reparar. (FROTA, 2017, p. 219-220).

Deste modo, o direito dos danos¹⁰ se posiciona como uma teoria jurídica apta a resguardar os interesses do lesionado, ampliando-se o conceito de dano e minimizando as possibilidades de determinado sujeito não reparar a vítima, vez que, mitiga as possibilidades de exclusão do dever de reparar, tomando a vítima como elemento fulcral.

No que se refere a disseminação ou propagação de *Fake News*, verifica-se que, é evento sem o qual o dano não existe e, concorrentemente, é o evento pelo qual o dano se consuma. Sendo, deste modo, o liame causal entre a conduta de disseminar e o dano pessoal.

5. FAKE NEWS E OS NOVOS DANOS

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2018) informam que dois pontos despertam a tenção dos juristas que se ocupam do estudo da responsabilidade civil por *Fake News*, o dano relacionado aos crimes contra a honra e o dano que atinge os direitos civis, econômicos ou políticos. Busca-se desbravar um novo caminho no estudo da responsabilidade civil pela disseminação de *Fake News*, que admita a hipótese de novos danos.

A pesquisa, até este marco, focou-se em elencar os elementos basilares necessários à compreensão do fenômeno *Fake News* no cenário social contemporâneo, neste estudo tratado como “a era das comunicações”, assim como, discutir a responsabilidade civil no que se refere as *Fake News*. Pretende-se, a partir deste ponto, observar a difusão de notícias falsas sob a ótica dos novos danos, analisando a existência ou inexistência de um dano social no que se refere à propagação de *Fake News*.

Às figuras mais comuns de dano não patrimonial (dano à integridade psicofísica, dano estético, dano à saúde etc.) vêm se somando outras, de surgimento mais recente e de classificação ainda um tanto assistemática. Para designá-las, a doutrina de toda

⁹ Para um estudo aprofundado da temática recomenda-se a leitura da obra “Responsabilidade Civil dos meios de comunicação” de Enéas Costa Garcia (2002).

¹⁰ “A responsabilidade por danos redescreve a linguagem da precaução, da prevenção e da reparação, com a extensão e a inovação de direitos e de deveres às vítimas, aos lesantes e (ou) responsáveis e à sociedade. O instituto esteia-se nos princípios do *neminem laedere*, da solidariedade social, da reparação integral e da primazia da vítima” (FROTA, 2013, p. 214)

parte tem empregado expressões como novos danos ou novos tipos de danos. (SCHREIBER, 2015, p. 92)

O primeiro ponto merecedor de destaque refere-se à explanação do conceito de dano social e sua diferenciação do dano clássico, individual, patrimonial ou moral.

O dano social diferencia-se do individual em relação à pessoa que sofre a lesão, não quanto ao conteúdo ser patrimonial ou não. Assim, um dano social pode ser patrimonial (no caso, por exemplo, de uma lesão na bolsa de valores) como pode ser não patrimonial (no caso de uma extinção de uma espécie). (FLUMIGNAN, 2015, p.204)

Tem-se que a diferenciação nuclear entre o dano social e o dano individual reside nos sujeitos lesionados por determinada conduta. Enquanto, o dano individual apresenta uma violação ao aspecto do direito individual, sendo a vítima determinada, o dano social apresenta uma violação ao aspecto do direito difuso, sendo as vítimas indeterminadas ou indetermináveis.

Um ato se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social. Isto é particularmente evidente quando se trate da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou para-contratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida. (AZEVEDO, 2009, p. 377-378)

Desse modo, depreende-se que o dano social é aquele que atinge a sociedade como um todo ou em parte, rebaixando a qualidade da vida dos indivíduos enquanto integrantes desta sociedade. Há de se dizer que o rebaixamento da qualidade de vida não se refere a aspectos meramente ligados à subsistência do indivíduo, pois, em consonância com a interpretação do Supremo Tribunal Federal, a vida deve ser analisada sobre o prisma de vida digna, ampliando-se o conceito de vida e, consequentemente, dos possíveis danos direcionados a mesma. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 255-256).

Em sentido similar, escrevem Alejandro Martínez e Urenda Sánchez (2014, p. 69):

Entendendo os direitos humanos como expressão jurídica das necessidades materiais de vida, então o direito à vida é tão somente um dos diversos direitos de que se precisa para alcançar a produção, reprodução e o desenvolvimento dela. Ainda assim, o direito à vida tem diversas facetas nessa dimensão jurídica.

Resta clara a concepção ampliativa conferida ao direito à vida, dispondo sobre a existência de diversas facetas deste direito.

Erigido o fundamento do dano social e sua correlação com a ideia de vida digna, cabe analisar se tal espécie de dano é compatível com a propagação de *Fake News*. O artigo 944 do Código Civil¹¹ estabelece que a indenização se dá de acordo com a extensão do dano sofrido, contudo não identifica as possíveis espécies de dano. Buscando apresentar soluções a temática, o Enunciado n. 456 da V Jornada de Direito Civil do CJF estipulou que, a expressão “dano” inserida no artigo 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas, também, os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas (CJF, 2011).

Destarte, tem-se a propagação de *Fake News* como elemento causador de dano, sendo compatível com a sistemática dos danos sociais, devendo então ser analisada a existência de um dano social efetivo. Sob essa perspectiva, os conceitos de *Fake News*, *Post Truth*, bem como o de dano social devem ser considerados e correlacionados.

¹¹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

As *Fake News*, como informações falsas e sensacionalistas disseminadas sob o disfarce de reportagens verídicas, impulsionam a *Post Truth* uma vez que comumente apelam a emoções e crenças dos sujeitos, com o intuito de “viralizar” e disseminar uma falsa informação, moldando a opinião pública. Sob esta ótica, verifica-se, a possibilidade de existência de um dano social na medida em que as *Fake News* atingem a sociedade como um todo, rebaixando a qualidade da vida dos indivíduos enquanto integrantes desta sociedade.

Nesse cenário, o Estado tende a se preocupar cada vez mais com o controle e a veiculação de notícias falsas, ou, fake news. Isso ocorre porque o detentor da informação (especialmente dados sigilosos) poderá manipular a opinião pública, inclusive em relação a assuntos políticos e estratégicos da maior complexidade e relevância. Ampliou-se, portanto, a preocupação não só dos governantes, mas, também, dos próprios governados, em relação à disseminação de informações falsas sobre fatos e personalidades públicas relacionados ao universo político, social e econômico, de modo a influenciar negativamente a opinião pública. Ressalta-se que as informações falsas têm por objetivo desvirtuar a veracidade das informações repassadas e em grande maioria, sem que se saiba a origem do financiamento de tais notícias. Há apontamentos de ocorrência de fake news na política nacional a partir de 2010; bem como é de conhecimento público a possibilidade de manipulação das eleições de Donald Trump, nos EUA. (MARTINEZ; NASCIMENTO JUNIOR, 2018).

Sob a ótica da *Post Truth*, a compreensão da disseminação de *Fake News* como dano social torna-se incontestável, na medida em que ocorre a manipulação da opinião pública e a violação aos preceitos norteadores do princípio da boa-fé objetiva em nível social. Nesse sentido, provocam um fenômeno de ruptura social e descrença nos meios jornalísticos, que fomentam um ciclo vicioso de disseminação de Fake News por veículos alternativos de notícias que terminam por diminuir a qualidade de vida social como um todo, em especial, quando as *Fake News* tratam de assuntos políticos.

Como exemplo da profunda repercussão na vida das pessoas ocasionada pelas *Fake News*, pode-se citar a suspeita de que a disseminação de *Fake News* nos EUA possa ter alterado o resultado das eleições para a presidência no ano de 2016.

Sob uma perspectiva de notícias falsas, segundo uma investigação do senado dos EUA, os russos que trabalhavam para divulgar notícias falsas visavam especificamente eleitores em estados indecisos como Wisconsin, Michigan e Pensilvânia, com essa segmentação geográfica facilitada pelos dados das mídias sociais. Além disso, de acordo com o testemunho do especialista em segurança cibernética Clint Watts, alguns desses meios de comunicação visaram explicitamente Donald Trump, twitando notícias falsas diretamente para sua conta no twitter durante períodos em que ele estava online, sob a presunção de que ele havia se mostrado particularmente suscetível a notícias falsas. Este é um exemplo extremo do ambiente de mídia altamente personalizado de hoje, aumentando as oportunidades para os fornecedores de notícias falsas alcançarem os mais prováveis e mais importantes para serem afetados pela desinformação (NAPOLI, 2018, tradução nossa).¹²

Suspeita-se que ambos os candidatos na corrida eleitoral tenham se utilizado de *Fake News* para moldar a opinião pública sobre sua pessoa e, deste modo, angariar votos nos Estados indecisos. O jornal The New York Times (2016), aponta que no mesmo período, se verificaram,

¹² From a false news perspective, according to a U.S. Senate investigation, the Russians working to spread fake news stories specifically targeted voters in swing states such as Wisconsin, Michigan, and Pennsylvania, with this geographic targeting facilitated by social media data. Further, according to the testimony of cyber security expert Clint Watts, some of these fake news outlets explicitly targeted Donald Trump, tweeting fake news stories directly to his Twitter account during time periods when he was known to be online, under the presumption that he has shown himself to be particularly susceptible to fake News. This is an extreme example of today's highly personalized media environment enhancing the opportunities for purveyors of fake news to reach those both most likely and most important to be affected by the misinformation. (NAPOLI, 2018).

também, diversos sites falsos, perfis pessoais falsos em redes sociais e, até mesmo, publicações nos grandes veículos de mídia que disseminavam *Fake News* a favor ou desfavor dos candidatos.

Logo, depreende-se que a veiculação de *Fake News* não se limita a perfis falsos em redes sociais (sites) que buscam enganar leitores ou mesmo perfis pessoais, mas, também, de veículos da mídia especializada.

A eleição estadunidense de 2016 se estabeleceu como um marco no que se refere as *Fake News*.

Após a eleição de 2016, uma preocupação específica tem sido o efeito de histórias falsas - “Fake News”, como foi apelidado - circularam nas mídias sociais. Evidências recentes mostram que: 1) 62 por cento dos adultos norte-americanos recebem notícias nas mídias sociais; 2) as mais populares notícias falsas foram mais amplamente compartilhadas no facebook do que as notícias mais populares; 3) muitas pessoas que veem notícias falsas relatam que acreditam nelas. (ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, tradução nossa).¹³

Evidencia-se, portanto, grande percentual de indivíduos que se informam somente por meio das redes sociais, espaços de profusão de *Fake News*, devido a liberdade de ações quase irrestrita na rede. Ao passo que, as redes sociais se apresentam como meios desconcentrados de disseminação de informações, uma série de indivíduos as utilizam com o intuito de alterar a percepção pública sobre determinados assuntos. Culmina-se, assim, na descrença nos veículos informativos, a polarização dos sujeitos e conflitos político-sociais.

Ademais, é de fundamental importância que esse estudo perpassa a legitimidade para propor a ação de reparação por danos sociais. Em consonância com a sistemática processual, tem-se que a legitimidade para a propositura de tal ação recai àqueles que podem mover ações coletivas de cunho reparatório em âmbito geral, e, por esta razão, excluem-se os sujeitos dispostos no art. 8º, inciso III da Constituição da República¹⁴, bem como, as do artigo 81, parágrafo único, inciso primeiro do Código de Defesa do Consumidor¹⁵, restando por fim aqueles presente no artigo 5º, inciso I da Lei nº 7.347/85, a Lei de Ação Civil Pública¹⁶, como se extrai do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, relator na Reclamação n.13200/GO (STJ, 2014).

Por fim, outro aspecto merecedor de destaque, refere-se à reparação pelo dano sofrido, sendo necessária analisar sua destinação, em vistas de se mitigar a possibilidade de locupletamento sem causa. Nesse seguimento, entende-se por intermédio da interpretação analógica com o art. 13, da Lei nº 7.347¹⁷, que o juiz deverá fixar as verbas reparatórias a título de danos sociais. Contudo, não os direcionará para as vítimas, devendo então, destiná-las a alguma instituição de proteção ao usuário ou similares, a critério do juiz.

¹³ *Following the 2016 election, a specific concern has been the effect of false Stories - “fake news,” as it has been dubbed - circulated on social media. Recent evidence shows that: 1) 62 percent of US adults get news on social media; 2) the most popular fake news stories were more widely shared on Facebook than the most popular mainstream news stories; 3) many people who see fake news stories report that they believe them.* (ALLCOTT; GENTZKOW, 2017).

¹⁴ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

¹⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

¹⁶ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública;

¹⁷ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

CONCLUSÃO

O estudo buscou examinar a questão da imputação de responsabilidade civil em âmbito digital, especificamente, no que se refere aos danos causados pela disseminação e propagação de *Fake News*. A temática proposta, se situa em um complexo cenário, excepcionalmente amplo, tendo em vista que, o meio tecnológico se altera de forma contínua e célere criando novos meios de comunicação e exposição de ideias, e, por conseguinte, fomentando o surgimento de novos espaços de propagação de *Fake News*.

Dessarte, pretendeu-se investigar e analisar o fenômeno das *Fake News* sob a ótica comunicacional contemporânea. Nesse sentido, perpassou-se a origem e semântica do termo nuclear da pesquisa (*Fake News*), bem como, suas implicações no que se refere a *Post Truth*. Ademais, tratou-se a temática da liberdade de expressão e as hipóteses de abuso de tal direito no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da investigação da imputação de responsabilidade civil e dos novos danos.

No que tange à inversão no polo informacional em ambiente digital, têm-se que tal fenômeno contemporâneo ocasiona a criação de dados como nunca observado anteriormente. Nesse giro, fomenta-se o exercício do direito à livre manifestação e profusão de ideias, estimulando o debate e propiciando o surgimento de meios de comunicação e informação descentralizados. Ademais, a numerosa criação de dados, informações e notícias em ambiente digital demonstrou duas facetas. A positiva, conexas ao acesso informacional e garantia do direito à liberdade de expressão. Lado outro, demonstra-se a negativa na medida em que impossibilita a verificação do conteúdo veiculado pelos diversos sujeitos, em função do grande volume de dados.

Nessa linha de inteligência, o direito à liberdade de expressão deve ser analisado, de modo que, tal como em ambiente não digital, sofre restrições e mitigações em ambiente digital. Logo, devem os indivíduos se atentarem as restrições impostas pelo Código Civil e pela própria Constituição da República.

As *Fake News* foram definidas como representações de informações falsas, normalmente sensacionalistas, disseminadas sob o disfarce de reportagens de notícias. Com profundo impacto na vida das pessoas, uma vez que, via de regra, têm como objeto temas polarizadores, resultando em impactos sociais e culturais. Vislumbrou-se, que a digitalização e a inversão no polo comunicacional desencadearam, em grande medida, a profusão de *Fake News*, sendo que as redes sociais, atuaram como catalisador desse fenômeno.

Entende-se que a circunstância danosa ensejada pela propagação de *Fake News* não se exterioriza somente como um dano pessoal, direcionado a sujeitos determinados aos quais as *Fake News* possam se referir, podendo, simultaneamente, ser observada a hipótese de ocorrência de um dano social. Nessa perspectiva, há de se levar em consideração a expansão da falsa informação, seus reflexos sociais no cenário da era das comunicações, a quebra da legítima expectativa (confiança) entre os sujeitos da sociedade e o direito fundamental do cidadão à informação.

Por fim, deve-se ponderar que as ações de reparação por *Fake News*, seja em função de um dano a um direito pessoal, quando a notícia falsa ofende determinado indivíduo causando-lhe danos morais, materiais, ou danos sociais, por consequência da própria natureza das *Fake News* e sua influência no fenômeno de *Post Truth*, não são excludentes, uma vez que, ofendem direitos distintos e lesionam sujeitos diversos.

Deste modo, verifica-se que há a possibilidade de ações concomitantes em função do mesmo ato quando cause danos a direitos variados. Nessa esteira, nada obstando uma tutela específica em vista da proteção personalíssima do sujeito em função de danos morais e materiais,

e autonomamente por intermédio da Defensoria Pública ou do Ministério Público, uma tutela que objetive a reparação pelo dano social causado pela ação de determinado sujeito.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Luiz Fernando. Fake News e o direito do consumidor: uma violação ao direito fundamental à informação. In: RAIS, Diogo (Coord.) **Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. [E-book]

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and Fake News in the 2016 Election. **Journal of Economic Perspectives**. vol. 31, n. 2, 2017. [E-book]

ANDRADE, Campos Renato. **Os danos causados pelas Fake News**. Abril, 2018. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1247948/2018/04/os-danos-causados-pelas-fake-news/> Acesso em: 23 jun. 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 25 jun. 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm Acesso em: 26 jun. 2018.

BRASIL, STJ (Superior Tribunal de Justiça). **Rcl: 13200 GO 2013/0197835-7**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 08/10/2014, S2 – Segunda Seção, DP: DJe 14/11/2014.

COLLINS, Dictionary. **Word of the Year 2017**. Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/woty>. Acesso em: 08 abr. 2018.

CJF (Conselho de Justiça Federal). **V Jornada de Direito Civil – Enunciado 456**. 2011. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403> Acesso em: 20 jun. 2018.

CORRÊA, Fabiano Simões. **Um estudo qualitativo sobre as representações utilizadas por professores e alunos para significar o uso da Internet**. 2013. 172 f. Dissertação (Dissertação em Psicologia) – Departamento de Psicologia. Universidade de São Paulo. São Paulo, São Paulo.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. A distinção entre dano moral, dano social e *punitive damages* a partir do conceito de dano-evento e dano-prejuízo: O início da discussão. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Universidade Federal de Pernambuco, v. 87, p. 190-219, 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Notícias falsas existem desde o século 6, afirma historiador Robert Darnton**. Fevereiro, 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/02/1859726-noticias-falsas-existem-desde-o-seculo-6-afirma-historiador-robert-darnton.shtml> Acesso em: 15 mai. 2018.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Imputação sem nexo causal e a responsabilidade por danos*. 2013. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, Paraná.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade Civil por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo. **Responsabilidade Civil: Novas Tendências**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 211-227.

GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade Civil dos meios de comunicação**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IBM MARKETING CLOUD. **10 key marketing trends for 2017 and ideas for Exceeding Customer Expectations**. 2017. Disponível em: <https://public.dhe.ibm.com/common/ssi/ecm/wr/en/wrl12345usen/watson-customer-engagement-watson-marketing-wr-other-papers-and-reports-wrl12345usen-20170719.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2018.

KLEIN, David; WUELLER, Joshua. *Fake News: A Legal Perspective*. **United States Law Articles in English**. 2017. [Ebook]

LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A reponsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 155-176, 2015.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake News e autoregulamentação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. In: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake News e Regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 217-231

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo; SÁNCHEZ, Urenda Queletzú Navaro. A dupla dimensão da vida nos direitos humanos: como fundamento e como direito. **Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC**. Universidade FUMEC, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 41-75, 2014.

MARTINEZ, Vinício Carrilho; NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. Participação popular, redes sociais e fake news: uma abordagem constitucional antes das eleições 2018. **Revista dos Tribunais**. v. 993, p.179-199, 2018. [E-book]

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão do pensamento. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Jurisdição constitucional e liberdades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 71-85.

NAPOLI, Philip. What if more speech is no longer the solution? First Amendment Theory meets Fake News and the Filter Bubble. **Federal Communication Law Journal**. vol. 70, n. 1, 2018. [E-book]

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Confiança na mídia: responsabilidade civil por danos causados por Fake News. In: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake News e Regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 109-122.

OXFORD, Dictionary. **Word of the Year 2016**. Disponível em: <https://www.oxforddictionary.com/press/news/2016/12/11/WOTY-16> Acesso em: 08 abr. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; NUNES, Danilo Henrique. Conflitos digitais: cidadania e responsabilidade civil no âmbito das lides cibernéticas. **Revista Jurídica da FA7**. Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, v. 15, n. 2, 2018, p. 127-138.

SILVEIRA, Michele Marinho da *et al.* Educação e inclusão digital para idosos. **Revista RE-NOTE – Novas Tecnologias na Educação**. UFRGS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 8, n. 2, 2010.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Fake News: Como garantir liberdades e conter notícias falsas na internet. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 525-543.

THE NEW YORK TIMES. **The Hoaxes, Fake News and Misinformation We Saw on Election Day**. Nov, 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/09/us/politics/debunk-fake-news-election-day.html> Acesso em: 27 jun. 2018.

THE WALL STREET JOURNAL. **YouTube Tops 1 Billion Hours of Video a Day, on Pace to Eclipse TV**. Feb, 2017. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/youtube-tops-1-billion-hours-of-video-a-day-on-pace-to-eclipse-tv-1488220851> Acesso em: 24 jun. 2018.

TORRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 50, n. 200, out./dez. 2013. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/502937. Acesso em: 13 dez. 2017.

WITKER, Jorge. **Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

Recebido em: 25 abr. 2019.

Aceito em: 9 ago. 2019.

DANO *IN RE IPSA*, RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO E O FEITIÇO DE ÁQUILA: OU DE COMO COISAS DISTINTAS PODEM COEXISTIR SEM SE TOCAR

Bruno Leonardo Câmara Carrá

Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, Ceará.
brunolccarra@gmail.com

Denise Sá Vieira Carrá

Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, Ceará.
dsavieira@yahoo.com.br

RESUMO: O estudo trata da utilização dos conceitos de responsabilidade civil sem danos e danos *in re ipsa*. Seu objetivo, nesses termos, é diferenciar ambos conceitos e, de conseguinte, estabelecer as necessárias distinções epistemológicas entre eles de forma a rechaçar qualquer confusão que possa inadvertidamente ser feita sobre os dois. A partir da definição teórica das duas doutrinas, busca-se identificar casos onde virtualmente elas quase se tocam, como acontece, na *Common Law*, com o *trespass*, o qual oferece interessante exemplo de como podem se tornar confusos os conceitos em discussão. Por fim, voltando-se para o direito brasileiro, o artigo examina o caso do dano moral coletivo para que se possa perceber as aplicações prática das distinções teóricas antes realizadas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Responsabilidade Civil sem dano. Dano *in re ipsa*.

Damage in re ipsa, Civil Liability without damage and the Ladyhawke: or how distinct things can coexist without touching

ABSTRACT: This research deals with the use of the concepts of civil liability without damage and damage in *re ipsa*. Its purpose, in these terms, is to differentiate both concepts and, therefore, to establish the necessary epistemological distinctions among them in order to reject any confusion that may inadvertently be made about the two. From the theoretical definition of the two doctrines, it seeks to identify cases where they virtually touch, as it happens, in *Common Law*, with *Trespass*, which offers an interesting example of how the concepts under discussion can become confused. Finally, turning to Brazilian law, the article examines the case of collective moral damage so that it can perceive the practical applications of theoretical distinctions previously made.

KEYWORDS: Civil Law. Civil Liability without damage. Damage in *re ipsa*.

INTRODUÇÃO

Conceitos ainda bastante equívocos na doutrina atual, danos *in re ipsa* e responsabilidade civil sem danos, para os que a defendem, podem ser vistos como figuras bastante assemelhadas: a primeira pugnando por um modo quase que automático de inferição de certas formas de danos, notadamente os de índole patrimonial, a segunda, dizendo que seria possível aferir danos por meio da simples conduta do agressor. Essa definição preliminar e algo singela já é suficiente, todavia, para que se perceba que realmente há uma linha tênue, mínima, entre ambos. Daí porque, em caráter provocativo, o título deste artigo, embora correndo todos os riscos de incorrer em

Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar

inúmeros obstáculos epistemológicos, recorre à memória evocativa desse que é um dos filmes mais queridos por aqueles que viveram os anos oitenta.

Em *O Feitiço de Águila*, por força de um encantamento lançado pelo bispo daquela cidade, um casal de amantes é metamorfoseado na aurora e no arrebol, de maneira que o homem vira um lobo quando anoitece e a mulher uma águia quando amanhece. O ato de bruxaria do prelado faz com que ambos seguissem convivendo, mas sem nunca poderem se tocar, transformando os antigos amantes em errantes que só conseguiam se contemplar virtualmente. Dano *in re ipsa* e Responsabilidade sem dano são como Etienne de Navarra e Isabeau d'Anjou. Institutos doutrinários muito próximos, quase iguais, mas que não conseguem se tocar porque, fundamentalmente, enunciam coisas tão distintas como o sol e a lua.

Com efeito, enquanto a doutrina do dano *in re ipsa*, longe de reconhecer a possibilidade de se prescindir do dano para que se implemente a indenização, trabalha com conceitos bem mais flexíveis, quase autoevidentes é certo, para considerá-lo presente; por outro lado, a responsabilidade civil sem dano simplesmente retira da função mesma da responsabilidade civil sua função tradicional de reparar os danos. Antípodas lógicos, portanto, só resta a cada uma conviver nas sombras da outra.

Quando muito, é possível considerar algumas situações limítrofes onde elas virtualmente se tocam para logo se perceber que possuem diferentes propósitos e soluções para as questões que visam a responder e que, não raro, são as mesmas. O presente artigo tem como finalidade, portanto, promover a distinção teórica entre a doutrina do dano *in re ipsa* e da responsabilidade civil sem dano. Nesse contexto, realiza-se inicialmente a apresentação formal de ambas, inclusive com a apreciação da práxis judiciária, quando existente.

De conseguinte, opera-se ao estudo de algumas situações onde ambas praticamente se tocam, como é possível observar através do estudo do *tort of trespass* oriundo da *Common Law*. Por fim, procede-se a uma análise, dentro do próprio Direito brasileiro, no caso do dano moral coletivo, para se evidenciar a clara necessidade de não confundi-las, tendo em vista as possíveis inconsistências ou inconveniências técnicas que disso possam resultar na dogmática civilista.

1. A TAL RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO

Dano e responsabilidade civil sempre estiveram juntos sob uma lógica de causa e efeito. Se essa ligação nasce durante a fase clássica do Direito Romano, é com o racionalismo jurídico que ela vai se tornar definitiva. Com efeito, por meio dos autores do Século XVII e XVIII, passa-se a divisar um conceito abstrato e uniforme de dano, fixando a concepção de que, uma vez que tudo poderá ser considerado como dano, a Responsabilidade Civil serve de instrumento jurídico para compensá-los, o que, nessa mesma tradição racionalista, deveria ser feito em princípio em dinheiro.¹

Em um passado bem anterior, contudo, nem sempre a associação existiu. É que, bem nos primórdios da responsabilização civil no Direito Romano, ainda por consequência da imprecisão que existia entre a esfera civil propriamente dita e a penal, a condenação era pronunciada não necessariamente com base em um dano efetivo, senão pela prática de uma conduta vedada normativamente.

Era o começo do fim do modelo fragmentário, que dominou o Direito Romano e – teoricamente – aqueles sistemas jurídicos que ainda o espelham em sua fase clássica, como o é, sob

¹ Outros sistemas jurídicos, como o Alemão, preferem, pelo menos em teoria, a reparação *in natura*.

esse aspecto, a *Common Law*.² Surge a ideia de dano como, segundo explica Adriano de Cupis (1946, p. 5), *tipicidade abstrata*. De *Iure Belli ac Pacis*, de Hugo Grotius (1925, p. 9), foi um dos primeiros trabalhos a predicar a veiculação dos danos não por tipos específicos. Constituiria o dano numa categoria única e geral representativa da supressão indevida (*damnum forte a demendo dictum*) de todo e qualquer direito que correspondesse ao homem pela natureza ou por algum fato civil.

Tal concepção foi finalmente aperfeiçoada por Jean Louis Domat (1773, p. 196 e ss.), destacando-se então o mérito da novel acepção em poder permitir o adequado ressarcimento a toda e qualquer perda causada em razão de um fato humano. A mudança vinha acompanhada, ademais, de uma importante salvaguarda: a culpa (SAMUEL, 2010, p. 20). Desse modo, a amplitude ou a largueza da cláusula geral era compensada pela exigência de um grau mínimo de culpa (*levíssima*) como requisito necessário para a fixação do dever de indenizar.³ Vale dizer, se bem por um lado se estivesse a falar de que toda e qualquer forma de prejuízo contaria com previsão legal para seu ressarcimento, por outro, ao se estabelecer a imperatividade da demonstração da culpa do ofensor, equilibrava-se o sistema, dando alguma igualdade de armas a ofendido e ofensor.

E foi desse modo que a redação do Código Civil dos franceses de 1804 limitou-se a enunciar de modo genérico que todo e qualquer fato humano que causasse um *dano* a outro obrigava aquele pela culpa de quem ele foi ocasionado a repará-lo (art. 1.382), desde que, claro, verificada a culpa do réu. Através desse *singelo* expediente, o *Code* alterou a lógica até então prevalente de vincular um dano específico pela violação de um interesse jurídico também especialmente tipificado, nunca é demais repetir, desde que presente a negligência, a imprudência, a imperícia e, obviamente, o dolo.

O ponto que, nada obstante, não se costuma chamar atenção é o de que, a partir de então, tudo seria indenizável: não se necessitava mais malabarismos interpretativos para estender o alcance de tipos fechados. O histórico discurso de Jean Dominique Léonard Tarrible, em 19 Pluvioso de 1803, enfatizou que todo e qualquer interesse jurídico estaria contido na regra do art. 1.382: “Do homicídio até a mais leve ferida, do incêndio em um edifício até à quebra do mais desprezível (bem) móvel, tudo está submetido à mesma lei.” (ROSSETTI, 2009, p. 23-24)

O mais desprezível bem móvel deteriorado, o mínimo prejuízo já seria passível de ensejar a demanda de responsabilidade civil. Chegava-se, assim, a um ponto na evolução do Direito Privado onde a noção de dano se estendeu para todo e qualquer fato capaz de gerar uma *deminutio* sobre o patrimônio de alguém. Os danos eram finalmente concebidos como “*eventos de extensão ilimitada*”, como diz Álvaro Villaça Azevedo (2011, p. 193). A cláusula geral do dano tornava possível um giro copernicano dentro da Responsabilidade Civil, que até então não admitia “tudo” como indenizável. Essa mudança, todavia, demoraria ainda muito tempo para se fazer sentir!

Surgia então um modelo de responsabilidade civil diferente, no qual a ameaça de um dano já permitiria a aplicação de sanções jurídicas que passariam a ser por ela abrangidos. As primeiras ideias sobre o tema foram feitas na França pelas professoras Mathilde Boutonnet e Catherine Thibierge. Aparentemente, o primeiro artigo a falar expressamente da necessidade de revisão das

² Cf. White (2003, p. 107).

³ Todo o raciocínio, em última análise, resultou de uma secular tradição, existente desde o período Pós-clássico, que interpretava a *Lex Aquilia* como modelo de tipo abstrato do dano tendo em vista a falência dos demais tipos do Direito Romano Clássico em acompanhar as imensas e intensas mudanças por que passaram. Logo, o padrão sistêmico aberto, quanto à tipificação, e mais rigoroso, quanto à culpa, foi o que passou a imperar: “*Lex Aquila et culpa levissima venit*.” Sobre o tema, cf. Valditara (2005).

Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar

bases estruturais da responsabilidade civil foi o de Catherine Thibierge (1999), professora da Faculdade de Direito de Orléans, na Revue Trimestrielle de Droit Civil, sob o título *Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité*. Tomando por base uma acepção jurídica da palavra *responsabilidade*, que se considera voltada para a reparação dos danos causados no passado e, por isso mesmo, bastante restrita, postula seu alargamento por meio de uma revisitação filosófica de seus conceitos e fundamentos. Para isso se serve do pensamento de influentes pensadores da atualidade como Hans Jonas e Paul Ricoeur.

O trabalho utiliza um recurso literário interessante: fantasia um diálogo com Cândido, de Voltaire. Em dado momento, ressalta-se que a *responsabilidade civil* tem sido voltada apenas para a compensação, ou reparação dos danos. É quando ela recebe uma severa reprimenda da personagem imaginária: “como se deixa que teu direito utilize o termo ‘responsabilidade’ num sentido tão limitado? Não te desconforta ver assim reduzido um tão belo atributo da condição humana?”⁴ Então, passa-se a propor a divisão que é uma constante nas formulações dos teóricos da responsabilidade sem dano: a cisão da responsabilidade civil em duas, uma preventiva e outra repressiva, ou, como é comum na linguagem dos autores franceses, *curativa*.

Não há propriamente uma recusa ao modelo tradicional de responsabilidade (*curativa*) e que concebe sanções retributivas, sejam compensatórias, sejam punitivas, as quais pressupõem, de todo modo, uma efetiva lesão a um bem juridicamente protegido. Nada obstante, ao lado dela, visando fazer frente à gestão dos novos danos, a professora viria a propor que a responsabilidade civil também fosse um campo aberto à adoção de medidas de antecipação e prevenção aos danos.

Contudo, ao nosso sentir, o trabalho mais sistêmico sobre a questão foi o produzido por Cyril Sintez (2011), a partir da distinção existente no Direito francês entre danos e prejuízos. O trabalho realiza inicialmente sutis – mas ao mesmo tempo geniais – distinções vernaculares entre dano, violação factual, prejuízo e consequência jurídica, considerando, porém, que todos esses conceitos estariam jungidos pelo regramento da responsabilidade civil. Contudo, como cada qual estaria a necessitar de um adequado enfrentamento pelo Direito, passa a divisar a possibilidade de existirem sanções preventivas a serem adotadas antes mesmo da ocorrência do dano e de consequências materiais. Apoiado nessa premissa, Cyril Sintez, então, constrói a sua tipologia de sanções no âmbito da Responsabilidade Civil, a saber: a) sanções anteriores ao dano; b) sanções concomitantes ao dano; c) sanções posteriores ao dano. Obviamente, interessam-nos as duas primeiras.

Antes da realização do fato danoso, como evidenciam as situações de ameaça à vida privada, a sanção deve ser dada para antecipar-se à realização mesma do dano, ainda que o risco não seja de todo conhecido, considerando-se o chamado *estado da arte*. Aqui é expressa a referência ao princípio precautório, que outorga o derradeiro fundamento normativo para as conclusões apresentadas por Cyril Sintez (2011, p. 451). “Assim, antes da realização do fato danoso, as manifestações preventivas da responsabilidade civil se realizam, seja por meio de medidas preventivas de antecipação do risco conhecido, seja por meio de medidas de precaução.”⁵

Além disso, no curso da realização do fato danoso também seria possível a existência de sanções *sem a existência completa de dano*, considerando-se que um fato pode produzir turbacão com consequências jurídicas mais concretas, sem, contudo, apresentarem características de um fato danoso ressarcível. As sanções, aqui, também se realizam pelos atos materiais e demais providências sub-rogatórias, destinadas à sua cessação. É o caso já conhecido no Direito Civil

⁴ “Comment se fait-il que ton droit utilise le terme ‘responsabilité’ dans un sens si limité ? Cela ne te gêne pas de voir de voir ainsi réduit un si bel attribut de l’humaine condition?” (1999, p. 562).

⁵ No original: “Ainsi, avant la réalisation du fait dommageable, les manifestations préventives de la responsabilité civile se soldent soit en mesures préventives d’anticipation du risque connu soit en mesures de precaution.”

do uso nocivo da propriedade e sua relação com os demais direitos de vizinhança (SINTEZ, 2011, p. 451).

A existência de uma ação de responsabilidade civil chega a ser defendida ainda, se bem que de modo menos contundente, por Geneviève Viney e Patrice Jourdain (2001, p. 18). As prestigiadas autoras ressaltam que, em princípio, a ideia de reparação é que domina o direito da responsabilidade civil. Nada obstante, existiriam certas formas de dano como, por exemplo, as decorrentes do uso nocivo da propriedade, da concorrência desleal, das ameaças aos direitos reais e aos direitos da personalidade, que tornariam insuficientes as “simples” medidas de reparação ao dano.

A reparação do dano já não mais constituiria o objeto da Responsabilidade Civil. Ela agora se destinaria também a evitá-lo. No entanto, se é verdade que nada não é tão ruim que não possa piorar, houve quem passasse a defender um modelo ainda mais extremado de responsabilidade (sem dano): uma que se basearia na própria conduta, como acontece no Direito Público. Pensamos que essa parece ser a vertente mais radical delas: a mera conduta humana como fator de imputação para uma condenação civil (propositadamente não se usou a palavra reparação!). Essa é a forma de responsabilidade civil que advoga Suzanne Carval (1995, p. 13), uma das autoras mais prestigiadas da atualidade na França. Através de um raciocínio engenhoso e logicamente difícil de refutar, a professora da Faculdade de Direito de Rouen defende que a reparação não seria mais a única – e nem a mais importante – função da responsabilidade civil. A própria definição de regras de comportamento e, de modo consequencial, a aplicação de sanções eficazes para aqueles que as transgridam representaria seu grande objetivo.⁶

O ponto nodal dessa nova forma de responsabilidade civil está, como dito acima, no alargamento de sua função punitiva. Devidamente *aggiornada* para se ajustar ao mundo de hoje, seria possível por meio da responsabilidade civil sancionar qualquer conduta e não apenas *condutas danosas* como até agora o vem sendo (CARVAL, 1995, p. 379). O redimensionamento teórico proposto por essa respeitada acadêmica colocaria em evidência aquilo que passou a ser denominado de *função normativa*. Por meio dela, então, a própria conduta (o ato humano) poderia ensejar uma reparação (agora usamos o termo para denotar como ele ficaria sem sentido) civil.

O raciocínio parte da evidência de que, em primeiro lugar, a responsabilidade civil já nem poderia ser considerada um sistema exclusivo de reparação, pois outros existem no direito contemporâneo que estatuem outras formas de indenização, como o seguro social e aqueles relativos aos fundos assecuratórios em geral. Aliás, tais modalidades de ressarcimento teriam o mérito adicional de serem menos complexas sobretudo em relação à prova e outros fatores de imputação (CARVAL, 1995, p. 381). A responsabilidade civil, já não mais exclusiva em sua finalidade tradicional, converter-se-ia agora em disciplina eminentemente punitiva, de controle das condutas, fazendo nascer um instituto novo, que foi nomeado de “pena privada oficializada” (as indenizações ficam em um segundo plano).

E mais: justamente por não se encontrar vinculada ao princípio da legalidade, a pretendida disciplina das condutas humanas poderia ser melhor realizada pela responsabilidade civil. O raciocínio é audacioso: reúne a lógica diretora dos ramos próprios do direito público e, ao mesmo tempo, a flexibilidade estrutural do direito privado. Aqueles, sendo por definição impedidos de atuar diante do mosaico infinito de situações que a experiência social revela, sendo, ademais,

⁶ No original: “Il nous semble tout a fait excessif, en effet, de déclarer, que la responsabilité civile a pour unique raison d’être, aujourd’hui, la réparation des dommages et qu’on ne peut par conséquent attendre d’elle qu’elle participe à l’oeuvre normative de notre système juridique. Il subsiste à l’évidence des manifestations significatives de son aptitude à définir des règles de comportement ainsi qu’à sanctionner efficacement ce qui les transgressent.”

Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar

imperativo para os tempos hodiernos a disciplina jurídica do próprio comportamento diante da necessidade de evitar o próprio dano, ficaria em última análise a responsabilidade civil com esse papel. Aliás, papel esse que poderia ser facilmente desempenhado por meio de cláusulas gerais (v. por exemplo o art. 186 de nosso Código Civil) que permitiriam a inclusão fática de qualquer evento diante da previsão genérica e abstrata que enuncia.

As ideias de Suzanne Carval repercutiram diretamente sobre uma plêiade de autores europeus e também nacionais, os quais, incorporando-as, começaram a idealizar uma “cisão” da responsabilidade civil. É o caso do interessante trabalho de Daniel Levy (2012, p. 221) que propõe seja ela subdividida em dois grandes setores. O direito dos danos, em rápido resumo, corresponderia à responsabilidade civil como a conhecemos, tendo como “fundamento interpretativo a proteção da vítima e os efeitos do ilícito”. Em sentido oposto, o *direito das condutas lesivas* se encarregaria de “estudar e pesquisar o ilícito sob o ponto de vista de suas causas, isto é, a conduta do agente, tendo como fundamento interpretativo a possibilidade de dissuadir o comportamento faltoso”. Ao defender um direito das condutas lesivas, sugere-se inclusive que o ato ilícito – e a culpa – retome lugar de destaque como fator de imputação. É efetivamente a conduta humana que se deseja controlar, ficando em zona secundária os mecanismos de indenização (LEVY, 2012, p. 222).

Ainda na França, pode ser mencionada Mme. Daphné Tapinos; na Itália, M. Massimo Bianca; na Espanha, M. Eugenio Llamas Pombo; no Brasil, Teresa Ancona Lopez, Daniel Levy de Andrade. Todos coincidem na tese de que instrumentos preventivos devem ser incorporados à responsabilidade civil, ou, ainda, que um simples agir contrário ao Direito poderá ensejar a condenação do agente em uma forma diferente de *indenização* civil. Rendemo-lhes respeitosa vênias, mas acreditamos que todas terminam fazendo *tabula rasa* da história da responsabilidade civil. Nada obstante, sua desconsideração *tout court* obnubila que, durante séculos, a responsabilidade civil já foi *direito das condutas lesivas* e que, aparentemente, tal fórmula não funcionou.

Consoante explica Mario Franzoni (2010, t. 1, p. 254): “a função da responsabilidade civil é a de reagir ao dano injusto e não de reprimir uma conduta antijurídica.” Com efeito, a responsabilidade civil vocacionou-se ao longo de séculos para a repreensão do dano e não para sua prevenção direta. Nisso nada há de menor ou impróprio. Voltada para o patrimônio do ofensor e não para sua pessoa, ou seu atuar em sentido próprio, ela permite um equilíbrio flexível, diferentemente da esfera penal, entre o exercício pleno das liberdades individuais e a proteção dos interesses tutelados.

A História do Direito fornece os elementos iniciais para a refutação da responsabilidade civil sem dano. É que o que se defende como novo, na realidade, constitui passado longínquo. Nas primeiras formas de responsabilidade historicamente referidas, de fato, o dano não era propriamente um pressuposto. Era o ilícito, ou seja, o ato humano que definia a responsabilidade. Com o tempo, entretanto, eles foram perdendo sua função penal e deram lugar à ideia de reparação que, obviamente, exigia a existência de um dano. Daí se dizer que a história dos delitos em Roma foi a história de uma degradação progressiva da pena. O processo se repetiu, aliás, não apenas no âmbito do Direito Romano, mas também nos ordenamentos dos povos bárbaros na Idade Média, tais como os primitivos direitos inglês e francês.

G. Marton, um autor reconhecido pela leveza no pensamento e razoabilidade de ideias, destacou justamente por isso que a indenização civil, sem prescindir de uma lógica preventiva geral, permitiria sancionar de forma adequada as lesões praticadas contra o patrimônio ou integridade de um indivíduo, sem, contudo, jogar o ofensor na vala comum do Direito Penal que

mancha sua honra e lhe desconstrói a índole⁷. De fato, essa constitui provavelmente a mais importante razão de ordem ideológica contra a ideia de uma responsabilidade sem dano. É que o dano funciona como uma espécie de válvula de segurança contra eventuais arbítrios.

Existe, ao que parece, uma clara correlação entre a evolução das sociedades e a necessidade de estratificação de suas regras de responsabilização. Isso significa que a ilicitude deve ser vista como fenômeno amplo e diversificado. Ou seja, existe não apenas uma, mas inúmeras formas de ilicitude, cada qual com suas peculiaridades. A gestão do dano na sociedade de risco não precisa ser realizada apenas por meio da responsabilidade civil, que é como uma espécie de mantra para seus defensores. Outros ramos do Direito também possuem vocação para isso e só uma atuação coordenada e conjugada entre eles se revelaria capaz de dar algum efetivo alento às potenciais vítimas do progresso tecnológico. Ao invés de uma cisão da responsabilidade civil, uma gestão “global” dos riscos por meio de um diálogo interdisciplinar entre os vários ramos do Direito destinados a enfrentá-los, cada qual com suas peculiaridades e mantendo suas respectivos constitutivos ontológicos, vem a ser uma opção bem mais ponderada.

Até agora, foi realizada aqui uma abordagem quase que totalmente teórica da questão. O leitor já deve estar cogitando, portanto, que se trata de tema meramente acadêmico, sem qualquer interesse prático. Engana-se quem pensar isso. Ao se propor, por questões preventivas, que o simples agir possa já ensejar uma *pena*, abre-se uma infinidade de possibilidades de responsabilização civil ainda que não se verifiquem efeitos lesivos concretos. Sobretudo no âmbito do Direito do Trabalho e do Ambiental, onde são notórias as ações que buscam reparações em virtude do chamado *risco de exposição*, ou por meio da exasperação do conceito de dano moral. Esse, por sinal, é um ponto importante para se ter em mente: os danos decorrentes de exposições danosas não são efetivamente ameaças de dano potencial senão que danos efetivos. Para ensejar qualquer forma de indenização precisam afetar diretamente um interesse jurídico material ou moral.

Assim, por exemplo, no julgamento do Recurso de Revista 278300-23.2009.5.12.0032, do qual foi relator o Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, o Tribunal Superior do Trabalho examinou a seguinte situação: uma atendente de farmácia teve o polegar ferido ao aplicar uma injeção. Ela apresentou, diante do acidente de trabalho noticiado, demanda postulando danos morais em razão da exposição ao risco de ser contaminada por agentes patológicos como o Vírus da Imunodeficiência Humana. A reclamação trabalhista foi denegada pelas instâncias ordinárias e, por fim, pela Corte Superior Trabalhista exatamente sob o fundamento de que o acidente de trabalho do qual não decorra efetivo dano não admite qualquer reparação ou condenação para fins de responsabilização civil (BRASIL, 2013).

Isso não quer dizer, como apontado, que a jurisprudência haja infirmado a possibilidade de reparação civil por meio de exposições lesivas, desde que possível afirmar a existência concreta de uma lesão. Esse foi o caso de uma decisão proferida pela Corte de Cassação Francesa na qual se considerou que a existência de um lago artificial, represado por barragem e mantido em nível acima do tolerado, autorizaria uma indenização aos demais vizinhos diante do risco de inundação iminente. No caso, decidido pela 3ª. Câmara Cível daquele famoso tribunal, em 17 de dezembro de 2002, observou-se serem devidos danos materiais em razão da diminuição do valor das terras dos demais proprietários. Ou seja, a exposição, na hipótese, efetivamente já configurava uma lesão.

⁷ Cf. Marton, 1938.

Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar

Do mesmo modo, no Superior Tribunal de Justiça o vazo da mera ilicitude como configurador da responsabilidade civil sem a existência de dano efetivo vem sendo afastada em julgados paradigmáticos como o proferido no âmbito do Agravo Regimental no Recurso Especial 1269246/RS. No caso, decidiu-se que o atraso não significativo em voo doméstico não poderia ensejar dano moral. Consoante anotou o Ministro Luís Felipe Salomão:

A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. (BRASIL, 2014a)

Já em matéria ambiental, um conhecido campo onde é afirmada a possibilidade de responsabilização apenas por ofensa a uma regra estabelecida, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça também reafirmam a concepção tradicional. Em decisão proferida em sede de Recurso Repetitivo (REsp n. 1354536/SE, sendo relator também o Ministro Luís Felipe Salomão), disse o STJ que: “o dano material somente é indenizável mediante prova efetiva de sua ocorrência, não havendo falar em indenização por lucros cessantes dissociada do dano efetivamente demonstrado nos autos” (BRASIL, 2014b). A demanda tinha como pano de fundo uma indenização justamente por danos ambientais, razão pela qual é possível inferir que resultou afastada em nosso direito a possibilidade de uma responsabilização civil sem danos também nessa seara, como muitos pretendiam.

2. DANOS *IN RE IPSA*: UM CONCEITO AINDA EQUÍVOCO NA DOUTRINA, EMBORA USUAL NA JURISPRUDÊNCIA

A não menos polêmica figura dos danos *in re ipsa*, expressão que traduz a ideia de que a lesão antijurídica pode ser autoevidente e, assim, suficiente por si somente para configurar o dever de reparar, passa, agora, a ser objeto de nossas considerações. Não se trata, propriamente, de uma novidade no Direito. A *Common Law* supostamente já lhe conhecia sob a nomenclatura de danos *per se*, mas isso será posto à prova mais adiante. Por isso mesmo, é ilusão acreditar que os chamados danos *in re ipsa* tenham como domínio de incidência apenas os danos morais. Os prejuízos materiais podem ser, igualmente, passíveis de serem configurados como danos *in re ipsa*, embora tais situações sejam, de fato, bastante excepcionais.⁸ Do ponto de vista prático, contudo, é exclusivamente dentro do âmbito moral que eles são invocados com o fim de tornar desnecessária a comprovação da dor ou abalo psicológico.

No já referido *arrêt* da 1ª Câmara Civil da Corte de Cassação, datado de 5 de novembro de 1996, a Corte de Cassação Francesa acolheu de modo definitivo a tese segundo a qual as ofensas aos direitos da personalidade constituíam danos *in re ipsa*, que coisa outra não são do que um método normativo de presumir como danosa uma conduta que, em princípio, não revela um dano aparente.

No Superior Tribunal de Justiça, o dano *in re ipsa* (e, portanto, o caráter objetivo ao dano moral) encontra acolhida desde longa data. Os primeiros precedentes sobre o tema, em conformidade com a base de dados jurisprudencial que a Corte mantém na rede mundial de computadores (internet), foram firmados por sua Quarta Turma através, respectivamente, dos Recursos Especiais 23.575/DF (julgado em 6-6-1997) e 196.024/MG (julgado em 2-3-1999), ambos sob a relatoria do Ministro César Asfor Rocha.

⁸ Nesse sentido, Franzoni (2010, t. 2, p. 66).

Embora não mencionando a expressão *in re ipsa*, em um julgado do ano de 1991, o Tribunal já havia prestigiado a tese da repercussão objetiva do prejuízo moral em analisando um caso em que a vítima sofrera a perda de um dos membros inferiores. Além da indenização pelos efeitos econômicos da lesão corporal (os danos materiais), o Ministro Eduardo Ribeiro, que iniciou a divergência que se sagrou vencedora, assim se manifestou:

Parece-me demasia exigir-se a demonstração de que ocorre um notável sofrimento do fato de alguém perder um membro inferior, sofrimento que, não econômico, se classifica como moral. Isso é da natureza das coisas, é de ciência comum. Seria uma prova verdadeiramente diabólica essa que se pretende que a vítima faça. Condiciona-se a indenização à prova daquilo que todos sabem que é verdade. (BRASIL, 2010, p. 164)

Hoje, o assunto está sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência admite várias modalidades de lesão moral presumida, *in re ipsa*, porquanto o dano e seus efeitos lesivos terminam se confundindo.⁹ Nada obstante, setores da doutrina consideram que sua formulação incorre em grave erro teórico. É a opinião, por exemplo, de Anderson Schreiber (2011, p. 202), para quem, “a verdade, no entanto, é que a dor não define, nem configura elemento hábil à definição ontológica do dano moral. Como já demonstrado, trata-se de uma mera consequência, eventual, da lesão à personalidade e que, por isso mesmo, mostra-se irrelevante à sua configuração”.

A afirmação está correta. A necessidade de uma presunção para tornar viável a reparação parece dizer respeito àquele primeiro momento de descoberta dos danos morais, quando, pela influência da ideologia liberal, os danos eram quase sempre limitados à esfera patrimonial. A referência quase atávica à dor ou ao abalo psicológico até os dias de hoje só serve para demonstrar a força desse paradigma.

Os danos (morais) *in re ipsa* não são nem presumidos, nem se confundem com a própria ilicitude. Eles demonstram uma vez mais que os danos (de modo especial os de índole moral) constituem formas de lesão a um interesse juridicamente protegido. Desse modo, compreende-se expressão *in re ipsa* tão somente como um recurso linguístico para permitir a fuga desse quase que irracional temor de declarar que os danos morais são apenas lesões a interesses jurídicos qualificados (e não os abalos e dores psicológicos como ainda é dito aqui ou ali). Em que pese sua fragilidade teórica, contudo, ela termina por fazê-lo de modo pragmático ao tornar desnecessárias sondagens de viés subjetivo pelo Poder Judiciário para a constatação de tais danos.

Nesse rumo de ideias, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que nos casos de inserção de nome de forma indevida em cadastro de inadimplentes (AG 1.379.761), bem como inclusão indevida por prestação deficiente de serviço da instituição bancária (AG 1.295.372 e RESP 1.807.487), ou ainda nos casos de atraso de voos (RESP 299.532), há o dano *in re ipsa*. Isso vem a ilustrar, portanto, que ao falar de dano *in re ipsa*, a Corte Superior não aboliu a presença do prejuízo ou efetiva lesão a direito para impor a responsabilização civil.

Ainda no pertinente, comprova a afirmação acima entabulada, a edição do verbete 385 da Súmula daquele elevado Tribunal, a qual enuncia: “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”. Se o dano *in re ipsa* se confundisse com a própria conduta, ou alguma forma abstrata de presunção do dano, o que no mesmo daria, seria impossível falar de sua inexistência quando permitida sua aplicação. Ora, a Súmula 385 vem demonstrar justamente o contrário, ou seja, que é possível em uma situação de hipotética aplicação do dano *in re ipsa* demonstrar-se sua eventual inexistência por outros mecanismos.

⁹ Cf. Brasil, 2011.

Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar

Logo, demonstra-se que dano *in re ipsa* não significa presunção do dano a tal ponto de lho confundir com a mera conduta ou ilicitude. Com isso, afasta-se qualquer possibilidade de por seu meio se vislumbrar uma responsabilidade civil sem dano.

3. O TORT DE TRESPASS: DANO IN RE IPSA OU INDENIZAÇÃO SEM DANO?

Na sistemática atual da *Common Law*, o *trespass* hoje é associado a uma espécie de *tort*, mais precisamente, o *trespass to a land*, que corresponde à violação de domicílio ou à propriedade imobiliária. Mas em sua origem, seu significado era amplo, e representava qualquer tipo de ilícito intencionalmente provocado. Tanto assim o era considerado que Oliver Wendell Holmes Jr. (2009, p. 71-73) afirmava que poderia existir apenas uma teoria geral do *trespass*, tamanha era sua importância para a *Tort Law*.

O *trespass* foi o delito a partir do qual foi concebida e sedimentada a própria noção de *tort* no Direito Inglês medieval, o que se deu durante o Século XIII, quando a fórmula *quare*, pela qual o autor indagava ao réu porque ele lhe havia causado uma lesão, passou a ter uso generalizado (MILSON, 1985, p. 1-90). À fórmula *quare* foi adicionada a cláusula *contra pacem (vi et armis, et contra pacem Domini Regis)*, e o *trespass* passou a ser utilizado como remédio jurídico contra atos violentos. Isso é, de fato, particularmente significativo para que se venha a entender as radicais diferenças entre a *Common Law* e o direito continental no que se refere à responsabilidade civil.

Com efeito, *Torts* não correspondem de forma exata ao que chamamos de responsabilidade civil, pois herdam a noção romana arcaica de ilicitude civil, onde a mera conduta era capaz de gerar uma sanção civil que não se confundia com o que, do nosso lado, é chamado de indenização. Não por outra razão, o *trespass*, originariamente, era designativo de ofensas criminais. Só a partir do Século XIV, mediante um ato do Parlamento inglês, que se operou uma distinção dos aspectos criminais e civis da ação por meio da fórmula *quare*, a qual permitia, em situações delitivas de menor gravidade, que o ofensor fosse punido apenas por meio de sanções pecuniárias (PLUCKNETT, 2001, p. 455-546).

Numa Inglaterra consumida por constantes invasões e revoltas intestinas, o *trespass* em sua conformação arcaica de ilícito associado à invasão, ou permanência não autorizada em uma propriedade, passou a ser visto como verdadeira cláusula geral para reprimir qualquer forma de lesão ao patrimônio ou à pessoa de terceiros; uma espécie de *neminem laedere* à maneira medieval. Nascido, portanto, como mera ilicitude, então, passou a associar situações próprias de lesão fenomênica como a destruição de bens móveis da vítima (*trespass to chattel*), ou mesmo ofensas à honra do indivíduo, como a calúnia e a difamação (*slander and libel*).

Desse modo, no seu alvorecer, como ainda hoje, o *trespass* em sua concepção de invasão à propriedade (*to land*) dispensava a prova dos danos, pois eles eram considerados *per se*, ou seja, como uma decorrência automática do ato lesivo descrito pelo autor. Em contrapartida, as formas de *trespass* que se seguiram eram baseadas na ideia de *action on the case*, que exigiam que o autor da demanda comprovasse os danos sofridos, ainda que de natureza extrapatrimonial (ZIMMERMANN, 1992, p. 910). Donal Nolan (2011, p. 480) explica tal linha divisória existente entre *trespass action* e a *action on the case*, apontando que dois princípios determinam a diferenciação, a saber, se a interferência foi direta ou indireta:

Dois princípios determinam essa pergunta: (1) se nenhuma pessoa ou objeto físico cruza os limites da terra do reclamante, a interferência é indireta; e (2) onde há uma projeção de um objeto físico na terra do reclamante, a interferência é direta se o ato

do réu for ilegal desde o início, mas indireta se o ato do réu for inicialmente legal, mas depois levado a uma invasão dos direitos do reclamante. Portanto, um sinal de que, quando erguido o objeto, se se projeta no espaço aéreo sobre a loja do reclamante é uma transgressão (*trespass*), enquanto que uma cerca inicialmente nivelada com a linha de fronteira e que posteriormente se inclina sobre a terra adjacente é um incômodo (*nuisance*).¹⁰

Assim, o *trespass* foi efetivamente desmembrado, e passou a referir-se unicamente aos ilícitos envolvendo a interferência dolosa (*intentional*) na propriedade de outras pessoas, a iniciar pelo esbulho e demais turbações à posse ou propriedade imobiliária (*trespass to land*), contemplando-se também a turbação momentânea de bens móveis (*trespass to chattels*). Posteriormente, outras formas de interferência à propriedade apareceram na *Tort Law*, como as consequências decorrentes de uma interferência indireta na propriedade alheia (*nuisance*), mas nessas últimas já se nota a necessidade de demonstração, como dito acima, de um dano efetivo.¹¹

A pergunta a que se deve proceder, portanto, é a de saber se ao considerar *per se* a violação decorrente do *trespass*, a *Common Law* reconhece, na realidade, situação onde a mera conduta acarreta sanção civil, ou seria mesmo uma hipótese de desnecessidade de comprovação de tais danos (dano *in re ipsa*), conforme aqui igualmente já exposto? Nesse ponto, mercê da explicação histórica de que a *Common Law* importou diretamente do modelo romano arcaico a definição de ilicitude civil, parece que, na prática, o que se chama de *dano per se* não é propriamente o dano *in re ipsa*, senão que uma forma, sim, estilizada de responsabilidade sem dano.

Nesse contexto, a Suprema Corte da República da Irlanda, em 2008, julgou um caso de *trespass to land*, em que o requerente era agricultor e proprietário registrado de terras nos dois lados de uma via pública. Ele solicitou uma ordem para proibir a realização de trabalhos que consistam na construção de uma vala e na colocação de cabos subterrâneos de conexão de rede entre um parque eólico e uma subestação. A Corte entendeu que houve sim um *trespass*, quando entraram em sua propriedade para assentar os tubos, assim como continuou havendo a agressão pela permanência dos mesmos.

Ainda que a terra não tenha tido diminuição de seu valor, e que após a colocação dos tubos a aparência do terreno tenha voltado ao estado anterior, isso tudo causou angústia e inconveniência ao autor. No entendimento da Corte, seguindo a tradição secular da *Common Law*, o *trespass to land* seria acionável *per se*, pois decorrente de mera interferência a direitos de terceiros, ainda que não resultem consequências adversas (WINIGER; KOZIOL; KOCH; ZIMMERMANN, 2012, p. 481-482). Com efeito, toda a doutrina anglo-saxã, não de hoje, esclarece que o *trespass* dispensa a prova de um dano concretamente sofrido, pois eles já eram considerados *per se*, ou seja, como uma decorrência automática do ato lesivo descrito pelo autor (ZIMMERMANN, 1992, p. 910).

Nesse caso, parece que a *Common Law*, embora associando o *trespass* à ideia de um dano *per se*, nada mais faz que historicamente contemplar um caso em que o que se cuida mesmo é de responsabilidade sem dano, uma vez que é a conduta em si e não uma lesão concreta a direito;

¹⁰ No original: “Two principles determine that question: (1) if no person or physical object crosses the boundary of the claimant’s land, then the interference is indirect; and (2) where there is a projection of a physical object onto the claimant’s land, the interference is direct if the act of the defendant was unlawful from the beginning, but indirect if the act of the defendant was initially lawful, but led afterwards to an invasion of the claimant’s rights. Hence a sign which when erected projects into the airspace over the claimant’s shop is a trespass, while a fence initially flush with the boundary line which subsequently comes to lean over adjoining land is a nuisance.”

¹¹ Importante apontar que, atualmente, os danos intencionalmente infligidos contra as pessoas mereceram tipificação própria e que constituem, atualmente, *torts* como *battery* (formas de agressão física contra a pessoa, eventualmente chamados de *wounding*, *mayhem*, *maiming* na literatura inglesa mais antiga), *assault* (ameaça iminente de lesão corporal), o *false imprisonment* (atentados à liberdade individual) e, mais recentemente, o chamado *Intentional infliction of emotional distress* (infilção propositada de aflição mental).

Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar

vale dizer, não se cuida de uma diminuição na esfera de direitos da vítima, mas sim da simples violação a direito subjetivo seu para que se venha a impor uma “indenização” ao agressor. O interessante é considerar que, ainda que seja assim, tão forte se tornou a presença do dano quando se fala de ilícitos civis que, mesmo egresso de um contexto onde a mera ilicitude gerava a punição, procura-se a todo momento evidenciar que existe, sim, um dano jurídico suficiente para os objetivos desta ação (de *trespass*).

De todo modo, há uma clara dificuldade para adotar esse entendimento em nosso ordenamento jurídico. Isso porque, na *Common Law* não há um conceito lógico-unitário do ilícito civil e do dano, não há um sistema de Responsabilidade Civil, mas tão somente um sistema de ilícitos, os *torts*, que são muito assemelhados aos tipos penais, como já se assinalou. Em todo caso, o ponto crucial, como será adiante posto em consideração, é observar os riscos que se correm por, sob o pretexto de se estar supostamente falando em *dano in re ipsa*, na verdade, se estar tratando de hipótese de responsabilidade sem dano diante da proximidade de tais institutos.

Questiona-se em especial como é possível adotar, com um mínimo de segurança, critérios razoáveis de indenização para algo que, na realidade, não representa lesão ou diminuição sensível do patrimônio de outrem, nele considerado, claro, seus aspectos imateriais? Isso fica particularmente claro a partir da análise de um tema por demais frequentado em nosso Superior Tribunal de Justiça, a saber, os danos morais coletivos.

4. O DANO MORAL COLETIVO, OU DOS RISCOS DE SE UTILIZAR DO DANO *IN RE IPSA* PARA MAQUIAR UMA RESPONSABILIDADE CIVIL POR MERA CONDUTA

Cotejando-se, dessa forma, os delineamentos da responsabilidade civil sem dano com os do dano *in re ipsa*, percebe-se claramente que manifestam realidades diferentes. Ainda assim, como pontuado na introdução deste trabalho, é possível considerar algumas situações onde elas virtualmente quase se tocam para logo se perceber que possuem diferentes propósitos e soluções para as questões que visam a responder e que, não raro, são as mesmas. Claro exemplo dessa pseudoconfusão pode ser observada através da análise da caracterização do dano moral coletivo.

Os danos coletivos, sejam sob o aspecto moral ou material, marcham igualmente no sentido de uma responsabilidade civil dinâmica e comprometida com os imperativos e torvelinhos da sociedade pós-moderna. Por outro lado, a admissão de danos morais coletivos realiza a consolidação do conceito do dano como lesão a um interesse juridicamente protegido, apartando-se definitivamente de um modelo patrimonialista que por séculos o caracterizou.

O dano moral coletivo então, passou a ser compreendido como uma forma de lesão aos interesses ou direitos titularizados pela coletividade. Com efeito, doutrina e posteriormente jurisprudência começaram a predicar que seria possível a violação mesmo dos valores extrapatrimoniais de uma dada comunidade, ou seja, de “um determinado círculo de valores coletivos”, como explica Carlos Alberto Bittar Filho (1994). Nesse contexto, pode-se perceber a perfeita correlação entre o caráter essencialmente axiológico da lesão e sua reparabilidade categorizada dentro de uma noção ampla de patrimônio imaterial.

Hoje, após uma anterior e intensa etapa de ativismo judicial, liderada por nada menos que o Superior Tribunal de Justiça, o dano moral coletivo se impõe como conceito dogmático diante da atual redação do art. 1º, da Lei n. 7.347/85, com a redação que lhe deu a Lei n. 12.529/11. De fato, em nosso direito positivo atual, está assegurada a responsabilização civil por danos morais

decorrentes de agressões ao meio-ambiente; ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ou, genericamente, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Há, todavia, um risco nisso tudo: o de que o dano moral coletivo termine por gerar, na prática, uma situação de responsabilidade por mera conduta, ou sem dano. Caso não se venha adequadamente a compreendê-lo, bem como porque, ao desconsiderar em seu conceito apenas os elementos transcendentais aos interesses de cunho individual, tende naturalmente a relegar a importância da concreta lesão aos valores que busca proteger. Nesses termos, realmente, o dano moral coletivo parece aproximar-se de ser mais uma categoria que pune uma “conduta lesiva” que propriamente um dano, o que, por coerência ao que vem sendo afirmado, necessita ser afastado. E é isso que, repetimos, há de ser evitado.

Como destaca Carlo Castronovo em relação ao conceito jurídico do dano ambiental na Itália, é imperativo buscar pelo menos na existência de um dano efetivo também quando se fala de interesses de caráter coletivo: que eles consistam efetivamente em uma lesão juridicamente relevante e não numa transgressão ao ordenamento em si mesmo.¹² Não foram outras, em nosso sentir, as conclusões apresentadas pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Especial REsp 1354536/SE, decidido sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil e que teve como pano de fundo precisamente uma demanda relativa a danos ambientais, conforme já apontado nesse trabalho.

A Corte afirmou que o dano somente é indenizável mediante a prova efetiva de sua ocorrência, e, assim deixou claro que não considera válida a existência de condenações de danos coletivos associadas à mera ilicitude, ou seja, o descumprimento de normas existentes no ordenamento. A elas, deve-se seguir a demonstração concreta de um dano, como pressuposto para a imposição de qualquer forma de Responsabilidade Civil.

Seja como for, a admissão dos danos coletivos, inclusive os morais, ou extrapatrimoniais como preferem seus defensores, demonstra como fluido pode revelar-se, nos tempos presentes, o reconhecimento de danos. Algo substancialmente diverso da realidade vivenciada em momento pretérito. Isso, a nosso sentir, constitui a prova cabal de que, diferentemente do passado, esse novel dinamismo fornece à Responsabilidade Civil o instrumental necessário para adequadamente evitar os danos sem, contudo, desgarrar-se de seus elementos constitutivos.

A situação não apresentaria, assim, maiores desdobramentos se as coisas estivessem divisadas apenas nesses estritos termos. Porém, o mesmo Superior Tribunal de Justiça que já pontificou não prescindirem os danos morais coletivos de demonstração de lesão concreta a direito coletivo é o mesmo que, não sem justa razão pragmática, afirma que “o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*”.¹³ E é justamente nisso que o problema se constitui, pois, disfarçado pela técnica do dano *in re ipsa* estar-se-ia na realidade admitindo formas de responsabilização pela mera conduta. A essa mesma constatação chegaram, por exemplo, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenthal ao asseverar que a *práxis* em torno do tema vem revelando que o *dano moral coletivo* tem se constituído como uma verdadeira pena civil, ou seja, uma multa punitiva com nome disfarçado.¹⁴

¹² Cf. Castronovo (2006, p. 739).

¹³ “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos, em sede de ação civil pública, considerando, inclusive, que o dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*. Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 100.405/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 19/10/2018; REsp 1.517.973/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 01/02/2018; REsp 1.402.475/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/06/2017.” (BRASIL, 2019b).

¹⁴ A propósito, cf.: Farias, Netto e Rosenthal (2017, p. 362-366).

Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar

Desse modo, em casos em que a suposta agressão à moral coletiva se confunda com a própria ilicitude de uma conduta, com efeitos que não representem qualquer lesão sensível para os indivíduos ou bem jurídicos atingidos, não pode ser qualificado como dano moral coletivo, não se podendo, para tanto, invocar-se que tais danos seriam *in re ipsa*. Embora com palavras distintas, conclusão idêntica chegou o Ministro Raul Araújo Filho ao predicar que o “dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores.” (BRASIL, 2018)

A ofensa grave a que alude o culto magistrado daquela Corte Superior nada mais é do que vem a ser ora afirmado, ou seja, embora inferível *in re ipsa* o dano moral coletivo não pode se confundir com a violação objetiva de norma jurídica, senão que implicar concreta lesão a direitos ainda que coletivos sejam, o que ocorrerá na hipótese apreciada no caso. Com efeito, a situação envolvia cláusula contratual imposta pelo réu obrigando os consumidores adquirentes de seus imóveis, em caso de litígio, a necessariamente recorrer à arbitragem em caso de eventual litígio.

Por mais que fosse considerada abusiva ou exagerada, parece elementar que a situação não importava menoscabo a qualquer atributo de personalidade da coletividade de consumidores afetados por tal disposição contratual que, como referido, a toda prova era mesmo ilegal. Ou seja, da ilegalidade em si não se pode inferir um dano coletivo, demonstrando-se que o dano *in re ipsa*, de que esse instituto se vale para sindicatizar as lesões que busca indenizar não poderá jamais se confundir com uma responsabilidade por mera conduta.

Em outro julgado, tal afirmação é expressa (BRASIL, 2019a). O caso tratou de uma ação civil pública onde a requerida, a saber, a Câmara de Dirigentes Lojistas de Salvador, estaria mantendo um chamado “cadastro de passagem”, assim compreendido como um banco de dados no qual os comerciantes registravam consultas feitas a respeito do histórico de crédito de consumidores com os quais tinham realizado tratativas ou solicitado informações gerais sobre condições de financiamento e crediário, sem providenciar a necessária e precedente comunicação para a pessoa que nele tinha seus dados incluídos. Sendo tais fatos inconteste, restou claro que a Câmara Lojista havia procedido reiteradamente em desacordo com o § 2º, do art. 43 do CDC.

Embora não havendo dúvidas sobre a ilicitude da conduta da ré, o mesmo já não se poderia dizer quanto à certeza sobre os efeitos concretos dela sobre o patrimônio imoral da coletividade enquanto tal. Ou seja, essa massa abstrata de pessoas que o direito hoje concebe como entidade que figura à parte de cada pessoa individualmente considerada não teria sofrido qualquer dano porquanto não fora vislumbrada qualquer lesão a ela própria enquanto coletividade abstrata. O acórdão, resultante da divergência iniciada pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, merece todas as loas e um pouco mais por haver, com base nessa distinção que é tão frequentemente feita pelos defensores do dano moral coletivo, sabido divisar, igualmente, distintas consequências no que se refere aos critérios de definição do dano que atinge a um e a outro.

Nesse contexto, a decisão arremata com o que, para nós, são palavras cuja precisão é irretocável:

Na hipótese, o simples fato de a mantenedora do “cadastro de passagem” não ter se desincumbido do ônus de providenciar a comunicação prévia do consumidor que teve seus dados ali incluídos, ainda que tenha representado ofensa ao comando legal do § 2º do art. 43 do CDC, passou ao largo de produzir sofrimentos, intranquilidade social ou alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, descaracterizando, assim, o dano moral coletivo. (BRASIL, 2019a)

A transcrição torna desnecessária que venhamos agregar qualquer comentário adicional. Ela, como dito, encerra com perfeição exemplo prático em relação a tudo quanto antes se procurou teoricamente dissecar. Ponto e basta!

CONCLUSÃO

Como em praticamente todos os ramos do Direito, a Responsabilidade Civil passou por incontáveis revoluções ao longo do Século XX, não sendo exagero afirmar que tenha sido, na realidade, um dos mais propensos a recebe-las. A admissão da teoria do risco, o desenvolvimento de critérios mais amplos de imputação, a flexibilização de rigores formais para a comprovação do nexos causal, associados ao reconhecimento de novas formas de dano são exemplos por todos conhecidos da intrínseca busca da Responsabilidade Civil para cotidianamente se renovar e continuar viva como instrumento efetivo para que a Justiça retributiva se prodigalize entre os privados. Baseando-se em primados seculares, como a ideia de que a ninguém é dado lesionar terceiros (*neminem laedere*), ela possui uma natural capacidade para se metamorfosear ou entrar em simbiose de maneira a fornecer respostas eficientes às várias formas de danos que, por decorrência da própria evolução social, se apresentam de modo cada vez mais intensos e, não raro, imperceptíveis.

Isso fez com que a própria noção de dano, desde o final do Século XIX, ficasse mais fluída, com o reconhecimento de formas tão diversas como heterodoxas. Tal fenômeno, que é inevitável para que a Responsabilidade Civil, sempre atenta à dita *normatividade dos fatos*, não perca sua coerência com a realidade, também não pode, por paradoxo, simplesmente dela retirar a figura do dano, da lesão concreta a um interesse juridicamente reconhecido, pois esse é, em última análise, o sinal que a distingue ontologicamente.

Nesse contexto, rejeitam-se por espúrio ao próprio conceito de responsabilização civil aquele que nela enxerga a possibilidade de se fixarem *indenizações* apenas por infração a uma norma legal, ou mesmo contratual. Vale dizer, refuta-se de rigor qualquer modalidade de responsabilidade sem dano. Contudo, no limite, vislumbra-se situações onde aquelas formas de flexibilização na conceituação ou comprovação do dano possam se confundir ou autorizar uma equivocada conclusão de que se está admitindo uma responsabilidade por mera conduta.

Isso acontece com o *dano in re ipsa*. Mercê da facilidade que a doutrina e jurisprudência nele depositam para ter como provada uma lesão concreta ao patrimônio de alguém, sobretudo em seu aspecto imaterial, é possível facilmente lho confundir com a teoria da responsabilidade por mera conduta, embora categoricamente disso não se trata, como se buscou aqui demonstrar. *Dano in re ipsa* e responsabilidade civil sem dano, como os próprios nomes já o anunciam, são contrários lógicos que, em essência, mostram-se tão díspares como o sol e a lua, mas que, casualmente, podem, como no lusco-fusco, dar a impressão que se fundem.

Isso parece ser, dentre outras tantas situações que poderiam ser enumeradas, bem evidente tanto no caso do *trespass*, no Direito alienígena, como no caso do dano moral coletivo nos sistemas que já o reconhecem, em especial o nosso. Por mais que o *dano in re ipsa* prometa a facilitação na demonstração e configuração de certas formas de dano, ele obriga, talvez em medida menos rigorosa, mas ainda assim, que se venha a sindicá-la a existência da lesão concreta a interesse jurídico. Para eles, portanto, diferentemente da história de Etienne de Navarra e Isabeau d'Anjou, não há final feliz. O feitiço não pode, sob pena de inaceitável *contradito in adjecto*, ser quebrado e a eles destino outro não há que o de vagar cada qual de modo solitário, embora um ao lado do outro.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Dano *in re ipsa*, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de águila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. 1994 Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf. Acesso em: 29 jun. 18.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 233.610/RJ**. Relator Ministro Eduardo Ribeiro. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 09 nov. 1999. Publicação: DJ 26 jun. 2000, p. 164.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo 1379761/SP**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 26 abr. 2011. Publicação: DJe 02 maio 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1269246/RS**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 20 maio 2014. Publicação: DJe 27 maio 2014a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1354536/SE**. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Órgão Julgador: Segunda Seção. Julgamento: 26 mar. 2014. Publicação: DJe de 05 maio 2014b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 100.405/GO**. Rel. Ministro Raul Araújo. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 16 out. 2018. Publicação: DJe 19 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1726270/BA**. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento: 27 nov. 2018. Publicação: DJe 07 fev. 2019a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1342846/RS**. Rel. Ministra Assusete Magalhães. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 19 mar. 2019. Publicação: DJe 26 mar. 2019b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista RR 278300-23.2009.5.12.0032**. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Órgão Julgador: Sétima Turma. Julgamento: 05 maio 2013. Publicação: DEJT 17 maio 2013.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**. Paris: LGDJ, 1995.

CASTRONOVO, Carlo. **La nuova responsabilità civile**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1946.

DOMAT, Jean Louis. **Les loix civiles dans leur ordre naturel**. E-book. La Haye: Adrian Moetjens, 1773.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

FERNANDES, André Dias. Dano moral coletivo decorrente de infração ambiental. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, abr. 2011, v. 8, p. 59-70.

FRANZONI, Massimo. **Trattato della responsabilità civile**: il danno risarcibile. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010. t. 2.

FRANZONI, Massimo. **Trattato della responsabilità civile**: l'illecito. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2010, t. 1.

GROTIUS, Hugo. **Del derecho de la guerra y de la paz**. Tradução de Jaime Torrubiano Ripoll. Madrid: Editorial Reus, 1925, t. 3. Capítulos XVII – XXVI del libro segundo y los I – III del libro tercero.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTON, G. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine: essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1938.

MILSON, Stroud Francis Charles. **Studies in the history of the Common Law**. London: Hambleton Press, 1985. pp. 01-90.

NOLAN, Donal. A Tort Against Land: Private Nuisance as a Property Tort (December 2, 2011). Donal Nolan and Andrew Robertson (eds), **Rights and Private Law** (Hart 2011) 459-490. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3088507>.

PLUCKNETT, Theodore F. T. **A concise history of the Common Law**. 5 ed. Union (New Jersey): The Lawbook Exchange, 2001.

ROSSETTI, Marco. **Il danno alla salute**. Padova: CEDAM, 2009.

SAMUEL, Geoffrey. **The law of obligations**. Cheltenham: E. Elgar, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011.

THIBIERGE, Catherine. Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n° 3, jul./set. 1999.

VALDITARA, Giuseppe. **Damnun iniuria datum**. Turim: G. Giappichelli, 2005.

VINEY; Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les effets de la responsabilité. 2. ed. Paris: LGDJ, 2001.

WHITE, G. Edward. **Tort law in America**: an intellectual history. New York: Oxford Press, 2003.

WINIGER, Benedict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernard A.; ZIMMERMANN, Reinhard. **Digest of European Tort Law**: essential cases on damage. Berlin, Boston: De Gruyter, 2012. v. 2.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The Law of Obligation**: roman foundations of the civilian traditions. Cape Town: Juta & Co., 1992.

Recebido em: 17 set. 2019.

Aceito em: 20 set. 2019.

O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO E AS NANOTECNOLOGIAS: OS NOVOS HIPERVULNERÁVEIS

Fábio Campelo Conrado de Holanda

Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, Ceará.
fabiodeholanda@yahoo.com.br

Maria Lúcia Falcão Nascimento

Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, Ceará.
mlf.01@uol.com.br

RESUMO: O presente trabalho visa examinar o dever de informação do fornecedor frente aos riscos que os consumidores correm em contato com produtos desenvolvidos a partir de nanopartículas e analisar se os nanoconsumidores são hipervulneráveis, vinculados aos próprios consumos, ou se estariam diante de uma nova espécie de hipervulnerabilidade, vinculada a uma categoria ainda não especificada pela doutrina. Investiga a qualidade e a suficiência das informações passadas ao consumidor através do estudo do direito à informação (art. 6º, II, do CDC) como instrumento de capacitação do consumidor frente aos riscos do mercado de consumo e sua condição presumida de vulnerabilidade e a hipervulnerabilidade pelos riscos imprevisíveis do nanoconsumidor; a proteção à saúde e segurança; e a efetividade da política nacional de relações de consumo previstas no art. 4º do CDC. Busca-se um conhecimento complexo por meio de informações em outras áreas das ciências humanas — tais como saúde, educação, engenharia, ciência e tecnologia — utilizando-se o método dedutivo e indutivo (com enfoque para a pesquisa bibliográfica assentada em referenciais teóricos nacionais e estrangeiros), de modo a concluir que, ante a ausência de informações claras e objetivas dos possíveis riscos à saúde e à segurança do consumidor de produtos industrializados a partir de nanopartículas, há infringência ao princípio constitucional de 4ª dimensão e à previsão consumerista do direito à informação. Além disso, na ausência de esclarecimentos, informações e orientações dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), o consumidor brasileiro encontra-se em situação de hipervulnerabilidade, que se insere em uma condição de fragilidade apriorística em face da imprevisibilidade dos riscos advindos do manejo da nanotecnologia, próprios do ambiente societário pós-moderno.

PALAVRAS-CHAVE: Hipervulnerabilidade. Nanoconsumidor. Informações nanotecnológicas.

Consumer law to information and nanotechnologies: the new hypervulnerables

ABSTRACT: This paper aims to examine the supplier's duty to inform consumers about the risks that consumers are in contact with products developed from nanoparticles and to analyze if nanoconsumers are hypervulnerable, linked to their own consumption, or if they are facing a new kind of hypervulnerability, linked to a category not yet specified by the doctrine. It investigates the quality and sufficiency of information passed on to consumers through the study of the right to information (article 6, II, of the CDC) as a tool for empowering consumers in relation to consumer market risks and their presumed condition of vulnerability and hypervulnerability. the unpredictable risks of the nanoconsumer; health and safety protection; and the effectiveness of the national policy of consumer relations provided for in art. 4th of the CDC. Complex

knowledge is sought through information in other areas of the humanities - such as health, education, engineering, science and technology - using the deductive and inductive method (focusing on bibliographic research based on national and international theoretical references). In order to conclude that, given the lack of clear and objective information on the possible risks to the health and safety of consumers of products manufactured from nanoparticles, the 4th dimension constitutional principle and the consumerist right to information. In addition, in the absence of clarifications, information and guidance from the members of the National Consumer Protection System (SNDC), the Brazilian consumer is in a situation of hypervulnerability, which is inserted in a condition of a priori fragility due to the unpredictability of risks arising from the management of nanotechnology, inherent to the postmodern societal environment.

KEYWORDS: Hypervulnerability. Nanoconsumer. Nanotechnological information.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em nanotecnologia e relações de consumo, algumas indagações centrais vêm à tona: estaria o destinatário final destes produtos suficientemente informado de suas consequências? Em que se diferencia o consumidor em geral daquele que consome bens contendo nanotecnologias (existe uma agudização de sua vulnerabilidade apriorística)? Qual o fundamento teórico para abalizar uma eventual responsabilização do fornecedor por danos imprevistos causados ao nanoconsumidor?

Imagine-se a quotidiana situação de um consumidor qualquer que entra em um salão de beleza e solicita o serviço de hidratação capilar; outro consumidor, em uma clínica de estética, pede uma massagem redutora de medidas; outro, compra em uma loja um produto qualquer e leva para casa. Estes fatos simples tem uma indissociável relação com a chamada “pós-modernidade”. Entre uma prestação de serviço e outra, entre uma venda de produto e outra, milhões de pessoas consomem produtos e não conhecem como são produzidos ou fabricados. Entre muitos dos produtos postos no mercado, alguns já são elaborados com base em tecnologias mais avançadas, como a nanotecnologia.

Começando na arquitetura, o pós-modernismo permeou todos os setores da sociedade. Em sua indeterminação conceitual e na provisoriidade de sua conformação, a expressão pós-modernidade foi ganhando força e cada vez mais espaço nos escritos acadêmicos, o que faz dela o nome para um estado de coisas de cuja consciência ainda estão se retirando análises (BITTAR, 2014, 116-117).

A propósito, a nanotecnologia é a ciência que estuda a matéria e lida com a sua transformação em nanoescala de 1 a 100 nanômetros. Melhor explicando, a escala nanométrica é a bilionésima parte de um metro. Também chamada de escala atômica, as partículas são tão minúsculas (um décimo da largura de um fio de cabelo) que somente podem ser vistas por meio de um microscópio.

Não somente na tecnologia, mas em várias outras áreas da ciência em geral, as partículas nanométricas, ou nanopartículas, têm sido utilizadas em benefício da humanidade — na área da medicina, em prevenção e cura de várias doenças, tratamentos de câncer e de reabilitação por meio de equipamentos cada vez mais sofisticados; produtos farmacêuticos com melhor atuação no combate de doenças; na cosmética, na fabricação de produtos rejuvenescedores; na informática, na fabricação de eletroeletrônicos menores e mais leves; na indústria têxtil e de calçados, na fabricação de roupas inteligentes (apropriadas para uso nas UTI's, por exemplo); e na engenharia, na fabricação de argamassa expansiva (considerada mais ecológica). A propósito desse derradeiro exemplo, parte da doutrina entende que:

A argamassa expansiva é um agente demolidor não explosivo, em pó, cujo componente majoritário é a cal virgem. Em contato com água, iniciam-se reações de hidratação, com aumento de volume durante o progresso dessas reações, promovendo, quando em confinamento, grandes pressões sobre as paredes confinantes, as quais chegam aproximadamente a 78 MPa. Essas tensões geram fissuras (no meio demolir), cuja magnitude e direção dependem do balanço de esforços atuantes no referido meio. O campo de ação da argamassa é praticamente ilimitado, servindo para romper, cortar e demolir rochas, concreto, e concreto armado. É um produto altamente ecológico, pois além de não ser explosivo, não produz gases nem resíduos nocivos (PAULO; CAETANO; GERALDO, 2015).

O avanço tecnológico visando à modificação da matéria poderá contribuir, ainda, com a redução da utilização indiscriminada da matéria-prima retirada da natureza para a produção de bens. O que se espera da nanotecnologia é proporcionar um menor uso de matérias-primas e energia para a realização dos mesmos processos e produtos já conhecidos, racionalizando a exploração dos diversos ecossistemas naturais.

Como visto, a contribuição da nanotecnologia para a ciência é imensurável, contudo, ainda são uma incógnita os eventuais malefícios que as nanopartículas possam vir a causar à natureza ao ser humano consumidor. Segundo noticiou a revista *Época* em matéria publicada em 28 de agosto de 2007, na página de ciência e tecnologia, naquela época o mercado de consumo já contava com mais de quinhentos produtos corriqueiros fabricados com base na nanotecnologia — como shampoo, protetor solar, *chip* de computador, dentre outros — e a estimativa era de que até 2014 o comércio movimentaria US\$ 1,2 trilhão (FREITAS, 2007).

Por serem menores do que os glóbulos vermelhos, conforme exposto no início do texto, as nanopartículas soltas na atmosfera tem o condão de atravessar a pele, além de serem respiradas e engolidas por meio da água ou dos alimentos. Em que pese tais constatações, ainda não há estudo científico seguro quanto aos efeitos da acumulação dessas partículas no organismo humano, na fauna e na flora.

A propósito dos riscos do desenvolvimento previstos no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a respectiva responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos, a doutrina pontua que a existência de defeito não é suficiente para a caracterização dos riscos do desenvolvimento, esclarecendo que “somente há se falar em riscos de desenvolvimento se o defeito for incognoscível no momento da colocação do produto no mercado ou da prestação do serviço” (REINIG, 2019, p. 357).

Voltando ao exemplo inicial, quando o consumidor busca o salão de beleza com o objetivo de utilizar um produto cosmético, ele é capaz de saber as informações constantes no rótulo, a composição química, para o que serve e o modo de usar, mas não sabe, ainda que “devidamente informados”, o que significa ter sido o produto desenvolvido à base de nanotecnologia, quais os efeitos do produto ao manipulá-lo com suas próprias mãos, eventuais riscos ou o que acontecerá com o meio ambiente, porque nem mesmo a ciência tem certeza dos resultados.

Na cadeia de produção se encontram (conforme artigo 3º da Lei 8.078/90), tanto a pessoa física como a jurídica, seja ela pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Porém, são os fabricantes que adquirem as nanotecnologias desenvolvidas pelos cientistas nas grandes universidades e laboratórios. Nesse contexto, será que todos estes atores são alertados quanto aos possíveis riscos?

O direito do consumidor é um direito constitucionalmente protegido em favor do consumidor. É direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso III, do CDC, “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como os riscos que apresentem” (BRASIL, 1990). Os riscos em relação ao uso de nanopartículas ainda são indefinidos. Assim, como os fornecedores podem cumprir o dever de informação em sua plenitude? Estaria o consumidor imiscuído em uma nova espécie de hipervulnerabilidade? Por mais bem elaborada que seja a informação, será possível ao consumidor homem médio extrair dela o devido entendimento dos eventuais riscos que corre pela utilização de produtos ou serviços atômicamente alterados?

Importa, então, investigar a qualidade das informações passadas ao consumidor brasileiro pelos fornecedores e órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que se encontra em situação de hipervulnerabilidade técnica, ante o desconhecimento da tecnologia envolvida na fabricação dos produtos a que têm acesso.

Metodologicamente, utilizando-se do processo sistemático dedutivo e indutivo, a pesquisa será construída fundamentalmente no aprofundamento bibliográfico com base na doutrina nacional e estrangeira, não apenas direcionada à temática consumerista, mas necessariamente afeta ao tema da complexidade e da ciência pós-moderna. O método dedutivo é aquele cuja pesquisa parte do geral para o individual, como é o caso das ciências jurídicas em geral. Já o indutivo é o método segundo o qual o pesquisador parte de situações individuais para o geral, que é o que também se apresenta como o mais adequado à estruturação de parte da pesquisa quando se faz a abordagem principiológica, e o que se fará através dos julgamentos registrados nos bancos de dados do Superior Tribunal de Justiça. Tais métodos se nos apresentam como os mais adequados para o desenvolvimento do tema.

O objetivo geral da pesquisa é apresentar ao leitor o problema geral da vulnerabilidade do consumidor frente ao consumo de nanopartículas e a defecção informacional a que se sujeita na sociedade contemporânea. O objetivo específico da pesquisa é verificar em que medida os fornecedores de bens de consumo podem ser responsabilizados por danos causados à saúde do consumidor, inclusive com arrimo na opinião de autores estrangeiros, dada a repercussão dessa questão da nanotecnologia para além de nossas fronteiras.

Para tanto, serão desenvolvidos nos seguintes tópicos: primeiramente, será estudada a importância do direito à informação como instrumento de capacitação do consumidor frente aos riscos do mercado de consumo, seguindo-se de uma análise acerca da vulnerabilidade presumida e da hipervulnerabilidade pelos riscos imprevisíveis do nanoconsumidor. Por último, será examinada a proteção à saúde e à segurança e a efetividade da política nacional de relações de consumo previstos no artigo 4º do CDC.

A realização do presente estudo demanda conhecimento complexo em outras áreas das ciências humanas, tanto que a visitação a sites oficiais relacionados a saúde, educação, engenharia, ciência e tecnologia foi o ponto de partida para o desenvolvimento da pesquisa, no intuito de buscar informações prós e contras os meios científicos utilizados para o crescimento da tecnologia. As críticas que o texto enfrentar serão suficientes contribuições ao tratamento de tema tão caro para quem, como o autor, prestigia o estudo das relações consumeristas na contemporaneidade.

1. DIREITO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CAPACITAÇÃO DO CONSUMIDOR

Na década de 1960, o então presidente americano John Fitzgerald Kennedy afirmou em discurso que todos somos consumidores. Por intermédio de comunicações junto ao Congresso americano, estabeleceram-se os critérios de maior relevância sobre a proteção dos direitos do consumidor (entre eles, os bens e serviços colocados no mercado, os quais deveriam ser sadios e seguros para o uso, apresentados de uma maneira que permitisse ao consumidor fazer uma boa escolha, garantindo, além disso, o seu direito de ser informado sobre condições e serviços). Em 1973, a 29ª Sessão da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), ocorrida em Genebra, ratificou o princípio do direito à informação, definindo-o como fundamental ao consumidor.

Em 1985 as Nações Unidas estabeleceram, pela primeira vez, através da Resolução n.º 39, normas, princípios e objetivos destinados a assegurar as garantias legais aos direitos dos consumidores (SANTANA, 2014, p.53-64). A referida norma estabeleceu os primeiros direitos basilares dos consumidores, conhecidos em escala mundial, prevendo princípios que deveriam ser considerados pelos países membros, tais como a proteção do consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança e fomento e proteção dos interesses econômicos dos consumidores.

Na sociedade do consumo, o direito à informação é basilar ao consumidor, que terá nele o alicerce para o consumo crítico, livre e sustentável. A informação se torna um elemento na capacitação dos consumidores para o exercício da cidadania e do consumo consciente. Sobre a origem da informação no âmbito das legislações civis e com reflexos nas relações consumeristas, circunstanciada é a lição de Schier (2006, p. 34) ao esclarecer que o Código Civil também traz intrinsecamente o direito à informação em seu princípio norteador: o da boa-fé objetiva, o qual já havia mencionado no Código Comercial de 1850, quando em seu art. 131 referenciava a boa-fé quando da interpretação das cláusulas do contrato, as quais deveriam ser conforme a boa-fé.

No Brasil, consta originalmente no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) a previsão da proteção do consumidor. Para a garantia da efetividade desses direitos, trouxe o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (BRASIL, 1990) um sistema principiológico com normas de interesse público e que, sobretudo, reconhece no inciso I do art. 4º a vulnerabilidade do consumidor como um princípio a ser atendido. A vulnerabilidade do consumidor existe também em função do seu déficit de informação quanto ao produto ou serviço.

Tratando dos ciclos da sociedade de consumo, Lipovetsky (2015, p. 48) pontua que o cenário atual se caracteriza pelo enfoque com as despesas de saúde, o “reino do *homo medicus*”. Segundo o autor francês, “é a máquina tecnocientífica que tem as cartas na mão e que conduz as operações excluindo o paciente. A eficácia médica alarga o poder do homem sobre a sua vida, mas cria um consumidor sem poder”. Neste sentido, tratando sobre a expansão da indústria cosmética no Peru, Vasquez; Granados e Llerena (2015, p. 109) esclarece que:

La medicalización de la vida es un proceso que se puede rastrear, según Foucault (1977), desde la época moderna. Durante el siglo XVIII, el cuerpo, la salud y la enfermedad, fueron monopolizados por el tratamiento médico, legitimado por el poder del Estado, el mercado y la sociedad. En la actualidad, este proceso se reviste de factores nuevos y distintos, como la globalización, la cultura del consumo, la idea de igualar la salud con la belleza, etc. Es en este contexto, en el que los consumidores tienen una mayor agencia, en el que la industria cosmética incursiona en la investigación en nanotecnología para la elaboración de nuevos productos.

Com o progresso e o desenvolvimento do consumo de massas, observou-se a necessidade de melhor transparência e proteção mais eficiente nas relações de consumo. A necessidade de

informação mais clara e objetiva faz toda a diferença na hora da realização dos negócios jurídicos porque dá ao consumidor a liberdade de optar pela oferta que melhor lhe aprouver. O dever de informar é um reflexo do princípio da transparência e é mais do que um simples elemento formal, afeta a essência do negócio, pois a informação repassada ou requerida integra o conteúdo do contrato e se houver falha na informação, esta representa a falha na qualidade do produto ou serviço oferecido ou um defeito.

Ocorre que transparência e previsibilidade informacional (premissas que devem guiar a política nacional das relações de consumo) são conceitos incompatíveis com os pressupostos da ciência pós-moderna, complexa. Enquanto na ciência clássica prevalecia o paradigma da razão absoluta, por conduto de uma lógica formal e epistemológico com viés mecanicista do mundo, a ciência contemporânea se desenvolve com um pressuposto epistemológico transdisciplinar, admitindo um universo de probabilidades, incertezas, múltiplas verdades e explicações apenas provisórias.

Na esteira do pensamento de Ulrick Beck (2011), tais riscos têm aspectos positivos (como o aprimoramento da democracia, do multiculturalismo e da tolerância) e negativos (como a crise do Estado, a flexibilização das garantias do trabalho, o terrorismo *etc.*). Quando os riscos passam a ser globais e não-controláveis, tem-se que os danos não são mais delimitáveis, tornando-se, por vezes, irreparáveis; as medidas preventivas dos piores acidentes são mitigadas; e os acidentes não tem um encadeamento linear, tendo começo mas, com desdobramentos autônomos, “sem final”.

No julgamento da REsp 1.358.615-SP, o Ministro Luis Felipe Salomão, da quarta Turma do STJ, diz que a informação inadequada do fornecedor gera defeito extrínseco, pontuando que o fornecedor do produto responderá pelos danos causados ao consumidor na hipótese em que conste, na embalagem do produto, apenas pequena e discreta anotação de que deve ser evitado. Segundo o tribunal, tem-se por configurado defeito extrínseco do produto, qual seja, a inadequada informação na embalagem do produto, porquanto a informação deve “ser prestada de forma inequívoca, ostensiva e de fácil compreensão, principalmente no tocante às situações de perigo, haja vista que se trata de direito básico do consumidor (artigo 6º, inciso III, do CDC) que se baseia no princípio da boa-fé objetiva”.

Vale destacar que direito de informação está intimamente relacionado com o princípio da boa-fé objetiva, dada sua íntima correção com o princípio da informação, transparência e confiança. Na esteira do pensamento de Gonçalves (2008, p. 53) “a consideração da complexidade da realidade material, a par dos formalismos linguísticos, bem como a possibilidade de rever o contrato com base na alteração das circunstâncias”, objetivam assegurar a igualdade entre os pares, nas hipóteses em que contingências futuras tornariam desigual exigir o estrito cumprimento do pactuado, sendo estas vivências jurídicas possibilitadas pela boa-fé e por ela justificadas.

Ainda segundo a autora (2008, p. 54), o conceito de solidariedade envolve a ideia de confiança, embora com ela não se confunda, já que a co-responsabilidade pelos ônus e vantagens, essencial para a ideia de solidariedade, não se inclui na ideia de confiança, compreendida como expectativa mútua de que nenhuma parte explorará a vulnerabilidade da outra numa troca, envolvendo a ideia da não-exploração.

A informação clara e precisa, portanto, visa garantir os direitos básicos dos consumidores, como a qualidade dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, além da proteção

contra os riscos à saúde ou segurança (exceto, obviamente, os considerados normais e previsíveis por sua natureza e fruição, consoante estabelece o artigo 8^o da Lei 8.078/90).

Porém, a informação adequada e clara, como estabelece o artigo 6^o, inciso III do CDC nem sempre é de fácil compreensão ao chamado homem médio, principalmente quando traz em seu bojo expressões pouco usuais, a exemplo de palavras técnicas de difícil entendimento, salvo para os conhecedores de suas respectivas áreas, considerando a existência de uma grande diversidade de especialidades no universo das profissões.

O STJ, em julgamento do EREsp 1.515.895-MS, assentou entendimento de que “o direito à informação está relacionado com a liberdade de escolha do consumidor e vinculado à correta, fidedigna e satisfatória informação do fornecedor sobre os produtos e serviços postos no mercado”, de onde se conclui que deriva do respeito aos direitos básicos do consumidor, que o preveem como essencial. Importante frisar também que o direito à informação é corolário do princípio da confiança. Quando a informação é fidedigna desperta segurança, sendo esta a sua utilidade para concretizar o direito de escolha do consumidor e a satisfação da sua justa expectativa.

Apesar de o Direito procurar acompanhar o desenvolvimento da sociedade, estará sempre regulando na medida em que forem surgindo tal necessidade. Há previsão legal para o direito à informação adequada e clara, e como tal deve ser passada ao consumidor de todo e qualquer produto ou serviço. A natureza predominantemente principiológica do CDC vem proporcionando importantes inovações para o universo jurídico brasileiro, buscando a efetivação da justiça social, proibindo ou limitando certas práticas de consumo e acompanhando, dentro do possível, o desenvolvimento célere da sociedade de riscos.

Ao se discorrer acerca da tutela constitucional aos consumidores, como direito e garantia fundamental, não se pode perder de vista que o direito à informação deve ser entendido como uma tutela coletiva em busca da proteção de toda a sociedade. Independentemente de determinados direitos serem compreendidos como direitos fundamentais ou como deveres legais fundamentais, aos direitos dos consumidores sempre corresponderão os deveres dos fornecedores, e a outorga de direitos não significa ignorar os deveres, por isso a informação é um importante instrumento para garantir-se exercitá-los.

Estamos caminhando para encontrar as melhores soluções na esfera jurídica em busca da garantia dos direitos sociais, entre os quais o direito à informação é um dos mais importantes, haja vista que o consumidor bem informado está capacitado a fazer escolhas acertadas, de acordo com as necessidades e desejos individuais.

2. VULNERABILIDADE GERAL PRESUMIDA E A HIPERVULNERABILIDADE INCERTA DO NANOCONSUMIDOR

A doutrina estrangeira tem se debruçado sobre a reflexão do tema concernente às relações de consumo e a nanotecnologia. Na esteira do pensamento de Sass (2007, p. 2-9), entende-se que apesar do potencial incrível dos nanomateriais para o desenvolvimento de tecnologias limpas e seguras, a informação mais recente indica o grave potencial desses componentes resultarem em danos à saúde humana e aos sistemas ecológicos. Os materiais em nanoescala tem atualmente uma grande capilaridade comercial.

¹ Art. 8^o Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Corroborando tais conceitos atinentes à insegurança informacional e a imprevisibilidade dos efeitos à saúde humana decorrentes do consumo de bens compostos de nanopartículas, Trancoso (2010, p. 205-222), trazendo outra ilação da doutrina estrangeira, é enfática ao dizer que existe uma aproximação com o princípio da precaução, dada a situação de incerteza a respeito da existência de um risco de dano grave e irreversível à saúde pública e para a alimentação. Na opinião da referida autora, a admissão de uma culpa por precaução contribuirá para incrementar os deveres impostos aos profissionais por suas atividades e pelos produtos que fabricam. Incumbiria aos produtores que se encontram em posição de dúvida a respeito dos efeitos do uso de seus produtos ou técnicas, tomar as medidas a fim de prevenir a realização de ameaças à saúde.

Ao tratar da regulação da nanotecnologia e sua regulação, Ludlow (2007, p. 177-203) pontua em relação ao tema da rotulagem e da livre escolha do consumidor, que é possível que o player fraco da relação tenha preocupações com os nano-alimentos, principalmente com relação à segurança de tais alimentos e produtos. Segundo a autora, a Royal Society do Reino Unido e o Instituto Britânico de Ciência e Tecnologia de Alimentos recomendaram que os nanomateriais sejam declarados como tais nos rótulos dos alimentos, tentando (ainda que de modo precário) mitigar (ou melhor, publicizar) os prováveis riscos no caso concreto.

A vulnerabilidade é o fator que representa todo o rol de particularidades do consumidor, permitindo-se compreender porque o mesmo se mostra enfraquecido diante do fornecedor, bem como diante dos riscos que compõe o contexto econômico e social designado de mercado de consumo. A presunção de vulnerabilidade do consumidor é um dos princípios gerais do artigo 4º, inciso I, do CDC, e visa à correta interpretação e aplicação das regras que a regulam. É uma presunção legal absoluta que, segundo Miragem (2014, p. 122), informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas, associando-se à noção de fragilidade de um dos sujeitos da relação jurídica.

Essa fragilidade pode ser determinada pelas condições ou qualidades do próprio sujeito ou de uma condição de força do outro sujeito da relação. Não sendo possível essa verificação *in concreto*, optou o legislador por estabelecer que todos os consumidores são vulneráveis por via da presunção.

A vulnerabilidade é o marco que caracteriza a relação de consumo e o que justifica a criação de regras de proteção ao ente reconhecidamente mais frágil, que passa por contratações marcadas pela desigualdade de forças, gerando o desequilíbrio da relação. Por essa razão, o microsistema criado pelo CDC buscou reestabelecer o equilíbrio a fim de compensar a fragilidade de uma das partes, reequilibrando a situação fática e jurídica.

A condição de vulnerabilidade do consumidor pode ser considerada também de acordo com o estado da pessoa, podendo ser permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A fragilidade do consumidor ante o fornecedor existe por se encontrar sempre em desvantagem técnica e econômica, tolhido em sua liberdade, eis que preso às necessidades cotidianas e atormentado pela influência da mídia. Ademais, o consumidor não dispõe de controle sobre os bens de produção e, sem dúvida, é vulnerável porque não tem o controle do mercado quanto ao que se produz e como se produz.

Atualmente, há consenso acerca da vulnerabilidade do consumidor. Pode-se dizer que em todos os países do mundo ocidental capitalista há este reconhecimento, havendo previsão no artigo 1º da Resolução n.º 39 da ONU sobre os direitos do consumidor. A vulnerabilidade do consumidor é reconhecida sob o ponto de vista jurídica, fática, informacional ou técnica, sendo necessário o aprofundamento apenas destas duas últimas como foco da nossa pesquisa.

Sob o aspecto jurídico consiste na falta de conhecimentos jurídicos específicos. No viés fático (socioeconômico), deve ser entendida como a superioridade do fornecedor, que pode decorrer de seu poder econômico ou, ainda, da essencialidade do serviço que presta. Quanto ao caráter informacional, não decorre da falta de informação, mas da sua desqualificação. Em relação ao aspecto técnico, trata-se de um desconhecimento específico do consumidor em relação ao objeto adquirido. A vulnerabilidade pode, além disso, ser agravada em virtude de vários fatores. Dizem Pasqualoto e Soares (2017, p. 81-109) que:

Segundo os ‘autores do anteprojeto da Lei 8078/1990, a vulnerabilidade do consumidor surge a partir do reconhecimento de uma condição de inferioridade do consumidor diante do fornecedor, pois este detém os meios de produção e pode controlar o mercado, provocando uma situação de relativa passividade do consumidor, o que justificaria a implementação de regras jurídicas protetivas específicas que favorecessem a tutela dos interesses desses, notadamente quando exercidos em juízo’.

Certamente, o simples ato de ir à padaria para comprar um pão já demonstra o grau de vulnerabilidade do consumidor, considerando que não tem nenhuma ingerência na fabricação do referido alimento. Outro exemplo é quando busca um transporte aéreo, pois não tem qualquer conhecimento quanto ao manuseio da aeronave, ao treinamento do piloto e dos tripulantes e, menos ainda, à fabricação do avião. Portanto, como lecionam os citados autores, o fornecedor é quem controla o mercado, e a relação do consumidor é passiva.

No entanto, existem consumidores ainda mais vulneráveis no mercado de consumo, por suas condições pessoais, relacionada com aspectos biológicos, sociais, vinculados ao próprio consumo, e os geográficos. A hipervulnerabilidade ainda pode se apresentar em relação aos fatores sociais (como as condições financeiras do consumidor) e à formação educacional (como a pouca instrução ou analfabetismo). Pode-se citar, ademais, os vinculados ao próprio consumo (caso do consumidor dependente químico por efeito colateral por uso de fármacos) ou, ainda, a época da formação do vínculo de consumo, ou seja, quando o produto é adquirido em tempo de escassez, enchente *etc.* Em relação ao fator geográfico, há hipervulnerabilidade a depender da distância ou proximidade entre consumidor e fornecedor. Registre-se que tais fatores não devem ser sempre analisados de forma isolada. Um idoso e analfabeto é hipervulnerável, porém não o é um idoso capacitado e atualizado.

Acerca da chamada hipervulnerabilidade, a doutrina de Schmitt (2014, p. 219) é esclarecedora ao lecionar que “resulta da vulnerabilidade intrínseca do consumidor, com a fragilidade que atinge determinados indivíduos”. Destaca, ainda, que “merecem destaque o consumidor-analfabeto, a quem, potencialmente, pende a falta de possibilidade de pleno acesso a informações sobre os negócios entabulados, bem como o consumidor-doente”, cuja debilidade física o deixa em situação desprivilegiada face à eventual discussão contratual.

O uso do termo “hipervulneráveis” ficou demarcado sobretudo a partir do julgamento pelo STJ, por conduto do Recurso Especial nº 586.316-MG (julgado de 19.03.2009), onde foi reconhecido o dever de informação qualificado, relativamente a produtos contendo glúten, substância prejudicial aos portadores de doença celíaca. Existem estudos que indicam os riscos à saúde do ser humano e ao meio ambiente tendo em vista não existir ainda segurança na utilização de produtos dessa natureza. Uma série de produtos disponíveis no mercado consumidor (que vão desde vestuário a alimentação) ainda estão em fase de testes de toxicidade:

Isso significa que existem, até então, incertezas sobre a segurança desses materiais para a saúde humana e o ambiente. [...] No mercado consumidor, esses pequenos elementos dividem opiniões. Por um lado, seus atrativos: a nanotecnologia requer menos insumos, apresenta menor custo de produção, desenvolve produtos mais duráveis, flexíveis e leves. Por outro, os perigos invisíveis: ‘os efeitos prejudiciais à saúde e ao ambiente ainda são pouco conhecidos’, pontua o professor. ‘Não se sabe e se torce para que não haja efeitos tóxicos’ (BORJES, 2014).

Em vista da norma consumerista, os produtos podem até acarretar riscos à saúde e à segurança dos consumidores, desde que normais e previsíveis (periculosidade latente ou inerente), e quando se tratar de produto fabricado, as informações devem ser fornecidas por meio de impressos que acompanham o produto, conforme dita o parágrafo único do artigo 8º do CDC — e na hipótese o fornecedor obriga-se a informar adequadamente a esse respeito.

Mas, em relação a produtos fabricados a partir de nanopartículas, por ainda não existirem estudos científicos apontando os possíveis riscos, os quais não poderiam estar no mercado de consumo, mas já estão e, portanto, além do desrespeito à norma, confere aos consumidores em geral a condição de hipervulneráveis sem qualquer categoria específica, por se encontrarem em situação de risco imprevisível frente à possibilidade de dano futuro e incerto em sua saúde e segurança, conforme examinaremos a seguir.

3. DA PROTEÇÃO À SAÚDE E SEGURANÇA E A EFETIVIDADE DA POLÍTICA NACIONAL DE RELAÇÕES DE CONSUMO

Inaugura-se o presente tópico esclarecendo de modo inequívoco que a expressão hipervulnerabilidade nas relações de consumo se identifica com a vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, muito peculiar no trato da publicidade infantil, na dinâmica contratual com determinada categoria de idosos, no comércio eletrônico e, no presente estudo, com a comercialização de produtos à base de nanotecnologia.

Conforme anteriormente estudado, por exigência do CDC, os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não poderão acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores. Ou seja, o legislador veda a comercialização de qualquer produto que enseje algum tipo de risco e quando estes existem, normais e previsíveis por sua natureza, o fornecedor é obrigado a informar adequadamente a esse respeito.

Entre os direitos fundamentais e universais do consumidor, reconhecidos pela ONU (Resolução 32, de 10.4.1985) consta o direito à informação, sendo de notar que o artigo 205 da CF/88 dispõe que a educação é “direito de todos” e visa proporcionar aos educandos o “preparo para o exercício da cidadania”. No plano constitucional, a educação foi definida como o direito subjetivo de todo brasileiro cuja obrigação está diluída no Estado e na família, com a colaboração da sociedade. No campo das relações de consumo, o artigo 6º, inciso II, do CDC, não afastou esta obrigação também dos fornecedores como provedores de conhecimento.

Esclarecem a temática relacionada com a nanotecnologia e as relações de consumo. Engelmann e Mafaldo (2015, p. 88), que ao abordar especificamente os nanocosméticos e o direito à informação é enfático:

A regulação das nanotecnologias tem como pressuposto dois argumentos chave: 1) as evidências científicas indicando que nanomateriais podem apresentar uma toxicidade para a saúde humana e/ou o meio ambiente diferente daquela apresentada pelos mesmos materiais em tamanho maior; 2) para poder comercializar em um mundo globalizado e em crescente liberalização econômica, torna-se necessário homogeneizar a normatização dos produtos. No contexto internacional a discussão sobre regulação e de proliferação de documentos produzidos pelas mais diversas entidades científicas, regulatórias e de normas técnicas é intensa.

Convém não confundir, porém, o dever de informar com o direito de informação, inserto em um processo formal e contínuo, primariamente de incumbência do Estado, mas não apenas a ele. A normalidade e a previsibilidade decorrem da própria natureza dos produtos e serviços, pois, caso contrário, não poderiam ser inseridos no mercado, uma vez que todos, de alguma

maneira, apresentam algum grau de risco à saúde e à segurança dos consumidores. Ocorre que “todo o produto ou serviço, por mais seguro e inofensivo, traz sempre um pouco de insegurança para o consumidor” (GARCIA, 2016, p. 144). Assim, o referido autor defende que a insegurança somente poderá ser avaliada casuisticamente e de acordo com a justa expectativa do consumidor (o qual deve ser devidamente informado, de maneira ostensiva e adequada, sobre a periculosidade ou nocividade do que deseja adquirir).

As empresas da atualidade, até por necessidade de redução de insumos e consequente preservação da natureza, buscam melhores condições para a produção de bens e investem na pesquisa sobre novas energias através de matérias-primas e tecnologias mais avançadas (tais como a biotecnologia, microinformática, nanotecnologia, fibra ótica, energias renováveis).

Em relação à Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), órgão integrante do Ministério da Justiça, com atribuição de promover a Política Nacional das Relações de Consumo, tem-se que conforme artigo 4º, inciso II, alínea “d” do mesmo CDC, objetiva-se atender às necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, com ações governamentais que protejam o consumidor a partir da garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, porém, sem alusão aos produtos industrializados a partir da nanotecnologia.

A par disso, Borges e Martins (2017, p. 427) afirmam que os produtos à base de nanotecnologia estão chegando silenciosamente ao mercado e, ao que tudo indica, carecem os consumidores de informações sobre quantos e quais produtos se utilizam da tecnologia de nanopartículas, sobretudo em relação ao potencial dos efeitos anunciados, toxinas, todos capazes de afetar as impositivas relações entre o meio ambiente e a saúde dos seres humanos.

CONCLUSÃO

Conforme visto no decorrer do presente trabalho, os riscos em relação ao uso de nanopartículas ainda são indefinidos, situação própria de uma sociedade complexa, porque a cada dia que se passa surgem novidades no campo científico e tecnológico. Tanto os cientistas quanto os fornecedores desconhecem os riscos de sua utilização. A nanotecnologia é considerada de ponta porque reduz os custos de insumos para a fabricação dos produtos, diminuindo, em tese, os desgastes naturais, o que se torna uma técnica muito bem-vinda, para se evitar a retirada de matéria prima da natureza. No entanto, com a indefinição da ciência nanotecnológica e a imprecisão das informações prestadas ao fornecedor, o direito à informação encontra-se, teoricamente, comprometido, já que dificulta aos fornecedores o cumprimento do dever de informação clara e objetiva nos termos da lei consumerista e consequentemente, prejudica o direito à informação do consumidor.

Foram expostas algumas indagações centrais sobre o desenvolvimento das nanotecnologias e as relações de consumo no início do presente estudo, os quais pretende-se responder de forma a contribuir com a ciência do direito. Recapitulando agora conclusivamente: estaria o destinatário final destes produtos suficientemente informado de suas consequências? Em que se diferencia o consumidor em geral daquele que consome bens contendo nanotecnologias (existe uma agudização de sua vulnerabilidade apriorística)? Qual o fundamento teórico para basear uma eventual responsabilização do fornecedor por danos imprevistos causados ao nanoconsumidor?

Em resposta às problematizações em epígrafe, tem-se que o consumidor não está suficientemente informado das consequências para a sua saúde no manejo de produtos fabricados à

base de nanopartículas, inserindo-o numa condição de especial vulnerabilidade, dada a agudização dos riscos inerentes ao contato com eventuais substâncias potencialmente tóxicas inclusive. A nanopartícula também pode desencadear desequilíbrios ambientais, o que torna ainda mais difícil a previsão dos riscos. Neste passo, a insuficiência de informações nanotecnológicas capazes de demonstrar com precisão os riscos que os consumidores correm em contato com os produtos desenvolvidos, apresenta contornos de uma nova espécie de hipervulnerabilidade.

Entende-se que incumbiria aos produtores que se encontram em posição de dúvida a respeito dos efeitos do uso de seus produtos ou técnicas, tomar as medidas cabíveis a fim de prevenir eventuais ameaças à saúde, informando ao consumidor que as consequências de sua manipulação ainda não foram definidas pela ciência. A título de sugestão, entende-se que o dever de informação poderá ser mitigado se admitida, por precaução, uma advertência, a exemplo do símbolo de produtos transgênicos, com a informação “consequências desconhecidas por sua manipulação” facilitando o cumprimento dos deveres impostos aos profissionais por suas atividades e pelos produtos que fabricam. Somente a ausência desse alerta ao consumidor, poderia caracterizar responsabilidade do fornecedor.

Por fim, ante a ausência de informações claras e objetivas (patrimônio fundamental do *player* fraco das relações consumeristas) quanto aos possíveis riscos à saúde e à segurança do consumidor de produtos industrializados a partir de nanopartículas, conclui-se pela probabilidade de dano coletivo, que se traduz como novo pressuposto epistemológico da ciência pós-moderna, cuja causalidade dos fatos não é linear, ensejando múltiplos e imprevisíveis vetores consequenciais, com infringência ao artigo 8º da Lei 8.078/90. Ademais, o consumidor em geral que adquire produtos sujeitos à base da nanotecnologia encontram-se em situação de hipervulnerabilidade, haja vista que a ausência de esclarecimentos é qualificada e a sua condição de fragilidade se agudiza pelo fato de conviver com bens de consumo sobre cuja incerteza ontológica em relação à composição, toxicidade e suas consequências não se pode mensurar.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**: rumo a uma outra modernidade (tradução de Sebastião Nascimento), São Paulo: Editora 34, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos. **O Direito na pós-modernidade**, 3. ed, São Paulo: Atlas, 2014.

BORGES, Gustavo Silveira; MARTINS, Patrícia Santos. As nanotecnologias, os riscos incertos e a hipervulnerabilidade do nanoconsumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 113, ano 26, p. 417-438. São Paulo: Revista dos Tribunais, set-out/2017.

BORJES, Isabel Cristina Porto. **Responsabilidade civil e nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de nov. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 29 de nov. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. REsp 1.358.615-SP**. 4.ª Turma. Brasília: DF, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DJ: 02.05.2013, Jusbrasil 2013, Acesso em 15 de nov. 2019. Disponível em www.stj.jus.br.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração em Resp. EREsp 1.515.895-MS**. Brasília: DF. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ: 20.09.2017. Jusbrasil 2017, Acesso em 15 de nov. 2019. Disponível em www.stj.jus.br.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. Resp. 586.316-MG**. Brasília: DF, Relator: Herman Benjamin, DJ: 19.03.2009. Jusbrasil 2009, Acesso em 15 de nov. 2019. Disponível em www.stj.jus.br.

ENGELMANN, Wilson; MAFALDO, Camila. Nanorregulação: condições e possibilidades para a sua estruturação. In: ENGELMANN, Wilson (org) **Nanocosméticos e o Direito à Informação**. Deviant: RS, 2015. Disponível em: https://www.editoradeviant.com.br/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2017/03/Nanocosmeticos-e-o-Direito-a-Informacao.pdf. Acesso em: 27 de nov. 2019.

FREITAS, Osmar. Os riscos da nanotecnologia. Cientistas alertam sobre possíveis efeitos nocivos de produtos que usam partículas microscópicas, como filtros solares e cremes. **Revista Época**, ed. n.º 484, ago./2017. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG78783-6010,00-OS+RISCOS+DA+NANSANTOS,NANOTECNOLOGIA.html>. Acesso em: 4 de dez. 2018

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**: artigo por artigo. 12ª edição, Salvador: JusPodium, 2016.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da boa-fé**: perspectivas e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Lisboa: Edições 70, 2015.

LUDLOW, Karinne. The Readiness of Australian Food Regulation for the use Nanotechnology in Food and Food Packaging. **University of Tasmania Law Review**, vol. 26, Issue 2, 2007. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UTasLawRw/2007/9.pdf>. Acesso em: 29 de nov. 2019.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Hermann; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 5.ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Paulo. Nanotecnologia e meio ambiente para uma sociedade sustentável. **Estudios Sociales**, v.17 n.34 México jul/dic.2009. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-45572009000200012. Acesso em: 7 dez. 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PÁDUA, Elisabete M. M. de. **Ciências sociais, complexidade e meio ambiente**, Campinas: Ed. Papirus, 2008, p. 32.

PASQUALOTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**, v.113, ano 26, p. 81-109. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PAULO, Francisco Alexandre de; CAETANO, Philippe José Maciel; GERALDO, Viviany. Aplicações da nanotecnologia na construção civil: análise experimental em argamassa expansiva com nanotubos de carbono. **Pensar Engenharia**, v.3, n. 1, jan./2015. Disponível em: http://revistapensar.com.br/engenharia/pasta_upload/artigos/a152.pdf. Acesso em: 15 dez. 2018

REINIG, Guilherme Henrique Lima. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo Estado dos conhecimentos científicos e técnicos. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 124, ano 28, p. 343-392, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SANTANA, Hector Valverde. Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação. **Revista de Direito Internacional**, Brasília: DF, v.11, n.1, 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79125014.pdf>. Acesso em: 29 de nov. 2019.

SASS, Jennifer. Nanotechnologies: The Promise and the Peril. Year Of Sustainable Development. **Law & Policy**, vol. 7, Issue 4 (Summer 2007). Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/sdlp/>. Acesso em 29 de nov.2019.

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck, **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

TRANCOSO, Maria Isabel. El Principio de la Precaucion y la Responsabilidad Civil. **Revista de Derecho Privado** 205, vol. 18, 2010.

VASQUEZ, Júlio Sebastián Zárate; GRANADOS. Luis Romero; LLERENA, Malena Diestra. La Relacion entre el desarrollo de las nanotecnologias y la indústria cosmética en el Peru. In: ENGELMANN, Wilson (org.). **Nanocosméticos e o direito à informação**. Deviant: RS, 2015.

Recebido em: 18 nov. 2019.

Aceito em: 10 dez. 2019.

EL NUEVO PARADIGMA DE LA SUSTENTABILIDAD FUERTE COMO PILAR DEL ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO

Carlos E. Peralta

Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

carlosperalta07@gmail.com

RESUMEN: La *sustentabilidad ambiental fuerte* constituye nuevo paradigma que objetiva un nuevo modelo de Estado de Derecho: El *Estado Ecológico de Derecho*. Ese modelo, fundamentado en nuevos valores, y orientado por principios de justicia ecológica, busca establecer una relación de respeto, solidaridad, prudencia y precaución entre los seres humanos y la Naturaleza, de forma que los impactos ambientales respeten los límites biofísicos. Ese nuevo modelo de Estado busca una sociedad más solidaria, pluralista, respetuosa de las diferencias y cosmovisiones y que aspire a una baja entropía y a una justicia ecológica. A partir de una perspectiva de pensamiento complejo se analizan las características, bases conceptuales y perspectivas para ese *Estado Ecológico de Derecho* dentro del contexto del Antropoceno

PALABRAS CLAVE: Antropoceno. Sustentabilidad ambiental fuerte. Estado Ecológico de Derecho.

The new paradigm of strong sustainability as a pillar of the environmental State of Law

ABSTRACT: Strong environmental sustainability is a new paradigm that objectifies a new model of the rule of law: The ecological state of law that, based on new values, and oriented by principles of ecological justice, seeks to establish a relationship of respect, solidarity, prudence and caution between humans and nature, so that environmental impacts respect biophysical boundaries. This new model of state seeks a more supportive society, pluralist, respectful of differences and worldviews and that aspires to low entropy and ecological justice. A complex thinking perspective analyses the characteristics, conceptual bases and perspectives for that ecological state of law in the Anthropocene

KEYWORDS: Anthropocene. Strong Sustainability. Environmental State of Law.

O novo paradigma da sustentabilidade forte como pilar do Estado Ecológico de Direito

RESUMO: A sustentabilidade ambiental forte constitui novo paradigma que objetiva um novo modelo de Estado de Direito. O Estado Ecológico de Direito. Esse modelo, fundamentado em novos valores e orientado por princípios de justiça ecológica, busca estabelecer uma relação de respeito, solidariedade, prudência e precaução entre os seres humanos e a Natureza, de forma que os impactos ambientais respeitem os limites biofísicos. Esse novo modelo de Estado busca uma sociedade mais solidária, pluralista, respeitosa das diferenças e cosmovisões e que aspire a uma baixa entropia e a uma justiça ecológica. A partir de uma perspectiva de pensamento complexo se analisam as características, bases conceituais e perspectivas para esse Estado Ecológico de Direito dentro do contexto do Antropoceno.

PALAVRAS-CHAVE: Antropoceno. Sustentabilidade ambiental forte. Estado Ecológico de Direito.

INTRODUCCIÓN

La complejidad ambiental es un signo marcante de la sociedad de segunda modernidad, cuya magnitud permite afirmar que el ser humano detonó una nueva era geológica: el Antropoceno. Las características de los problemas ambientales exigen que su análisis sea realizado desde una perspectiva de pensamiento complejo, que permita encontrar posibles caminos para identificar parámetros que, orientados por un criterio de *sustentabilidad ambiental fuerte*, direccionen las actividades humanas de forma que no se irrespeten las fronteras de riesgo ecológico.

Dentro de ese contexto, uno de los mayores desafíos de la humanidad en el siglo XXI será la formulación de un Estado de Derecho *esverdeado*, que, fundamentado en una *sustentabilidad ambiental fuerte*, valore y respete los procesos ecológicos esenciales como requisito indispensable para la calidad de vida en la biosfera.

El presente artículo pretende realizar unas breves reflexiones sobre el fundamento, concepto, características y perspectivas para formular un *Estado Ecológico de Derecho* (en adelante *EED*) en el contexto del Antropoceno. Para realizar el análisis, el trabajo fue estructurado en tres partes: (1). En un primer momento será realizada una descripción sucinta sobre las particularidades del Antropoceno; (2) En segundo lugar, serán expuestas las premisas que permiten conceptualizar el *EED*; (3). La tercera parte del trabajo analizará la *sustentabilidad ambiental fuerte* como paradigma del *EED*; (4) Finalmente, la última sección se abocará al estudio de las perspectivas de ese Estado esverdeado.

1. EL ANTROPOCENO: LA ERA DE LOS RIESGOS ECOLÓGICOS GLOBALES

El ser humano tiene una relación de autonomía y de dependencia con la Naturaleza; se adapta y crea las condiciones necesarias para modificar su entorno, y, al mismo tiempo, obtiene del ambiente natural todo lo que necesita para su desarrollo. El ambiente natural es el espacio que condiciona la existencia humana y permite el ejercicio de las libertades. El ser humano no puede ser visto como ajeno a su entorno.

Al respecto, De Prada García (1998, p.20-21) explica que,

Tan íntima es la conexión entre una y otra cosa que se difumina la distinción entre individuo y medio ambiente. Una porción del aire que respiramos se convierte en parte de nosotros. El oxígeno metaboliza nuestros alimentos y se convierte en una parte de nuestra carne y de nuestra sangre; las partículas que respiramos se acumulan en nuestros pulmones. Un porcentaje de los líquidos que bebemos pasan a formar parte nuestros cuerpos, al igual que, a su vez, se transforman en nuestros tejidos. (...) debería recordarse constantemente que, de formas muy importantes, “nosotros y nuestro medio ambiente somos uno”.

A lo largo de la historia los seres humanos han provocado impactos sobre el ambiente. Sin embargo, es a partir de la Revolución Industrial que la intensidad de actividades orientadas al crecimiento económico comienzan a comprometer la capacidad de resiliencia de la Naturaleza, provocando una sobrecarga ecológica que no respeta los límites biofísicos. A partir de ese momento, los problemas ambientales, antes locales y corregibles, pasaron a alcanzar carácter global, sinérgico, imprevisible. La relación ser humano y Naturaleza pasó a ser tensa, marcada por el utilitarismo antropocéntrico.

Paul J. Crutzen- premio Nobel de Química- y Eugene F. Stoermer en el Boletín Internacional Geosphere–Biosphere Programme (IGBP) afirmaron la existencia de una nueva era geológica, que substituye al Holoceno y a la que llamaron *Antropoceno* (2000).

Posteriormente, Paul J. Crutzen (2002), en un artículo publicado en la *Revista Nature* –intitulado *Geology of mankind*–, sostuvo formalmente que el impacto de los seres humanos sobre la Terra desencadenó una nueva era geológica: el *Antropoceno*. Este nuevo período geológico estaría marcado por una sobrecarga ecológica causada por el modelo de desarrollo económico. La propuesta de esa nueva geológica aún no ha sido oficializada por la *Unión Internacional de Ciencias Geológicas*. Fue constituido el Grupo de Trabajo sobre el Antropoceno (AWG, por sus siglas en inglés)¹ para analizar las evidencias científicas sobre el Antropoceno.

Actualmente, se considera que el *Antropoceno* es más que un concepto geológico –*sentido estricto*–, alcanzando una dimensión cultural –*en sentido amplio*– que cuestiona el modelo de desarrollo humano y su relación con la Naturaleza. Al respecto, H. Trischler (2017, p. 54), explica que

El debate cultural sobre el Antropoceno se interesa nada menos que en las cuestiones más centrales de nuestra sociedad: ¿cómo será el futuro? ¿Cómo debemos hacer negocios, trabajar y vivir? ¿Qué papel tendrá la tecnología en esto? ¿Qué formas de producción y comunicación del conocimiento son adecuadas para el Antropoceno? Por último, ¿qué narrativas necesitamos para comprender mejor el papel planetario de los seres humanos como actores que afectan a todo el sistema de la Tierra? Esto es lo que hace que la discusión sea tan fascinante y tan relevante para hoy y mañana.

Podría afirmarse que se trata de la era del *homo faber*; época marcada por la sociedad de alta entropía, pautada por la idea de crecimiento económico continuo, que desconsidera que la biosfera es un sistema cerrado con fronteras de riesgo ecológico que deben ser respetadas. Por primera vez en la historia, una especie tiene el futuro de la biosfera en sus manos, pudiendo provocar una extinción de especies en masa. La racionalidad del modelo de desarrollo heredado de la conquista y de la revolución industrial no considera la vulnerabilidad y la capacidad de resiliencia de la Naturaleza, de modo que, la degradación ambiental, y los problemas que de ella se derivan son una característica y al mismo tiempo una consecuencia de esa visión de mundo.

La sobrecarga ecológica que caracteriza al *Antropoceno* presenta carácter sinérgico, transfronterizo, y tiene una dimensión *inter-geracional* e *inter-especies* colocando el riesgo la estabilidad de la biosfera. La huella ecológica está marcando significativamente los cambios que afectan a la Naturaleza, provocando una situación tensa en la elasticidad de los ecosistemas². Prácticamente todos los espacios naturales han sufrido significativas transformaciones en sus ciclos naturales afectando su capacidad para prestar servicios ecológicos.

De acuerdo con la *Global Footprint Network*, en 2019 alcanzamos el día de *sobrecarga ecológica* de la tierra (*Overshoot day*) el 29 de julio³. De modo que, en menos de 7 meses consumimos todos los bienes y servicios que la biosfera nos puede ofrecer en un año. En otras palabras, sustentar nuestro estilo de desarrollo requiere, aproximadamente, 1,6 planetas por año.

La crisis ecológica del Antropoceno desencadenará la pérdida masiva de especies, detonó y agrava el cambio climático, ocasiona problemas hídricos –falta de acceso a agua, mala calidad del agua–, genera conflictos socio-ambientales, migraciones masivas, hambre, enfermedades, ca-

¹ Al respecto consultar Anthropocene Working Group (2019)

² Sobre el concepto de huella ecológica consultar Romero, 2003.

³ Cf. Global Footprint Network en <https://www.footprintnetwork.org/2019/06/26/press-release-june-2019-earth-overshoot-day/>

tástrófes naturales, etc. De manera que, tenemos un alto grado de autonomía con un mundo altamente tecnológico e interconectado, pero al mismo tiempo estamos colocando en jaque la estabilidad de la biosfera que nos dio esa autonomía. La racionalidad del modelo que tiene el crecimiento económico como pilar del desarrollo no integró la vulnerabilidad y la capacidad de resiliencia de la Naturaleza.

El Antropoceno está marcado por una serie de características que se encuentran en un círculo de causa y consecuencia las unas con las otras.

- (1) *Aumento demográfico exponencial*. En el año de 1800 había 1 billón de personas sobre la Tierra, hoy hay aproximadamente 7 billones. Para el 2050 se espera que la población mundial sea de 9 billones de personas.
- (2) *Modificación de los espacios naturales*: Urbanización y expansión agropecuaria. El Antropoceno es una época caracteriza por la construcción del ambiente artificial. Se espera que para el 2050, 70% de la población viva en áreas urbanas.

Por su parte, la expansión de las actividades agropecuarias ha provocado deforestación y destrucción de hábitats naturales.

- (3) *Sociedad de alta entropía*, altamente dependiente de combustibles fósiles. El modelo de desarrollo imperante exige una gran cantidad de energía para poder funcionar.
- (4) *Cultura de lo superfluo*. El “*ciclo extracción-producción-consumo-desechos*” está pautado por una lógica de lo efímero, cuyo diseño responde a una economía de materiales de naturaleza lineal, fundamentada en la idea de una “*obsolescencia programada y deseada*”. El rápido flujo de mercaderías y servicios promovido por el sistema económico tiende a agotar los recursos renovables, a degradar los renovables y a devolver calor, contaminación y residuos al ambiente.

A pesar de lo indicado, cabe resaltar que al tiempo que se produce una enorme afluencia, existe una profunda desigualdad.

- (5) *Inducción Contra-Natura*. La sociedad que desencadenó el Antropoceno está conformada por un conjunto de instituciones, normas y actores que desconsidera los costos socio-ambientales en sus decisiones económicas.

Las diversas decisiones de los agentes económicos, desde la extracción, hasta el momento de desechar, se encuadran dentro de una estructura económica, política, y social que desconsidera el ambiente como factor clave. Existen señales, normas, que orientan a los diversos agentes a tomar decisiones que no se preocupan con internalizar los impactos en el ambiente. En otras palabras, los procesos que caracterizan la idea de desarrollo no incorporan los costos socio-ambientales. El modelo está pautado por una *irresponsabilidad organizada*, caracterizada por un marco jurídico-político disperso, incoherente, que desconsidera las evidencias técnico científicas y que promueve un *desarrollo (in)sostenible*.

El Estado de Derecho del siglo XX, e inicios del siglo XXI, es un Estado que fue diseñado para estimular la producción sin limitaciones de carácter ambiental.

- (6) *Los riesgos ambientales originados en el Antropoceno* tienen un carácter global, transfronterizo, sinérgico, son discriminantes y al mismo tiempo tienen lo que U. Beck (2002) llama efecto “*boomerang*”: es decir, pese a tener una mayor intensidad sobre ciertos grupos más vulnerables – de países o de individuos-, tarde o temprano todos sufrirán las consecuencias de los daños ecológicos. Los conflictos ecológicos exigen una nueva concepción de justicia tanto sustantiva como procedimental.

- (7) La preocupación por la tutela jurídica del ambiente es un fenómeno reciente, que se origina a partir de la Declaración de Estocolmo en la década de los setenta. Esa protección ha tendido desde entonces un carácter marcadamente antropocentrista. Recientemente se inicia el debate por introducir la discusión sobre nuevos paradigmas de protección del ambiente. Inclusive, no en pocas latitudes, la tutela del ambiente es realizada a partir del derecho administrativo, civil o penal, desconociendo las particularidades propias de la epistemología jurídica ambiental.

Actualmente, no existe aún un modelo procedimental ambiental consolidado, lo que puede reflejarse, por ejemplo, en la falta de tribunales ambientales o de una hermenéutica jurídico-ambiental consolidada en los tribunales existentes.

- (8) No hay un modelo de gobernanza internacional que sea capaz de dar respuesta a la complejidad ambiental y establecer normas globales ambientales con capacidad de *enforcement*.

De modo que, la crisis ambiental es una característica central del modelo de desarrollo económico de la sociedad de la segunda modernidad. Ese modelo ha desencadenado una difusión de riesgos ambientales de dimensión global colocando en jaque la existencia y la calidad de vida sobre la biosfera.

Las características del Antropoceno han provocado en los ecosistemas cambios sin precedentes en la historia de la humanidad. Prácticamente todos los ecosistemas han sufrido una transformación significativa en sus ciclos naturales, afectando la capacidad de regenerarse y prestar servicios ecosistémicos.

El Antropoceno ha generado problemas complejos, todos conectados y de consecuencias imprevisibles. Esos problemas comprometen la calidad de vida tal y como la conocemos. Entre algunos de ellos podemos citar: (1). El Cambio Climático; (2). La Sobre explotación y la pérdida de biodiversidad; (3). La Erosión del suelo; (4). La Transformación de los suelos en tierras para cultivo; (5). El comprometimiento de la seguridad alimentaria comprometida por agrotóxicos, transgénicos, entre otros; (6). La Escasez de agua y la inadecuada gestión de recursos hídricos; (7). Los problemas oriundos de la disposición de residuos; (8). La pérdida de áreas de manglar y arrecifes de coral, entre otros.

En resumen, el Antropoceno es una época en la cual la sociedad creció, se urbanizó, fundamento el desarrollo humano en la idea de crecimiento, y está transformando y destruyendo la biosfera.

2. PREMISAS PARA UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO.

En abril del 2016 se realizó, en la ciudad de Rio de Janeiro, el Primer Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, evento en el cual se adoptó la denominada “Declaración Mundial acerca del Estado de Derecho en materia ambiental”. En ese documento se alertó que “la inexistencia de un Estado ecológico y la falta de cumplimiento de los derechos y las obligaciones de índole legal, podrían tornar arbitrarias, subjetivas e impredecibles la buena gobernanza, la conservación y la protección ambiental” (UICN, 2016)

Las características de la complejidad ambiental del Antropoceno exigen un nuevo modelo de Estado de Derecho: El Estado Ecológico. Ese modelo, fundamentado en nuevos valores, deberá, a partir de una perspectiva de pensamiento complejo, establecer una relación de respeto,

solidaridad, prudencia y precaución del ser humano para con la Naturaleza. El EED deberá propugnar una sociedad más solidaria, y de baja entropía guiada por un principio de sustentabilidad ambiental fuerte.

El Profesor de la Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), José Rubens Morato Leite (2008) explica que el Estado Ecológico constituye un concepto de cuño teórico abstracto que comprende elementos jurídicos, sociales y políticos que busca una condición ambiental capaz de favorecer la armonía entre los ecosistemas, y, consecuentemente, garantizar la plena satisfacción de la dignidad en sentido amplio, más allá de su concepción humana.

La crisis ambiental de la segunda modernidad trae consigo la exigencia de reconocer una nueva dimensión de los derechos fundamentales, imponiendo al Estado de Derecho el desafío de incorporar dentro de sus principales obligaciones la defensa de la Naturaleza de acuerdo a criterios de sustentabilidad que consideren los límites biofísicos de la biosfera

El EED es un proyecto jurídico-político que incorpora nuevos valores, reconoce el derecho-deber fundamental de protección/defensa ambiental, objetivando una nueva estructura de gobernanza que incorpore una racionalidad capaz de gestionar y dar respuestas adecuadas a la complejidad ambiental que caracteriza a la sociedad de riesgo propia del Antropoceno.

El EED se configura como nuevo paradigma del siglo XXI, postulando una transformación radical del orden jurídico, económico, político y social. El desafío en el plano jurídico es poder conciliar antropocentrismo y ecologismo permitiendo una relación responsable y solidaria del ser humano para con la Naturaleza, reconociendo su valor intrínseco y su relevancia para el desarrollo de las libertades humanas. A partir de ese nuevo paradigma, se debe reconsiderar el concepto de propiedad, bienes libres, ciudad, técnica, cultura, producción, consumo, gobernanza, etc.

Ese nuevo modelo solo será posible a través del esverdeamiento del Derecho, como instrumento orientado por el principio de sustentabilidad capaz de incentivar una ciudadanía ecológica responsable. El EED es un modelo de Estado reformulado, actualizado de acuerdo con una realidad compleja y cambiante que exige la incorporación de una epistemología jurídica ecológica y de una hermenéutica ambiental que permitan que el derecho sea capaz de entender la complejidad de los problemas ambientales posibilitando la resolución equitativa y oportuna de los conflictos que de ellos se deriven.

Esa versión esverdeada del Estado permitirá proteger de manera efectiva los derechos individuales y sociales, incorporando la tutela de los derechos difusos, transindividuales, sin que exista ningún tipo de superposición entre las dimensiones de derechos (LEITE; CAETANO, 2012). Ese Estado esverdeado parte del presupuesto de que los derechos de primera y segunda dimensión solo son posibles de ejercerse en un ambiente equilibrado, saludable y resiliente.

El esverdeamiento del Derecho deberá pautarse por una serie de principios derivados de una concepción de sustentabilidad ambiental fuerte y pautados por una perspectiva de pensamiento complejo, de carácter pluralista: (1). Principios de Progresividad y No Regresión; (2). Principios de Prevención y de Precaución; (3). Principios de Equidad Intra e Intergeneracional; (4). Principio de Equidad Interspecies; (5). Principios Procedimentales ambientales –participación, información y acceso a la justicia; (6). Principios del Causante, Quien Contamina Paga, Protector-recibidor, usuario-recibidor; (7). Principio de respeto por el valor intrínseco de la Naturaleza y responsabilidad con los procesos ecológicos esenciales; (8). Principio de Subsidiariedad; (9). Principio de cooperación internacional en la protección del medio ambiente; (10) Principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas de los Estados en la preservación ambiental.

Las características que marcan la crisis ecológica del Antropoceno exigen una racionalidad que incorpore la variable ecológica en los diversos procesos de decisión –individual, local, nacional, global-. Esa racionalidad deberá estar fundamentada por un pensamiento inclusivo y holístico capaz de respetar las cosmovisiones y filosofías de vida. Se trata de la introducción de nuevas epistemologías, basadas en una ética del respeto por el “otro”, y en la idea de responsabilidad con la Naturaleza y, consecuentemente, con la dinámica de sus procesos ecológicos. Esa perspectiva, evidentemente deberá tener a la educación como campo privilegiado para la transformación civilizatoria que exige la construcción de una sustentabilidad en sentido fuerte, y además deberá estar fundamentada en una política de la diversidad y de la diferencia. Dentro de esa perspectiva, la Naturaleza no debe ser vista apenas como un recurso con valor económico incorporado, que está en función del desarrollo de los seres humanos, un simple costo del crecimiento económico.

De acuerdo con Leff (2006, p. 133-134), la sustentabilidad ecológica aparece como un criterio normativo para reconstruir el orden económico; problematiza y cuestiona las formas de conocimiento, los valores sociales y las propias bases de producción. Dentro de esa perspectiva, los límites biofísicos que permiten el equilibrio ecológico serán las pautas para el desarrollo humano.

3. LA SUSTANTABILIDAD FUERTE COMO PRINCIPIO ORIENTADOR DEL ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO

La noción hegemónica de desarrollo sostenible adopta una perspectiva que puede ser conceptualizada como *débil*, fundamentada en tres pilares básicos, y, en teoría, de igual peso: economía, sociedad y recursos naturales.

Según esa perspectiva, en principio, esos tres pilares deberán coexistir como equivalentes, y ser valorados de igual forma en caso de conflicto. Sin embargo, en la práctica, el modelo de desarrollo vigente, pautado por la idea de crecimiento económico como sinónimo de bien estar se aleja de esa concepción teórica. En general, los intereses económicos tienen mayor peso a la hora de realizar el ejercicio de ponderación. Ello es una consecuencia lógica de un modelo que internaliza la lógica ambiental en la económica desconsiderando los límites biofísicos de la biosfera y los criterios de justicia socio-ecológica.

Para el autor alemán Gerd Winter (2009, p.7), la perspectiva débil, adoptada por el tradicional concepto de desarrollo sostenible, hace un juicio no adecuado sobre la amplitud del peso de la naturaleza, adoptando un concepto que propaga la equivalencia de los tres pilares, conduciendo a huir del trabajo conceptual de atribuir a la naturaleza el peso adecuado, lo que provoca el agotamiento el agotamiento de los recursos naturales y el desequilibrio ecológico.

La complejidad ambiental del Antropoceno exige lo que Winter llama de *sustentabilidad fuerte* en la cual

[...] a biosfera torna-se de “fundamental” importância. A economia e a sociedade são parceiros mais fracos, pois a biosfera pode existir sem os humanos, mas os humanos certamente não podem existir sem a biosfera. Portanto, humanos, enquanto exploram a natureza, devem respeitar suas limitações, uma necessidade que eles são capazes de preencher, uma vez que possuem o potencial da razão e então, os padrões alternativos de ponderação do comportamento (2009, p. 4).

El núcleo básico de esa perspectiva es el respeto por la resiliencia y los límites biofísicos naturales, entendiendo la relevancia de la continuidad de los servicios ecosistémicos como fuente

indispensable para la vida, y para el desarrollo pleno de los seres humanos – desde una perspectiva intra e intergeneracional.

El objetivo de ese nuevo paradigma consiste en alcanzar un estado de prosperidad, caracterizado por un equilibrio duradero y equitativo que respete los límites intrínsecos de la naturaleza. Así, el desarrollo no deberá ser visto como sinónimo de crecimiento económico, sino que deberá considerar aspectos de justicia ecológica.

Al respecto, Clóvis Cavalcanti (2003, p. 161) explica que: “A busca da sustentabilidade resume-se à questão de se atingir harmonia entre seres humanos e a natureza, ou de se conseguir uma sintonia com o ‘relógio da natureza’ (...)”

La nueva racionalidad ecológica deberá partir de que los fenómenos naturales no pueden ser reducidos a la lógica del mercado, por el contrario son los procesos de transumo los que deben adaptarse y respetar los límites biofísicos. Se debe entender que la economía es apenas un subsistema dentro de la biosfera, y, consecuentemente deberá respetar las zonas de riesgo ecológico.

De la dinámica de la Naturaleza deben ser extraídos parámetros que permitan orientar la transición de una sociedad fundamentada en una economía marrón, lineal y utilitarista para una sociedad con una economía *esverdeada*, circular, solidaria, equitativa y capaz de reconocer el valor intrínseco de la Naturales. Siguiendo a Miller (2008, p. 136), es posible afirmar que los nuevos parámetros deberán partir de que:

- (1) *Todo en la Naturaleza es interdependiente. Cualquier intervención antropogénica en el ambiente tenderá efectos colaterales inesperados. Por ello, las evaluaciones de riesgo e impacto ambiental, fundamentadas en criterios técnico científicos y amparadas en los principios de prevención y precaución, son imprescindibles. Evidentemente, la independencia funcional y económica de las agencias que realicen esas evaluaciones es requisito sine qua non, para evitar presiones políticas o económicas. Además, dentro de ese marco, los principios procedimentales ambientales –información, participación y acceso a la justicia- son fundamentales dentro de una democracia ambiental. La prudencia ecológica, base de la pirámide de una sustentabilidad fuerte deberá orientar y limitar proyectos que impacten significativamente a la Naturaleza.*
- (2) *La naturaleza funciona, esencialmente, a base de energía solar:* La matriz energética de una sociedad que aspire a funcionar con baja entropía deberá depender de energía renovable. Es necesario establecer un marco de incentivos económicos para el desarrollo de tecnologías limpias, y, al mismo tiempo, desincentivos para energías de impacto negativo, eliminando, además, cualquier subsidio que sea contrario a los principios de la sustentabilidad fuerte.
- (3) *La naturaleza recicla nutrientes y residuos:* El EED deberá prevenir y reducir la contaminación, promover el consumo ecológico consiente –Rechazo, reaprovechamiento y reciclaje- desestimulando estrategias de obsolescencia programada.

En palavras de Daly (2005, p. 96) “Uma economia sustentável requer uma ‘transição demográfica’ não apenas de pessoas, mas também de bens – as taxas de produção deveriam ser iguais às taxas de depreciação, em níveis elevados ou baixos”.

- (4) *La naturaleza preserva la biodiversidad y los servicios ecosistémicos:* No es posible sustentar de forma indefinida una sociedad que degrada el ambiente. Debe repensarse la forma de interacción con la Naturaleza, promoviendo una sociedad de baja entropía que respete los

límites biológicos aplicando criterios de sustentabilidad y justicia distributiva. Es necesaria la amalgama de nuevos paradigmas que contemplen una perspectiva biocéntrica.

- (5). *La Naturaleza controla el tamaño poblacional y el uso de los recursos*: Debe evitarse el desperdicio, y promover la distribución equitativa del espacio natural y de los recursos naturales.

Esos parámetros, extraídos del funcionamiento de la Naturaleza, deben ir acompañados de una *Ecoética* que oriente una *ciudadanía ecológica* solidaria y responsable con el *otro*. Leite y Ayala explican que esa ciudadanía deberá ser ejercida en términos planetarios y transfronterizos. Esa necesidad se justifica no solo apenas por la integralidad del ambiente y de los intereses relacionados, como también por la globalidad de la crisis ambiental (LEITE; AYALA, 2004).

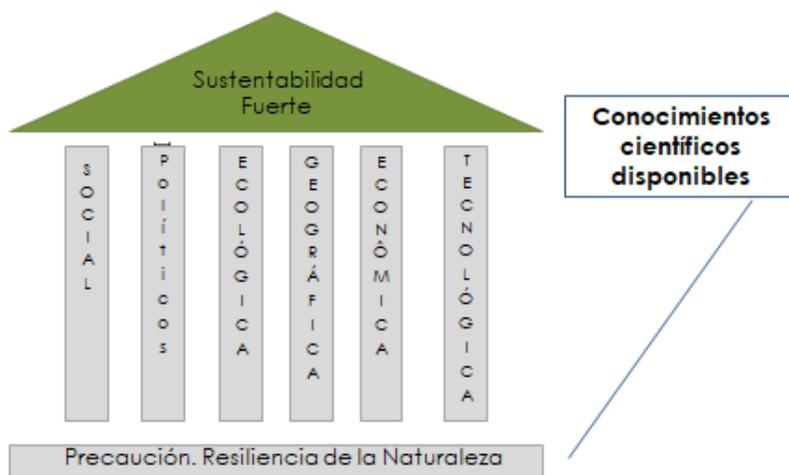
La ciudadanía ecológica deberá estar fundamentada en una nueva educación, que deberá partir de la premisa que el ser humano debe tener una relación de respeto y armonía con la Naturaleza. Esa ciudadanía deberá estar direccionada por la idea de responsabilidad y solidaridad para con un *otro* normalmente invisibilizado en el actual modelo de desarrollo – *las otras especies que habitan el planeta y las futuras generaciones*–

Dentro de ese contexto de transición para una sociedad sustentable, el Estado contemporáneo deberá desempeñar un relevante papel en la adopción de políticas públicas que promuevan la ciudadanía ecológica y orienten actividades y conductas sustentables.

Como afirma Morato Leite (2003), la crisis ambiental torna cada vez más aparente la necesidad de reformular los pilares que sirven de base para el Estado, lo que presupone, inevitablemente, la adaptación de un modelo de desarrollo apto para considerar a las futuras generaciones y el establecimiento de una política fundamentada en el uso sustentable de la Naturaleza. Como afirma Daly (2005, p. 92) “Desenvolver uma economia sustentável em uma biosfera finita exige novas maneiras de pensar”. Así, una nueva racionalidad ecológica deberá imponer una reformulación radical del concepto de desarrollo vigente, exigiendo repensar su teoría, instituciones, el modo de utilizar los recursos naturales, el cuestionamiento del trasumo/consumismo, y la forma de eliminar residuos.

En síntesis, una pirámide de la *sustentabilidad ambiental fuerte* tiene, en su base, un parámetro precautorio, amparado en el conocimiento científico más adecuado que deberá considerar la capacidad de resiliencia de la Naturaleza de forma que sean respetados sus límites biofísicos. Se trata del pilar inicial, que deberá determinar si, en un segundo momento es posible realizar un análisis de ponderación en el cual sean considerados 5 elementos: Ecológicos (evaluación de posibles impactos), sociales, económicos, políticos, geográficos y tecnológicos. La imagen 1, refleja esa nueva concepción de sustentabilidad.

Imagen 1. Sustentabilidad fuerte



Fuente: Elaboración propia (2019)

4. PERSPECTIVAS DEL ESTADO ECOLÓGICO DE DERECHO

La Declaración Mundial adoptada por la UICN en abril del 2016, sobre el Estado de Derecho en materia ambiental⁴, es un insumo relevante para identificar los principios que permiten nortear el *esverdeamiento* del Estado de Derecho. Ese documento expresamente destaca que “la humanidad coexiste con la naturaleza y que toda forma de vida depende de la integridad de la biosfera y de la interdependencia de los sistemas ecológicos”.

La Declaración de la UICN/2016, en su apartado segundo (II) reconoce 13 principios – generales y emergentes- que deberán nortear el *EED*. En síntesis, dichos principios son orientaciones sustentables que determinan:

1. El reconocimiento intrínseco del valor de la Naturaleza, más allá de cualquier fin utilitarista. Ese reconocimiento exige el deber de todos –Estado, entidades, ciudadanos- de proteger la Naturaleza, respetando sus límites biofísicos, su capacidad de resiliencia y la evolución de los procesos ecológicos;
2. El derecho humano al ambiente ecológicamente equilibrado, con una dimensión intrageneracional e intergeneracional;
3. La consolidación de un derecho ambiental con una responsabilidad prospectiva capaz de adoptar normas de protección y restauración que permitan mantener y mejorar la resiliencia de los ecosistemas. Se resalta la función ecológica de la propiedad;
4. La aplicación del Principio *In Dubio Pro Natura*, en los diversos procesos de decisión, cuando exista duda sobre el riesgo o peligro ambiental;

⁴ Declaración disponible en https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf

5. El carácter integrador, pluralista, multicultural y holístico del *EED*, debiendo promover la igualdad de género, la participación de grupos minoritarios y vulnerables, y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales;
6. La importancia de los principios de no regresión y de progresividad, para garantizar y mejorar las normas jurídicas ambientales y el acceso a la justicia, con el apoyo de los conocimientos científicos más recientes.

De los principios de la citada declaración es posible afirmar que el *Estado Ecológico de Derecho* es una exigencia que deviene de los riesgos ambientales que caracterizan el Antropoceno y constituye un requisito indispensable para poder orientar una justicia ecológica integral –intrageneracional, intergeneracional e interespecies, capaz de proponer un modelo de gobernanza más equitativo. Ese modelo busca establecer una *responsabilidad organizada* con parámetros *eco-éticos* que delimiten un marco sustantivo y procedimental con una pretensión real de efectividad.

El *EED* deberá tener como fundamento la idea de una *sustentabilidad fuerte*, que, teniendo como base el equilibrio ecológico, elabore e implemente normas con parámetros claros, amparados en conocimiento científico, orientadas al uso equitativo y racional de la Naturaleza, respetando su valor intrínseco y sus límites biofísicos.

Una nueva *racionalidad ambiental* implica la legitimación de nuevos valores, de nuevos derechos y de nuevos criterios para tomar decisiones democráticas que permitan nuevas políticas ambientales. El desafío de una *sustentabilidad ambiental fuerte* es cuestionar la realidad predominante que fue edificada con base en una racionalidad que no incorporó los límites biofísicos como presupuesto base que debe ser respetado por el modelo de desarrollo humano.

Los riesgos ambientales que caracterizan el Antropoceno exigen un nuevo modelo de Estado, el cual, como explica Fensteiseifer (2008), deberá incorporar, a las conquistas positivas logradas en términos de tutela de la dignidad humana, la tutela efectiva de derechos trans-individuales. En un paradigma de solidaridad (en su dimensión local, nacional, regional e internacional), el Estado deberá proyectarse en una dimensión ecológica que objetive la efectividad de los derechos de la sustentabilidad, promoviendo el debate de nuevos paradigmas que garanticen el respeto de los límites biofísicos de la Naturaleza, la salud y la vida en sentido amplio. Así, los derechos de la sustentabilidad se convierten en parámetros, requisitos *sine qua non*, para el ejercicio de los derechos fundamentales de los seres humanos.

La complejidad ecológica del Antropoceno impone al *EED* el desafío de incorporar la sustentabilidad como parámetro fundamental para un nuevo modelo de desarrollo. Entre los principales desafíos de ese proyecto de *EED* podemos enumerar:

- (1) Invertir en *educación verde*, reconociendo el valor intrínseco de la Naturaleza. Nuevos paradigmas ecológicos son objeto de debate, reconociéndose, tanto a nivel jurisprudencial como legislativo, a la Naturaleza y a los animales como sujetos de derechos;
- (2) Combatir la corrupción y fortalecer los sistemas de fiscalización y evaluación ambiental;
- (3) Incentivar nuevas tecnologías que permitan migrar de una economía marrón para una economía verde (desmaterializada);
- (4) El Reconocimiento y fortalecimiento de los derechos de la sustentabilidad como derechos humanos: Mínimo existencial ecológico, derecho a un clima estable, derecho al agua y saneamiento básico, derecho a la información y participación en materia ambiental, derecho de acceso a la justicia para resolución de conflictos ecológicos;

- (5) Repensar los modelos de gobernanza y gobernabilidad para permitir una mayor efectividad de las normas ambientales

Dentro de esa línea de acciones, es evidente que el Derecho, a partir de una perspectiva de pensamiento complejo, deberá revisar sus esquemas conceptuales tradicionales para ser capaz de reestructurar el proceso de incentivos que conduce a los seres humanos a degradar el ambiente. La complejidad ambiental exige que el derecho se apoye en el conocimiento científico, adoptando una visión prospectiva, con un carácter más preventivo que represivo.

Siguiendo el pensamiento de José Eli da Veiga (2012, p.18), consideramos que deberá ser realizado un cambio radical en las políticas tributarias, permitiendo una *Reforma fiscal verde*, fundamentada en la *Teoría del doble dividendo*, que permita modificar la carga fiscal estructurada de acuerdo con una economía marrón – que tributa el trabajo y el capital -, para una tributación *extrafiscal* que incentiva actividades ecológicamente correctas y aumenta la carga fiscal de bienes y servicios con mayor impacto sobre la Naturaleza (PERALTA, 2014).

Sobre el tema, Daly (2005, p. 97) afirma que,

Um governo preocupado com o uso mais eficiente de recursos naturais mudaria o alvo de seus impostos. Em vez de taxar a renda auferida por trabalhadores e empresas (o valor adicionado), tributaria o fluxo produtivo (aquele ao qual é adicionado valor), de preferência no ponto em que os recursos são apropriados da biosfera, o ponto de "extração" da Natureza.

Por otra parte, es relevante el fortalecimiento de la *Gobernabilidad Ecológica*, en los diversos niveles (local nacional, regional, global). Ese proceso deberá estar acompañado del protagonismo de la sociedad civil en la toma de decisiones de relevancia ambiental. A partir del fenómeno participación democrática y ciudadana en la defensa del ambiente, se desprenden cuatro sub-principios: (1)- El principio de participación popular; (2). El principio de acceso a la información ambiental; (3). El principio de Educación Ambiental; (4). El principio de consumo sustentable (Fenstenseifer, 2008)

A nivel nacional, advirtiendo que no existen modelos estandarizados, conviene enumerar 5 recomendaciones para una adecuada Gobernabilidad Ecológica:

- (1) Fortalecer la gestión descentralizadora, transfiriendo competencias para la tomada de decisiones a gobiernos locales y a comunidades tradicionales;
- (2) Integrar programas de sustentabilidad dentro de las estrategias de desarrollo y reducción de pobreza a nivel nacional, regional y local;
- (3) Implementar estrategias de prevención y reducción de riesgos de desastres. El ordenamiento territorial es esencial como ejercicio de planificación en regiones y ciudades;
- (4) Fortalecer los procesos de negociación multi-actores, estimulando la cooperación y captación de recursos para el desarrollo local sustentable;
- (5) Asegurar la compatibilidad entre la legislación ambiental y la institucionalidad, combatiendo la corrupción.

En al ámbito internacional, los organismos de gobernabilidad ambiental, incluidos dentro de estructuras formuladas en la primera mitad del siglo XX, están anclados en una visión heredada de la primera modernidad –simple, lineal, industrial-, fundamentada en la sociedad de Estados Naciones. Existen programas y foros poco articulados, procesos de decisión obsoletos, y acuerdos globales sin financiamiento o capacidad de *enforcement*.

La complejidad ambiental del Antropoceno exige una nueva arquitectura institucional ambiental global, sólida y eficaz capaz de entender que el mundo actual es más que la simple suma de países. Esa nuevo modelo de gobernabilidad internacional deberá contar con capacidad de articulación, recursos financieros estables, poder normativo y capacidad de *enforcement*. Considerando la complejidad ambiental, algunas acciones concretas podrían orientar el debate sobre un nuevo modelo de Gobernabilidad Ambiental Internacional:

- (1) Aplicar el principio de subsidiariedad. Pensar global, actuación local;
- (2) Promover la cooperación regional para articular y coordinar acciones conjuntas entre países, con el objetivo de contribuir con soluciones científico-tecnológicas propias a los problemas del desarrollo de cada región. Sería interesante discutir la posibilidad de organizar foros multi-atores, y constituir conjuntos geopolíticos regionales o bloques de países con intereses comunes;
- (3) Discutir si la reformulación de los organismos existentes en la ONU sería suficiente para permitir una gobernabilidad ambiental eficaz. Deberá evaluarse la necesidad de crear un organismo más independiente, encargado específicamente de temas de sustentabilidad ambiental, o si sería más conveniente redefinir las reglas y criterios de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y crear, por ejemplo, una Organización Mundial de la Sustentabilidad. Independientemente de la arquitectura institucional adoptada, es fundamental establecer fuentes de financiamiento estables;
- (4) Es fundamental discutir y adoptar indicadores de sustentabilidad ambiental globales, que consideren las particularidades regionales;
- (5) Crear un Tribunal Internacional Ambiental capaz de sancionar Estados y empresas nacionales y transnacionales.

CONCLUSIÓN

Los problemas y riesgos ecológicos son un signo marcante del Antropoceno. Su solución requiere un diálogo de saberes, transdisciplinario, pluralista, que sea capaz de adoptar criterios de responsabilidad ecológica que respeten las fronteras de riesgo ecológico identificadas por el conocimiento científico.

Conforme expuesto, la complejidad ambiental del Antropoceno exige repensar el modelo de desarrollo hegemónico fundamentado en la idea de crecimiento económico. La *sustentabilidad ambiental fuerte* como nuevo paradigma permite conceptualizar las perspectivas para configurar un *Estado Ecológico de Derecho* con una racionalidad que respete los límites biofísicos del planeta y sea capaz de dar respuesta a los riesgos ecológicos. Así, ese nuevo paradigma deberá tener como objetivo alcanzar un estado de prosperidad, caracterizado por un equilibrio duradero y equitativo, en el cual la idea de desarrollo no esté limitada a aspectos relacionados con crecimiento económico.

La *Declaración de la UICN sobre el Estado de Derecho en materia ambiental* se constituye como una relevante iniciativa que permite orientar caminos para alcanzar la *sustentabilidad ambiental fuerte*. De ese documento es posible concluir que el *EED* deberá, por un lado, conciliar los derechos liberales, sociales con los derechos ecológicos, promoviendo el reconocimiento de los derechos de la naturaleza y la justicia ecológica en un mismo proyecto jurídico político para la comunidad estatal. Ese modelo deberá objetivar una ciudadanía ecológica cosmopolita capaz de entender a la Naturaleza por su valor intrínseco.

El *EED* deberá contribuir de forma responsable y activa para estructurar un modelo de gobernabilidad ambiental internacional dinámico, cooperativo, informado, transparente y con capacidad de *enforcement*.

La complejidad ambiental se constituye en el gran reto del siglo XXI, exigiendo nuevas epistemologías capaces de lidiar con la imprevisibilidad de los riesgos ambientales existentes. Para ello, hay una exigencia de un nuevo modelo de Estado y de una gobernabilidad ambiental global pautaada por un principio de sustentabilidad que exige la contención del ser humano y la prudencia en su relación con el ambiente.

REFERENCIAS

ANTHROPOCENE WORKING GROUP. **Working group on the ‘Anthropocene’**. 2019. Disponible en: <http://quaternary.stratigraphy.org/working-groups/anthropocene/>. Acceso en 30 ago. 2019.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

CAVALCANTI, Clóvis. **Sustentabilidade da economia: paradigmas alternativos de realização econômica**. In: CAVALCANTI, Clóvis (org.). *Desenvolvimento e natureza*. Estudos para uma sociedade sustentável. São Paulo. Cortez, 2003.

CRUTZEN, P.J. Geology of mankind. **Nature**, v. 415, 2002. Disponible en: <http://nature.berkeley.edu/classes/espm-121/anthropocene.pdf>. Acceso en: 20 ago. 2019.

CRUTZEN, Paul J.; STOERMER, Eugene F. The Anthropocene. **Global Change Newsletter**. núm. 41, Disponible en: <http://www.igbp.net/download/18.316f18321323470177580001401/1376383088452/NL41.pdf>. Acceso en: 20 de agosto de 2019.

DALY, Herman. **Sustentabilidade em um mundo lotado**. Scientific American Brasil. Edição Especial. São Paulo, ano 4, n. 41, 2005.

DE PRADA GARCÍA, Aurelio. Justicia y protección fiscal del medio ambiente. In: YABAR STERLING, Ana (ed.) **Fiscalidad ambiental**. Barcelona: Cedecs, 1998.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008.

LEFF, Enrique. **Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza**. Tradução: Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. Breves Reflexões sobre os Elementos do Estado de Direito Ambiental Brasileiro. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; CAETANO, Matheus Almeida. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (organizadores). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MILLER JR., G. Tyler. **Ciência ambiental**. Tradução da 11. edição norte-americana. Tradução de All Tasks. 1ª reimpressão. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

MONTERO, CARLOS EDUARDO PERALTA. **Tributação Ambiental**: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou Economia Política da Sustentabilidade. In: MAY, Peter H.; LUSTOSA, Maria Cecília; VINHA, Valeria da. (organizadores). **Economia do meio ambiente**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003

TRISCHLER, H. El Antropoceno ¿un concepto geológico o cultural, o ambos? **Desacatos** 54, 2017. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/desacatos/n54/2448-5144-desacatos-54-00040.pdf>. Acceso en: 25 de agosto de 2019

UICN. **Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental**, 2016. Disponible en: https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf. Acceso en: 29 de agosto de 2019.

WINTER, Gerd. Um fundamento e dois pilares: o conceito de desenvolvimento sustentável 20 após o Relatório Brundtland. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme; KISHI, Sandra Akemi Shimada (org.). **Desenvolvimento sustentável, OGM e responsabilidade civil na União Europeia**. Tradução de Carol Manzoli Palma. Campinas: Millennium, 2009.

Recebido em: 17 set. 2019.

Aceito em: 12 nov. 2019.

EL BREXIT: TODO UN RETO PARA EL DERECHO ROMANO

Alfonso Murillo Villar

Universidad de Burgos, Espanha

“Quiero destacar lo importante que su tarea investigadora es para la Unión Europea, y ello, en cuanto el derecho romano constituye una de las bases culturales indispensables de Europa y uno de los elementos esenciales de nuestra identidad. La comunidad de derecho que es la Unión Europea se fundamenta en sus raíces, que aún hoy sostienen nuestra cultura jurídica común. ¡Gracias por su labor y enhorabuena!”

Antonio Tajani¹

Presidente del Parlamento Europeo

12 de abril de 2019

RESUMEN: Con la salida del Reino Unido de la Unión Europea también lo hace el sistema jurídico anglosajón o *Common Law*. Esta circunstancia facilita la futura armonización legal entre todos los sistemas jurídicos del denominado *Civil Law* o derecho continental, sistema jurídico por el que se rigen los países, a excepción de Irlanda, que permanecen en la Unión. A partir de ahora, será más fácil crear una ciencia jurídica europea común de base romanista, pues el Derecho romano se convierte en su único y fundamental elemento aglutinador: el ordenamiento jurídico romano es la base común de todos los ordenamientos jurídicos de la Europa continental. Es el momento de hacer valer la influencia romanística en la configuración del futuro ordenamiento jurídico común europeo.

PALABRAS CLAVE: Brexit. Common Law. Civil Law. Derecho Romano. Derecho europeo.

Brexit: a great challenge for Roman Law

ABSTRACT: With the exit of the United Kingdom from the European Union, the Common Law legal system is also removed. This circumstance facilitates future legal harmonization between the so-called legal system of Civil Law or continental law, the legal system that regulates the countries, with the exception of Ireland, that remain in the Union. It will henceforth be easier to create a common European legal science based on Roman law, as Roman law is converted into its single and fundamental unifying element: the Roman legal order is the common foundation of all the legal orders of Continental Europe. It is time to assert the influence of Roman law in the future configuration of the common European legal order.

KEYWORDS: Brexit. Common Law. Civil Law. Roman Law. European Law.

Brexit: um grande desafio para o Direito Romano

RESUMO: Com a saída do Reino Unido da União Europeia, também o faz o sistema jurídico anglossaxão ou *Common Law*. Esta circunstância facilita a futura harmonização legal entre todos os sistemas jurídicos do denominado *Civil Law* ou direito continental, sistema jurídico pelo qual

¹ Palabras del mensaje remitido por el Presidente del Parlamento Europeo, D. ANTONIO TAJANI, con motivo de la conmemoración del XXVº aniversario de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano (AIDROM), que tuvo lugar durante la celebración del XXI Congreso Internacional y XXIV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, entre los días 10 a 12 de abril de 2019 en el Edificio Histórico de la Universidad de Oviedo, y cuyo tema de debate fue: “Fundamentos romanísticos del derecho de la Unión Europea y de los países iberoamericanos”.

se regem os países, à exceção da Irlanda, que permanecem na União. A partir de agora, será mais fácil criar uma ciência jurídica europeia comum de base romanista, pois o Direito Romano se converte em seu único e fundamental elemento aglutinador: o ordenamento jurídico romano é a base comum de todos os ordenamentos jurídicos da Europa continental. É o momento de fazer valer a influência romanística na configuração do futuro ordenamento jurídico comum europeu. **PALAVRAS-CHAVE:** Brexit. Common Law. Civil Law. Direito Romano. Direito europeu.

INTRODUCCIÓN

El jueves 23 de junio de 2016 tuvo lugar un referéndum sobre la permanencia del Reino Unido (RU) en la Unión Europea (UE), que arrojó un resultado favorable a su salida con casi un 52 % de los votos. A partir de ese momento se acuñó el acrónimo *Brexit*, formado por las palabras inglesas *Britain* y *exit*, que significa salida del RU de la UE. El resultado del referéndum no era vinculante, pues para iniciar el proceso de salida de la UE, el Parlamento del RU tenía que derogar una serie de leyes, hasta que finalmente el 29 de marzo de 2017, tras conseguir dicha aprobación, el RU comunicó al presidente del Consejo Europeo su intención de abandonar la UE, tal y como establece el artículo 50 del Tratado de la Unión. Con esta comunicación dio inicio el proceso de salida, que según establece el Tratado, tiene una duración inicial de dos años. Pero ocho días antes de que expirase el plazo para que el RU abandonase la UE, el 21 de marzo de 2019, y ante la ausencia de acuerdo, la UE y el RU acordaron prorrogar la salida hasta el viernes 12 de abril. Y de nuevo, la víspera, el 11 de abril, se volvió a posponer la salida hasta el 31 de octubre del mismo año 2019.

Con el *Brexit* se ha abierto una crisis de consecuencias imprevisibles². Sin duda, habrá consecuencias económicas, políticas, sociales e ideológicas, pero sobre todo, nos interesan las consecuencias jurídicas, y su repercusión en un pilar fundamental de la UE, que es su unificación jurídica. Es cierto que corren tiempos difíciles para Europa; tiempos difíciles para el derecho europeo; sin embargo, a los países que permanecen en la UE les resta un fundamental e inverosímil elemento aglutinador: el Derecho romano, base común de todos los ordenamientos jurídicos de la Europa continental. Al igual que el RU, también su ordenamiento jurídico, el conocido *Common Law*, ha sido un elemento incómodo, y hasta distorsionador, de la ineludible pretensión de unificación jurídica. Desaparecido el “problema”, dicho con el mayor de los respetos, se nos brinda una gran oportunidad a los estudiosos del Derecho romano, para hacer valer nuestra influencia en la configuración del futuro ordenamiento común.

1. EL COMMON LAW ABANDONA LA UNIÓN EUROPEA

Si partimos de que el Derecho romano está en el ADN del derecho europeo continental, todo lo que seguidamente digamos se comprenderá fácilmente³. Con más argumentos que nunca, desde la salida del RU de la UE, el Derecho romano se va a convertir en el referente único común de todos los ordenamientos de la Europa continental, para lograr su armonización o unificación⁴.

² Sin duda, los recientes acontecimientos tienen su explicación en el desarrollo de la historia, vid. HEUSER B., **Brexit in History: Sovereignty or a European Union?**, London, Reino Unido, ed. C. Hurst & Co. Ltd., 2019.

³ Vid. MURILLO VILLAR, A., **¿Para qué sirve el Derecho romano?** Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI, Santiago de Compostela, Andavira, 2018.

⁴ De “interconexión de los distintos sistemas civiles nacionales” lo calificó D^a SALLA SAASTAMOINEN, Directora para la Justicia Civil y Comercial. Directora General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, en la Conferencia Inaugural del XXI Congreso Internacional y XXIV Iberoamericano de Derecho Romano, celebrada en la Universidad de Oviedo el día 10 de abril de 2019, para quien dicha expresión “significa tener en consideración la

Es más, incluso ahora podríamos inclinarnos por hablar mejor de unificación que de armonización, pues es mucho más lo que nos une que lo que nos separa, jurídicamente hablando, a quienes permanecemos en la UE. Y decimos esto, porque la “dificultad” que implicaba la presencia del *Common Law*, para intentar una unificación, ha desaparecido; tal obstáculo exigía, más bien, un proceso de armonización, que varió, según los casos, por las aspiraciones del conjunto. Si alguna ventaja otorga el *Brexit*, es la facilidad para lograr, a partir de ahora, una ciencia jurídica europea común de base romanista, pues su presencia siempre obstaculizó la ansiada unificación de los ordenamientos jurídicos continentales⁵.

Entendemos que no resulte fácil admitir esta afirmación, pero debemos aceptar la existencia de permanentes esfuerzos, por parte de la doctrina, para justificar las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law*, las cuales, en ocasiones, son más profundas de lo que a veces se han querido presentar. No obstante, nadie podrá negar que siempre ha existido, por parte inglesa, una aversión innata a la codificación⁶. Aunque se pretendan desmentir dichas diferencias entre ambas tradiciones jurídicas, e intentar demostrar un progresivo acercamiento, que favoreciera una hipotética unificación jurídica europea, ha llegado el momento en que todo ese trabajo es innecesario⁷. El RU ha abandonado la UE, y por consiguiente será superfluo conciliar ambos

tradición jurídica de los Estados miembros que, [...], a menudo tienen su origen en reglas, criterios y principios consagrados en el Derecho romano. El uso de términos jurídicos romanos en los sistemas legales de los Estados miembros facilita enfrentar este desafío. Trabajar con conceptos legales tradicionales resulta beneficioso, al permitirnos identificar un lenguaje común”.

⁵ No obstante, Irlanda continúa en la UE como miembro de pleno derecho, y es un país que se rige por el *Common Law*. Lógicamente, su pertenencia siempre determinará la legislación común, pero previsiblemente será menor que la determinación que ha tenido la presencia del RU. Por su influencia económica y social; por el porcentaje de población total de la UE, 0,9 % en 2016; por el número de escaños en el Parlamento europeo, (11); por su contribución al presupuesto de la Unión en porcentaje de renta nacional bruta (RNB), (0,86 %), porque su moneda es el Euro, entre otras varias razones, hacen muy verosímil que en la futura unificación del derecho común europeo, el derecho anglosajón pierda influencia como contrapunto jurídico frente al derecho continental de base romanista.

⁶ ROBLES VELASCO, L. M., «El futuro código europeo de contratos, ¿una nueva recepción?», en **RIDROM**, n.º 5, octubre 2010, p. 57–91.

⁷ Puede verse el trabajo de STÜRNER, M., «Tendiendo un puente entre el Common Law y el derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?», en **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, n.º 15, 2007, p. 177–193, en el cual, el Autor tomando como punto de partida que estamos ante dos sistemas legales distintos, se esfuerza por demostrar que no son tan diferentes, e incluso afirma que las diferencias entre el *Common Law* y el *Civil Law* o derecho continental se han reducido. Quizás sea cierto, pero entre ambos sistemas existen diferencias sustanciales y si hasta ahora se trataban de evitar, a partir de ahora será absolutamente innecesario tal esfuerzo. Hay que recuperar la tradición histórica de nuestro sistema legal, en este momento con más legitimidad que nunca, detalle no extraño para STÜRNER pues reconoce *in fine* de su trabajo que “La convergencia de ambos sistemas ha estado progresando rápidamente. La importancia creciente del derecho comunitario ha conducido a una adopción de técnicas similares en la legislación y la interpretación de leyes en ambos lados del canal de la Mancha. Al pensar en mayor armonización, sin embargo, no debemos dejar de lado las tradiciones históricas de ambos sistemas en la medida en que ellas continúan influenciando el pensamiento legal en los diversos Estados miembros” (p. 193). Vid. HERZOG, T., **Una breve historia del derecho europeo**. Los últimos 2.500 años, Madrid, Alianza Editorial S.A., (trad. esp. COLL RODRÍGUEZ, M.A.), 2019, quien busca con esta obra poner en tela de juicio la presuposición de que el *Common Law* inglés y el derecho continental son completamente distintos. Para la Autora ambos sistemas forman parte de una sola tradición europea de la cual proceden y que enriquecía a los dos, siendo sustancialmente más similares de lo que a simple vista parece (p. 16). No obstante, indica (p. 331), que para algunos juristas las diferencias entre estos dos sistemas son verdaderamente insalvables. “Las epistemologías jurídicas importan más que las soluciones concretas que cada uno de estos sistemas adoptaron. En el nivel epistemológico, el derecho continental y el inglés son reconociblemente distintos, con diferentes enfoques sobre lo que es el derecho, quién lo creó y de qué modo podría cambiar. Mientras que los sistemas continentales se centran en la razón, el *Common Law* se basa en la experiencia; mientras que los sistemas continentales dan primacía a la legislación, el *Common Law* prefiere la jurisprudencia”. Pero no soslaya TAMAR HERZOG (p. 332), que “estos juristas también señalan que hay importantes maneras en las cuales ambos sistemas han ido convergiendo gradualmente incluso en su marco conceptual, evolucionando hacia un terreno intermedio. Esta convergencia ha eliminado (o al menos minimizado) muchas de las diferencias entre los sistemas continental e inglés, no sólo al nivel de soluciones concretas (que con frecuencia son idénticas), sino también con respecto a cómo ven ellos la legislación y el derecho jurisprudencial, que ahora en ambos sistemas se consideran complementarios en vez de opuestos. En realidad, la mejor

sistemas jurídicos de cara a una regulación futura común. Además, por más que se intente, son dos modelos jurídicos diferentes⁸, y ello quizás este influido porque la tradición romanística en el RU tuvo un efecto menor que en el continente. Es decir, la recepción del Derecho romano en Inglaterra tuvo como dificultad, entre otras, el marcado corporativismo de los juristas ingleses, porque el nuevo sistema ponía en peligro sus intereses profesionales⁹. Por lo tanto, con la nueva situación que ha provocado el *Brexit*, resulta inútil buscar puntos de conexión entre el *Common Law* y el *Civil Law*; ya no será necesario, porque el futuro derecho común europeo quedará circunscrito a los 27 países miembros actuales de la Unión, y a aquellos que se incorporen, que seguirán rigiéndose por ordenamientos de base romanística. Se trata de ordenamientos con una tradición jurídica y unas características comunes, que conducen a la individualización de lo que los comparatistas llaman un macro-sistema. Sistema que denominamos *Civil Law* o romano-germánico, y que une a los derechos francés, alemán, italiano, austriaco, español, portugués, etc.¹⁰, sin olvidar los iberoamericanos.

Se ha intentado, por muchos autores, ver cierta influencia del Derecho romano en el derecho anglosajón¹¹, pero las dificultades son ciertamente enormes. Y, sobre todo, si lo vemos desde el punto de vista de la recepción del Derecho romano se puede afirmar que la influencia es reducida. Al menos, debe precisarse que la tradición romanística tuvo un efecto mucho menor en las Islas Británicas que en el continente europeo. Además, si la unificación del derecho europeo ha de basarse en el derecho privado, hay que decir que la influencia del Derecho privado romano en el derecho inglés no fue muy importante, y como mucho tuvo una naturaleza accidental¹². Quizás pueda achacarse, a que la enseñanza del Derecho romano tuvo mucha oposición; tal vez, porque se trataba de un ordenamiento fácilmente identificable con el Imperio, lo cual provocaba temor en la nobleza ante el posible fortalecimiento legislativo de la Corona¹³. En definitiva, lo cierto es que la influencia del Derecho romano no fue en Inglaterra como en la Europa continental, en donde triunfó el fenómeno codificador, en todos los ordenamientos jurídicos. Y aunque se afirme la impronta del Derecho romano sobre el *Common Law*, hay que reconocer lo difícil y delicado que es comprender las razones de fondo de tal analogía¹⁴.

Sirva el irónico símil de KOSCHAKER¹⁵, para resumir nuestra opinión: “El Derecho romano viene a ser para los juristas ingleses, un venerable anciano de hermosas y luengas barbas,

prueba de semejante coexistencia pacífica es el propio derecho europeo”. Por ello, como siempre se ha dicho, la única forma sensata de enfrentar el futuro es conociendo bien la historia, vid. VAN CAENEGEM, R.C., **Pasado y futuro del derecho europeo, dos milenios de unidad y diversidad**, Santiago de Chile, Chile, ed. Olejnik, 2019.

⁸ AJANI, G. et alii, **Sistemas jurídicos comparados**. Lecciones y materiales, (trad. español), Barcelona, Publicacions i Edicions, Universitat de Barcelona, 2010, p. 77 ss.; ACQUARONE, L. et alii, **Sistemi giuridici nel mondo**, 2ª ed., Torino, Giappichelli Editore, 2016, p. 139 ss.; HAMZA, G., **Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del Diritto romano**, Santiago de Compostela, Andavira, 2013, p. 28. GAMBARO, A. - SACCO, R., **Sistemi giuridici comparati**, 4ª ed., Utet Giuridica, Milano, 2018, p. 31 ss.

⁹ Vid., HERRERA BRAVO, R. - SALAZAR REVUELTA, Mª. - SALAZAR REVUELTA, A., «Ius Commune versus Derecho común europeo», en **RGDR**, nº. 10, 2008, especialmente a partir de p. 21 ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Ciencia jurídica europea y derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Cammon Law. Civil Law», en **RGDR**, nº 10, 2008; el mismo trabajo revisado y con apéndice bibliográfico en **GLOSSAE**. European Journal of Legal History, nº 13, 2016, p. 276-306.

¹⁰ AJANI et alii, **Sistemas jurídicos comparados**, cit., p. 245.

¹¹ TORRENT, A., **Fundamentos del derecho europeo**. Ciencia del derecho: Derecho romano-ius commune-derecho europeo, Madrid, Edisofer, 2007, p. 248 ss.

¹² Vid. HERRERA BRAVO, R., **El Derecho romano en la cultura jurídica del siglo XXI**, Jaén, Universidad de Jaén, 2007, p. 39 ss.

¹³ HERRERA BRAVO, R., **El Derecho romano en la cultura jurídica del siglo XXI**, cit., p.43.

¹⁴ FARGNOLI, I., «Gentes europaeas [...] eo se iure regi passas esse». A propósito de la armonización del derecho europeo», en **RGDR**, nº 25, diciembre 2015, p. 22 ss.

¹⁵ KOSCHAKER, P., **Europa y el Derecho romano**, (trad. esp.), Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 317 ss.

al cual se le abre cortésmente la puerta cuando llama, a quien se escucha con respeto y a quien se acompaña hasta la puerta para despedirle. En Alemania (*extendámoslo a todos los ordenamientos jurídicos europeos continentales*), en cambio, es arrojado con insultos¹⁶, simplemente porque en los años de juventud se permitió fumar sus pipas con excesiva familiaridad en los salones de doña Germania, y el humo de su tabaco ennegreció los muebles y la seda de las tapiécerías con tal intensidad, que hasta la fecha, el procedimiento mejor, no ha podido suprimir el fuerte aroma que dejara”.

2. CONSECUENCIAS DEL BREXIT PARA EL DERECHO PRIVADO EUROPEO

El 23 de junio de 2016, con gran sorpresa, los británicos decidieron abandonar la Unión. A fuer de ser sinceros, también es preciso reconocer que nunca se integraron al cien por cien, y en muchísimas ocasiones trataron de paralizarlo, o al menos ralentizarlo. Los especialistas invocan el art. 50 del Tratado de la Unión¹⁷, como base jurídica para formalizar la salida, pero, como no existen precedentes, todo es una novedad, de ahí que la incertidumbre aún sea mayor. Compartimos las palabras de MARTÍN DELGADO, cuando afirma que “Salir no es más fácil que entrar. Decir adiós es muy sencillo; despedirse no lo es tanto”¹⁸. Lo que sí parece seguro, es que las negociaciones no son fáciles, previsiblemente no se rompan todos los vínculos, muchos se mantendrán mediante acuerdos bilaterales; se ignora el modelo de relación posterior a la salida, pero seguro que el “divorcio” no será excesivamente traumático, aunque haya sido originado por una decisión unilateral. Lo cierto, es que estamos ante una situación nueva, en absoluto fácil, sobre la que solamente el tiempo pondrá cordura. En la literatura vertida sobre el *Brexit*, impera, especialmente, la preocupación por la situación económica, los servicios financieros, las sociedades, la situación de los emigrantes, la movilidad de las personas, los trabajadores, etc.¹⁹.

¹⁶ Así, el Punto 19 del Programa del Partido Nacional-Socialista Alemán.- “Exigimos que el Derecho romano, que responde a una concepción materialista del mundo, sea sustituido por un Derecho común alemán”. El 24 de febrero de 1920, a petición de HITLER, tuvo lugar en Munich un mitin multitudinario del Deutsche Arbeiter Partei (Partido Obrero Alemán); Hitler leyó el Programa de 25 puntos del NSDAP, (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*), que fueron la base y fundamento del programa político del nacionalsocialismo.

¹⁷ Artículo 50.- 1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.

2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.

3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo.

4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten.

La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49.

¹⁸ MARTÍN DELGADO, I., «*Brexit means Brexit*... o no. Especulaciones, conjeturas y algunas consideraciones jurídicas a propósito de la decisión del Reino Unido de retirarse de la Unión Europea en el contexto del artículo 50 TUE», en **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n° 64, noviembre 2016, p. 31.

¹⁹ El n° 64, noviembre 2016, de **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho** está dedicado exclusivamente a abordar el tema del *Brexit*. Entre sus interesantes artículos de opinión no se aborda en profundidad la cuestión jurídica, ni cual vaya a ser el marco jurídico que nos encontremos tras la salida del RU, ni si se mantendrá el importante

El enorme impacto que el *Brexit* va a tener en el ámbito del derecho privado, una vez que se produzca la desvinculación definitiva, no se va a poder solucionar con reglas comunes, pues ya no habrá lugar a ello, dentro de la estructura política de la UE. Ciertamente las relaciones comerciales y especialmente las personales tendrán que continuar, pero no podrán ser bajo el mismo paraguas legal. Será preciso alcanzar acuerdos bilaterales en materia comercial, financiera, concursal, aduanera, libre movilidad de personas, mercado de seguros, fondos de pensiones, asistencia sanitaria, etc. “Mientras no haya convenios multilaterales o bilaterales del RU con la UE en su conjunto o separadamente con determinados países o grupos de países en materia de competencia judicial y ley aplicable, las respuestas dadas a los litigios internacionales que tengan relación con el RU no contarán con toda la seguridad y previsibilidad jurídica necesarias, por lo que conviene prestar una atención especial a la redacción de los contratos, especialmente incluyendo cláusulas de elección de foro y de ley aplicable claras para evitar problemas de interpretación, que no lleven a litigar – por tal descuido - a ciudadanos procedentes del sistema de *Civil Law* predominante en la UE, ante una jurisdicción con especiales características”²⁰.

La oportunidad que representa para el Derecho romano el abandono de la UE por el RU, no va a tener las mismas consecuencias respecto de su idioma oficial. El inglés se ha convertido en la lengua universal para la comunicación en el mundo entero. Sin embargo, el Derecho romano está vinculado al latín, lengua extinta, en la que se nos brinda toda la información relacionada con el ordenamiento jurídico romano. El latín no se va a recuperar como lengua oficial, y aunque muchas lenguas de la Europa continental son de origen latino, las denominadas lenguas romances, otras no. Ello conlleva un problema complejo pero superable, porque muchas veces la terminología que se utilice estará en latín y, a decir verdad, nuestros alumnos llegan actualmente, a las aulas universitarias, sin haber estudiado ni tan siquiera un año de latín²¹, lo cual significa que todo lo que digamos en esa lengua, les resultará ininteligible. Esto no tiene que llevarnos a pretender una fácil divulgación del Derecho romano, traduciendo las palabras, algunas, por cierto, intraducibles, pues sería desdibujar la enseñanza del Derecho que realizamos. Si en otras asignaturas los alumnos van a aprender palabras en inglés, como *leasing, factoring, renting, confirming*, etc., sin preguntar por su versión castellana, entendemos que tampoco debemos hacerlo del latín, pues habrá expresiones perfectamente aceptadas, que aún hoy, e incluso por quienes no saben latín, son utilizadas con cierta frecuencia; pensemos, por ejemplo, en las expresiones: presunciones *ius tantum*, o *ius et de iure*, o *in dubio pro reo* o el principio *non bis in idem*, etc., frecuentemente usadas sin conocer la lengua latina²².

proceso de unificación y de armonización llevado hasta la actualidad. No obstante, los artículos de recomendada lectura recogidos en la citada Revista son: LA TORRE, M., «El *Brexit* y la miseria del constitucionalismo global», p. 4 ss.; LÓPEZ ESCUDERO, M., «El incierto significado del *Brexit*», p. 12 ss.; SERRANO SANZ, J. M., «La economía y el *Brexit*», p. 18 ss.; MARTÍN DELGADO, I., «“*Brexit* means *Brexit*”... o no. Especulaciones, conjeturas y algunas consideraciones jurídicas a propósito de la decisión del Reino Unido de retirarse de la Unión Europea en el contexto del artículo 50 TUE», p. 22 ss.; MENÉNDEZ, A. J., «De cómo convertir el *Brexit* en una oportunidad democrática», p. 32 ss.; SARMIENTO, D., «Y después del *Brexit*... ¿qué?», p. 42 ss.; SORIANO ARNANZ, A., «*Brexit*: alternativas e intereses en el proceso de negociación», p. 48 ss.; MUÑOZ MACHADO, S., «Perpetuidad: el principio ausente del programa de unificación europea», p. 56 ss.

²⁰ RODRÍGUEZ, J. - LANNIER, S., **Brexit y la Unión Europea: Consecuencias en el derecho internacional privado**, en <https://www.lleytons.com/wp-content/uploads/2018/04/lleytons-brexit-y-la-union-europea.pdf>. (Última consulta realizada el 10 de mayo de 2019). Vid. también ARENAS GARCÍA, R., «*Brexit* y espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: de lo deseable a lo posible», en DIÁLOGOS JURÍDICOS 2018, n° 3, **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo**, p.17 ss.

²¹ Vid. RODRÍGUEZ ENNES, L., «La progresiva sustitución del latín universitario por las lenguas vernáculas», en GLOSSAE. European Journal of Legal History, n° 9, 2012, p. 97–109.

²² Vid. BLANCH NOUGUÉS, J. M., **Locuciones latinas y razonamiento jurídico**. Una revisión a la luz del derecho romano y del derecho actual. Pro iure romano et lingua latina, Madrid, Dykinson, 2017.

En definitiva, iteramos la opinión de PANERO²³, cuando dice que “al hilo de esto, sirviéndonos de la distinción entre: posible, probable y seguro, a nuestro juicio, siendo «seguro», que si el significante *lingua* se asume con su valor de idioma, éste, como medio de comunicación ordinario, «comunitariamente» será el inglés, y más que «posible», que algún significante, que logró su plena lexicalización jurídica en Roma sea sustituido por el que se emplee en aquel idioma; sin embargo, es «probable» que, en este aspecto, por lo común, siga prevaleciendo su significante latino, y no admite duda, lo que equivale *a contrario*, a «es seguro», que el significante – latino o inglés – mantendrá el significado «romano». La Unión Europea tiene 24 lenguas oficiales, pero el inglés es el idioma extranjero más estudiado y dominado por los europeos, sin soslayar que entre los países que continúan en la UE, tanto Irlanda como Malta continúan teniendo el inglés como lengua oficial. Será difícil que el francés reemplace al inglés como lengua oficial de la Unión Europea, como se pide desde Francia.

3. OTRA OPORTUNIDAD PARA EL DERECHO ROMANO

Sin duda, estamos ante una de las mayores crisis políticas y económicas desde la Segunda Guerra mundial²⁴, que como ciudadanos debe preocuparnos y ocuparnos²⁵. Como romanistas, debemos saber aprovechar la ocasión, para fortalecer nuestra disciplina, en el proceso de armonización o unificación jurídica de la Europa continental²⁶. Tenemos ante nosotros la posibilidad de hacer del *Brexit* una oportunidad; es todo un desafío. Una ocasión para que, en la nueva redefinición jurídica unificadora, el Derecho romano recupere presencia, al menos como base común de todo el derecho unificador que se elabore. Ciertamente, la moderna ingeniería jurídica supera con creces lo establecido en el depurado ordenamiento jurídico romano, pero ello no debe ser obstáculo para que en las relaciones sustanciales entre los ciudadanos, que continuamos en la UE, en la que sigue primando un gran interés por la unificación legal, el Derecho romano sea capaz de aportar todo aquello básico y común que une, aun desconociéndolo, a los ordenamientos jurídicos de la Europa continental. Es decir, el punto de inflexión, en el que nos encontramos, también se dará en lo jurídico, y de la actual crisis surgirá un Derecho que romperá con lo anterior, y sus elementos distorsionantes. Como la retirada del RU de la UE, quíerase o no, también tendrá consecuencias en lo jurídico, será una buena ocasión para conseguir una Europa con fundamentos jurídicos más sólidos. Sobre todo, porque el Derecho romano, como columna vertebral de la tradición jurídica europea, “es un importante punto de partida para la historia del derecho europeo no solo debido a su herencia permanente, sino también porque este legado finalmente lo compartieron la mayoría de los europeos (si no todos)”²⁷.

Hasta ahora nos encontrábamos con dos sistemas jurídicos bien diferenciados; uno abierto, el inglés, y otro cerrado o codificado, sistema que impera en todos los demás países de la Unión Europea. Con el *Brexit* desaparece de la UE la presencia de un sistema vivo, jurisprudencial, casuístico, el llamado *case law method*, caracterizado por su resistencia a la codificación.

²³ PANERO GUTIÉRREZ, R., «Valor actual del Derecho romano», en PANERO, R. et alii, **El derecho romano en la Universidad del siglo XXI**. Catorce siglos de historia y catorce de tradición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 417.

²⁴ TUORI, K. - BJÖRKLUND, H., **Roman Law and the Idea of Europe**, Bloomsbury Academic, London, 2018.

²⁵ HERNÁNDEZ VILLALÓN, Y., **El Brexit o el mayor reto jurídico de la Unión Europea**, <http://www.madrid.org/revistajuridica/attachments/article/124/Brexit%20o%20el%20mayor%20reto%20juridico%20de%20la%20Union%20Europea.pdf> (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019).

²⁶ Vid. El Notario del siglo XXI, **Revista del Colegio Notarial de Madrid**, septiembre-octubre, n° 69, 2016, «El *Brexit* y armonización jurídica europea», (editorial) p. 3 ss.; TAPIA HERMIDA, A. J., «El *Brexit* y los mercados financieros», p. 6 ss. y HEREDIA, I. – THERY MARTÍ, A., «*Brexit* e insolvencia internacional», p. 10 ss., (<http://www.elnotario.es/index.php/editorial/6978-el-brexit-y-armonizacion-juridica-europea>) (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019)

²⁷ HERZOG, T., **Una breve historia del derecho europeo**. Los últimos 2.500 años, cit., p. 17.

Es un sistema en continua evolución, en el que los jueces y tribunales deciden sobre casos concretos, aplicando la técnica del precedente. Estas características le hacen muy diferente, y difícilmente compatible con los sistemas cerrados o codificados; de ahí las dificultades que ello conlleva, para poder armonizar el derecho europeo²⁸. Por consiguiente, con su desconexión, el *Brexit* facilita cualquier intento de unificación del derecho europeo, por cuanto se trata de ordenamientos jurídicos con similar funcionamiento, y en los que la base común y originaria es el Derecho romano. Ello explica que lo veamos como una ventaja, para relanzar y revitalizar el trascendental papel que, en todo ello, ha de jugar el ordenamiento de Roma.

Entre los efectos colaterales del *Brexit*, al margen de otros, se encuentra el auge de la importancia del estudio e investigación del Derecho romano. Y ello, porque cada estado, cada país, tiene lo que denominamos su propio ordenamiento jurídico nacional. Cada país tiene su propio sistema jurídico y su peculiar manera de considerar el Derecho; tiene sus fuentes, sus modos de creación, interpretación y aplicación del derecho. Es decir, cada Estado tiene un derecho interno diferente al de los demás. Por lo tanto, los ordenamientos jurídicos, por principio, son nacionales y diferentes: tanto en los aspectos sustantivos como en los aspectos adjetivos o procesales. Pero existe un aspecto bien importante, y es que la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo, salvo los que derivan del *Common Law*, de la tradición anglosajona, tienen, como se ha dicho, una base común que es el Derecho romano, auténtico precedente y base común de todos ellos.

En el ámbito de la UE, el Derecho está conformado por una constelación de ordenamientos autónomos, que necesitan de una aproximación²⁹. Como todos los ordenamientos jurídicos son de base romanística, especialmente los de la Europa continental, el Derecho romano debe de tener un papel trascendental en su futura unificación³⁰, sin que por ello se suprima la diversidad jurídica, propia de cada pueblo de los que conforman la UE. No obstante, es preciso que en el proceso de elaboración del nuevo derecho europeo, todos los países de cultura romanística reafirmen su formación jurídica; de ese modo, se evitará el riesgo de que la unificación del derecho europeo se realice en clave meramente administrativa o practicista³¹.

4. FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS EN LOS FUTUROS PROYECTOS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO

Tal ha sido la importancia del Derecho romano en la actual configuración europea, al menos desde el punto de vista jurídico, que, a medida que se avanza en la consolidación efectiva de la Unión, se observa la urgente necesidad de superar la dispersión legal de los distintos siste-

²⁸ Interesante trabajo el de CÁMARA LAPUENTE, S., «El hipotético “Código Civil Europeo”: ¿por qué, cómo y cuándo?», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, (coord. por A. CABANILLAS), vol. 1, Madrid, Civitas, 2002 (Semblanzas. Derecho civil. Parte general), p. 347-380, en el que apunta que “las Directivas han sido la vía más efectiva para armonizar las tradiciones del *Civil Law* y el *Common Law*. La solución de unos principios cerrados en un Código final, aprobado por reglamento, sería, probablemente mal recibida en los países de *Common Law*”. (<http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/homPicazo.pdf>) (Última consulta realizada el 10 de septiembre 2019).

²⁹ Vid. PATTI, S., «Diritto europeo e codificazioni moderne», en *Dai giuristi ai codici dai codici ai giuristi*, (a cura di L. VACCA), Napoli, Jovene Editore, 2016, p. 87 ss.

³⁰ Vid. MANNINO, V., «La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto uniforme europeo», en *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*. Giornate di studio in ricordo de G. PUGLIESE, (a cura di L. VACCA), Padova, CEDAM, 2008, p. 213-239.

³¹ SOLIDORO MARUOTTI, L., *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II.- Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne, Torino, Giappichelli Editore, 2003, p. 227.

mas normativos de los Estados que la conforman. Un ejemplo muy representativo es el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos³², que se enmarca en la tendencia de unificación legal, perseguida a lo largo de todo el siglo veinte, y que esperamos se consolide en el veintiuno. Dicho proyecto, muy avanzado en su elaboración, tiene, como fin primordial, superar las diferencias y contrastes de los distintos ordenamientos europeos, al objeto de conseguir una eficacia real.

A lo largo de todo el proceso de elaboración del Código Europeo de Contratos se ha puesto de manifiesto la necesidad de huir de la artificiosidad, y buscar, por el contrario, unas bases comunes, que permitan aunar a los distintos sistemas. Por inverosímil que parezca, amén de mantener como estandarte el principio de la autonomía de la voluntad, propio de todos los ordenamientos europeos, destaca el origen e influencia del Derecho romano, y de su proyección histórica, en la inmensa mayoría de los sistemas de derecho privado que ahora se pretenden armonizar (unificar). La influencia se va a producir irremediabilmente, porque el mencionado Código Europeo de Contratos se ha elaborado por una Comisión de juristas, sobre los que pesa, lo quieran o no, una importante formación romanística, e incluso alguno ha sido romanista de reconocido prestigio como WIEACKER³³, STEIN, MAYER-MALY, STURM, MEDICUS, o VIGNERON³⁴.

Por otro lado, se ha tomado como punto de referencia, y auxilio de las discusiones, el Código Civil italiano, concretamente su libro 4º, a propuesta de GIUSEPPE GANDOLFI, para proceder a plasmar, modificar, corregir o ampliar todo lo que sea necesario. Pues bien, resulta innegable que el Código Civil italiano es de base romanística, y por ello, el lenguaje, los términos y los conceptos van a ser comunes a la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, pues el repertorio de conceptos básicos del derecho privado europeo, tradicionalmente, proceden del Derecho romano. Asimismo, la jurisprudencia romana nos enseñó que el jurista debe apearse a la resolución del problema concreto, liberándose, en la medida de lo posible, de los excesos teóricos; por ello, es apreciable que el Código Europeo de Contratos busque soluciones prácticas, prescindiendo de los grandes enunciados dogmáticos.

En consecuencia, con la elaboración del Código Europeo de Contratos³⁵ se está consolidando la vieja tendencia de no romper con la influencia de la historia, en el proceso de formación del derecho europeo. Nos encontramos, pues, ante una manifestación tardía de todo el proceso codificador, que comenzó allá en el siglo dieciocho, continuó en el diecinueve, en el veinte, llegando ahora, en el veintiuno, con carácter supranacional. Este proceso viene a confirmar aquel otro, que comenzó con la compilación del derecho privado romano en el *Corpus Iuris Civilis*, y

³² Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., «El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía», en *ADC.*, tomo LXI, fasc. IV, 2008, p. 1841 ss.

³³ Vid. JURISTAS UNIVERSALES, *Juristas del s. XX*, (R. DOMINGO, ed.) vol. IV, Madrid, Marcial Pons, 2004, s.v. FRANZ WIEACKER, p. 538 ss.

³⁴ HAMZA, G., *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del Diritto romano*, cit., p.16 ss.

³⁵ Vid. texto en *Código Europeo de Contratos*. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), 2 tomos, (dir. C. VATTIER et alii), Madrid, Dykinson, 2003. “La idea del Proyecto de Pavía se debe al Prof. Gandolfi quien convocó en 1990, en dicha ciudad, un Congreso de civilistas europeos con la idea fundamental de responder a la pregunta de si la unidad de mercado, recogida reiteradamente en los Tratados del Mercado Común y de la UE, no implicaba necesariamente la unidad de las reglas contractuales aplicables a las transacciones intracomunitarias. La idea había empezado a discutirse previamente en círculos reducidos de juristas, con diversidad de respuestas; representaba un hito cualitativo del desarrollo del derecho comunitario en materia contractual; era novedosa y, hasta cierto punto, revolucionaria, pues de una parte significaba la culminación del proceso codificador europeo, desarrollado desde principios del siglo XIX, y, de otra, suponía en cierto modo, volver a los orígenes del *Ius commune europeum*, vivido efectivamente en el continente europeo varios siglos después de la Recepción”. Vid. GARCÍA CANTERO, G., *La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos*, en www.unizar.es/derecho/nulidad/textos%20legales/TR-PAVIA.DOC (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019). También del mismo Autor, «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)», en AA.VV., *Derecho Privado Europeo* (coord. S. CÁMARA LAPUENTE), Madrid, COLEX, 2003, p.205-216.

su posterior estudio por los glosadores, comentaristas, humanistas, racionalistas, hasta llegar a la Pandectística, y a las codificaciones civiles europeas³⁶.

Evidentemente, los codificadores no solamente se apoyan en los códigos de la Europa continental, principalmente en el italiano, sino que además han tenido en cuenta la vigente codificación del derecho de contratos representada en el *Contract Code* del Profesor MCGREGOR, pues el objetivo, no se olvide, era superar la dualidad del *Civil Law* y el *Common Law*, para obtener una unificación efectiva, que superara el pluralismo legal en materia de obligaciones y contratos, y que a la vez su aplicación no presentara especiales dificultades en ninguno de los países miembros de la Unión. Lo evidente es que con carácter previo a la actual situación, se había optado ya en favor de una solución de tipo codicístico. Pero el RU ya no es miembro de la UE. La necesidad de hacer guiños al derecho inglés llevó a que en el “Anteproyecto se hayan omitido las categorías abstractas, que podrían haber encontrado alguna resistencia en el derecho anglosajón; por eso, no se menciona el negocio jurídico, y la obligación aparece sólo como un efecto típico del contrato, aunque en la definición del mismo no ha podido dejar de aflorar la figura de la relación jurídica. Asimismo, si bien la buena fe impone, en el texto, estrictos deberes precontractuales, lo mismo que en materia de integración, efectos, incumplimiento y responsabilidad contractual, no aparece como criterio autónomo para interpretar el contrato, aun cuando el resultado de la interpretación no puede ser contrario a la misma, o al buen sentido”³⁷.

A los romanistas, nos gustaría, aunque somos conscientes de que no se va a producir, que en el futuro Código Europeo de Contratos se hiciera alusión directa, y sin complejos, a todas las influencias recibidas del Derecho romano. Obviamente, nuestro derecho vigente tiene su antecedente en el Derecho romano, y ejemplos de ello pueden ponerse; un detalle muy descriptivo se observa en la legislación más reciente, si acudimos *ad exemplum* al derecho catalán³⁸, pues en sus últimas leyes pueden leerse referencias explícitas al Derecho romano.

En otros dos proyectos de armonización del derecho común europeo, y nos referimos a los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)³⁹ y al Proyecto Marco Común de Referencia (DCFR)⁴⁰, también se observa que las diferentes comisiones tuvieron que rebajar sus pre-

³⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., «Retorno a Roma en la elaboración del futuro código europeo de contratos», en SDHI, nº 66, 2000, p. 245-261.

³⁷ **Código Europeo de Contratos**. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), tomo I, Madrid, Dykinson, 2003, (dir. C. VATTIER et alii), p. 19-20.

³⁸ Ley 40/1991, de 30 diciembre, Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña. (Vigente hasta el 1 de enero de 2009, derogado por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones). Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código civil de Cataluña. Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales.

³⁹ Los PECL es el resultado del trabajo llevado a cabo por un grupo de juristas europeos de diferentes Estados comunitarios desarrollados bajo el método comparativista. A comienzos de los ochenta, 1982, se constituyó un grupo bajo la dirección del profesor danés Ole Lando, conocido como la “Comisión Lando”. Esta comisión elaboró “Los Principios del derecho europeo de los contratos” cuya última versión apareció en 2002. Estos principios constituyen la obra más elaborada sobre la unificación del derecho de los contratos en Europa. La primera parte fue publicada en 1995, la segunda parte se terminó en 1996 aunque se publicó en 2000 y en 1997 comenzó la elaboración de la tercera parte. La relación que existe entre los PECL y los Principios UNIDROIT es absolutamente evidente. Muchas de las reglas incluso tienen una redacción idéntica cuando no muy similar y, además, muchos de los miembros de la Comisión Lando, incluido el propio Ole Lando, habían formado parte del grupo que redactó los Principios UNIDROIT. Vid. DÍEZ PICAZO, L. - ROCA TRIAS, E. - MORALES, A. M., **Los Principios del Derecho Europeo de Contratos**, Madrid, Civitas, 2002, p. 84.

⁴⁰ “El Proyecto de Marco Común de Referencia comenzó a gestarse ya en el año 1989, cuando el Parlamento Europeo planteó la creación de un Código civil europeo. En el año 2009 se publicó una segunda versión del texto (la primera data de 2007). En buena medida el DCFR está basado en los Principios de derecho europeo de contratos (*European Civil Code*, 2009), principios elaborados en la década de los años ochenta por un grupo de expertos bajo la coordina-

tensiones, ante las dificultades de conciliación del *Civil Law* y del *Common Law*. Merece destacarse, que al menos los PECL tienen el mérito de haber hecho evidente la existencia de una base común entre los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, así como la posibilidad de reunir principios de sistemas tan diferentes⁴¹. Y lo mismo puede decirse del DCFR, que también tuvo como condicionamiento inicial el obstáculo de las diferencias entre sistemas jurídicos. Ello dificultaba una total integración del derecho privado europeo, que ha obligado a dejar al margen de la armonización sectores tales como la familia, sucesiones, propiedad inmobiliaria, etc., centrándose exclusivamente en las obligaciones y contratos. Todo ello ha originado severas críticas, por haber propuesto un derecho privado europeo muy desequilibrado entre sus diferentes partes⁴².

En fin, lo que se pretende es recordar que el ordenamiento jurídico romano es el inspirador de muchos de los principios del derecho europeo; no obstante, su recepción viene matizada por el devenir histórico, de tal modo que una cosa es que los grandes principios ondeen sobre la legislación y otra bien distinta que la regulación del particularizado casuismo sea idéntica. El Derecho romano debido a su implantación en prácticamente todos los planes de estudios jurídicos del mundo, eso sí, con intensidad y objetivos distintos, se ha convertido en una ciencia supranacional cuya importancia crece en proporción directa a las divergencias que existan entre los sistemas jurídicos, en este caso, europeos. Se trata del elemento histórico necesario para la interpretación de los ordenamientos europeos continentales.

No olvidamos, obviamente, que el Derecho romano ha influido más en unas zonas que en otras del derecho privado; esa influencia es más acusada en materia de obligaciones y contratos, o sucesiones que en materia de familia, por ejemplo; de ahí su importancia, en relación con el Código Europeo de Contratos⁴³. En consecuencia, y aunque parezca que hacemos apología de la ciencia jurídica romana, conviene recordar que el saber humano no es más que la historia de la actividad del espíritu, y su transmisión solamente se obtiene a través de un exacto inventario de

ción del jurista danés Ole Lando. La revisión presentada en el año 2011, llamada Feasibility Study (estudio de viabilidad) (European Contract Law), representa el fundamento del trabajo para la elaboración de un futuro Derecho contractual europeo. El DCFR contiene una serie de principios, definiciones y reglas modelo de Derecho privado europeo que pretenden servir como preludio de un Marco Común de Referencia con respaldo político, dejando de ser un trabajo puramente académico". Vid. GROTHE, H., «The Common Frame of Reference for European Private Law», en <http://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/500>. (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019), "Actualmente, se desarrolla en Europa un fenómeno de integración normativa común de los intercambios de bienes y servicios, a partir de la "unificación" del Derecho de Contratos. Se ha establecido un conjunto normativo, denominado "Marco Común de Referencia", que funciona como normas modelo, definiciones básicas y principios fundamentales, sobre la base del "acervo comunitario" y las soluciones empíricas". Vid. OROZCO PARDO, G., Y MORENO NAVARRETE, M. A., «El contrato en el contexto de la unificación del derecho privado», en <https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/28073/1/contratoenelcontexto.pdf>. (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019).

⁴¹ LUCHETTI, G. – PETRUCCI, A., **Fondamenti di diritto contrattuale europeo**. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando, Bologna, Pàtron editore, 2006, p. 16.

⁴² Vid. LUCHETTI, G. – PETRUCCI, A., **Fondamenti di diritto contrattuale europeo**. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference II. Materiali e commento, Bologna, Pàtron editore, 2010, Introduzione, p. 11 ss., y especialmente p. 27 ss. Igual, en **Fondamenti romanistici del diritto europeo**. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference I, Bologna, Pàtron editore, 2010, Introduzione, p. 9 ss., y especialmente p. 25 ss.

⁴³ Si el prestigioso historiador italiano P. GROSSI, **La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico**, (traducción y "Prólogo para civilistas" de A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ), Madrid, Civitas, 1992, p. 123 ss., veía de forma imaginaria al **Code civil** napoleónico como un palimpsesto jurídico, lo mismo podríamos decir del Código Europeo de Contratos por cuanto si por palimpsesto entendemos un "manuscrito antiguo que conserva huellas de una escritura anterior borrada artificialmente" (definición diccionario RAE), podría decirse que en este Proyecto, en algunos de sus apartados, si analizamos las disposiciones jurídicas que subyacen y que artificialmente se han querido borrar, encontramos el Derecho romano en su máximo esplendor.

conceptos esenciales⁴⁴. Las categorías jurídicas son como las categorías lógicas, que sólo cambiarán cuando cambie la naturaleza del hombre⁴⁵.

Lo cierto, es que a pesar de los proyectos de unificación, a los que hemos hecho referencia, a día de hoy, se sigue necesitando un código para armonizar las relaciones comerciales, de un mercado libre y unitario, dentro de la Unión. Entre otras cosas, porque se necesitan reglas similares para crear un verdadero espacio económico. Similares, no significa que necesariamente tengan que ser idénticas, porque el objetivo no es tanto la igualdad formal, como la igualdad sustantiva de los actores económicos. Para ello, es necesario un código europeo de los negocios, que supla la ausencia de unificación. Unificación en muchas materias, como por ejemplo, derecho de sociedades, derecho bursátil, derecho concursal, derecho bancario, derecho de los seguros, derecho de los mercados financieros, derecho de la propiedad intelectual, derecho del comercio electrónico, derecho laboral, derecho fiscal, etc. ¿Y de qué medios disponemos para elaborar este código? Pues, en opinión de BAYEELON Y BERNARD, sería muy adecuado apoyarse en la tradición continental, basándose en la codificación europea, sobre todo de países de tradición romano-germánica, como Francia, Alemania, Italia y Bélgica, porque Europa es la mejor representante del derecho romano-germánico⁴⁶.

CONCLUSIÓN

Europa necesita, con cierta urgencia, unificar sus ordenamientos, tener leyes uniformes, buscar la regla “igual” para sus ciudadanos, y ello se vería favorecido, si en todos los planes de estudio, de todas las Facultades de Derecho de todos los países que conforman la UE, se estudiaran asignaturas comunes de formación general, entre las que, sin duda, el Derecho romano debiera tener un papel destacado. Esta formación romanista permitiría una más fácil interpretación, y comprensión unitaria, del derecho positivo, por parte de todos los juristas europeos. Obviamente, hablamos de una apuesta de largo recorrido, que no se soluciona en un breve espacio de tiempo. Pero sería muy oportuno, que nuestras autoridades se convencieran de ello, y comenzaran a ponerlo en práctica. Necesitamos una ciencia jurídica europea, que esté de acuerdo en lo esencial, y sea quien inspire, con su actividad legislativa, los nuevos textos de derecho positivo. Se trata de lograr un orden jurídico común. Y nada mejor que el Derecho romano, que es la casa común del jurista europeo.

Nos hallamos en un buen momento para plantearnos cuál deba ser la responsabilidad del romanista en orden a la enseñanza del Derecho romano, porque paulatinamente hemos perdido peso específico en la formación de los juristas europeos. ¿A quién debe imputarse la reducción de la presencia del Derecho romano en los actuales Planes de estudio? ¿A los romanistas o a la situación coyuntural en que nos movemos? Se trata de una discusión evidentemente teórica. Quizás, una so-

⁴⁴ Vid. CASAVOLA, F. P., «L'educazione del giurista tra memoria e ragione», **INDEX**. Quaderni camerti di studi romanistici, 19, 1991, p. 325.

⁴⁵ «Sull'Europa, sull'insegnamento e l'applicazione del Diritto romano (1922-1974): citazioni scelte di Giorgio La Pira», a cura di P. A. CATALANO, **INDEX**. Quaderni camerti di studi romanistici, 23, 1995, p. 32.

⁴⁶ Vid. el interesante artículo sobre esta cuestión de BAYEELON, P. - BERNARD, E., «Pour un Code européen des affaires», en **Question d'Europe** n° 418, p. 1-9: (<http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0418-pour-un-code-europeen-des-affaires>) (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019).

lución, como apunta TORRENT, fuera enseñar una asignatura de “Fundamentos del derecho europeo”⁴⁷ como se hace en Italia⁴⁸, no obstante, para explicar ese contenido, es preciso que previamente se conozca el ordenamiento jurídico romano. Por consiguiente, como dice FIORAVANTI, refiriéndose a los historiadores del Derecho, los romanistas también lo somos, “debemos formular propuestas históricas y culturales adecuadas al presente, si queremos elaborar una estrategia de combate adecuada, con vistas a mantener y promover un papel relevante para las disciplinas histórico-jurídicas en las Facultades de Derecho”⁴⁹. En definitiva, dice LUCHETTI, la idea del derecho común europeo es, “una huella que los romanistas deben perseguir, en la consciencia de que la transnacionalidad de nuestra disciplina puede ayudar a hacer resurgir la idea, según la cual la exigencia de un *ius commune Europaeum* no es una quimera del mundo contemporáneo, sino que es una realidad histórica fuerte y evidente, transmitida por nuestra parte, en primer lugar, a las futuras generaciones”⁵⁰.

Todo lo anterior viene favorecido por el *Brexit*. Las consecuencias serán muchas, fundamentalmente económicas, aunque todo dependerá del proceso de negociación de la salida, lo cual ha de suponer un paso adelante de la Unión Europea hacia su renovación. Dicho proceso de negociación tendrá previsiblemente un impacto muy significativo, sobre la fortaleza de la integración europea en el futuro. Ciertamente que como ciudadanos europeos tienen que preocuparnos las consecuencias de todo tipo, que deriven del abandono unilateral británico, pero como juristas debe preocuparnos, especialmente, nuestra parcela jurídica, que finalmente influye en el todo. La regulación jurídica cambia los destinos de la sociedad. Para conseguirlo, y descendiendo un peldaño más, como romanistas, no por ello dejamos de ser juristas, tenemos que colaborar y reivindicar la trascendencia de nuestra ciencia, en el futuro cuerpo legal positivo que se desarrolle en la UE.

El 22 de octubre de 1957 el periódico de 'The Times of London', publicaba el siguiente titular: "Fuerte niebla en el Canal. El Continente, aislado". Este legendario titular representaba perfectamente la visión que desde el RU se tenía de Europa. Pero curiosamente, más de sesenta

⁴⁷ Entiende TORRENT, A., en su interesantísima y bien documentada obra *Fundamentos del derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*, cit., que es imprescindible introducir en los planes de estudio una nueva asignatura: “Fundamentos del derecho europeo”, para entender el nuevo *ius commune europaeum* aún *in fieri*. Vid. también del mismo Autor, «Fundamentos del derecho europeo (Derecho romano – Ciencia del Derecho – Derecho europeo)», en *AFUDUC*, n.º 11, 2007, p. 941 - 995.

⁴⁸ La Facoltà di Giurisprudenza de la Università degli Studi di Milano-Bicocca la denomina *Fondamenti romanistici del diritto privato europeo*, (<https://www.unimib.it/ugov/degreecourse/154583>) (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019). También tiene otras denominaciones, como por ejemplo: *Fondamenti romanistici del diritto europeo e Storia delle codificazioni moderne*, Università di Siena (<https://www.dgiur.unisi.it/it/didattica/insegnamenti-corso-di-laurea-magistrale-ciclo-unico-giurisprudenza/fondamenti-romanistici>) (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019); *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, Università di Bologna (<https://www.unibo.it/it/didattica/insegnamenti/insegnamento/2018/204290>) (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019); *Fondamenti romanistici del diritto europeo* en Università degli Studi di Trieste (<https://iuslit.units.it/it/didattica/lezioni-fondamenti-romanistici-del-diritto-europeo-1-053gi-1-20132014/3561>) (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019); *Fondamenti romanistici del diritto europeo* en Università degli Studi di Perugia (<https://www.unipg.it/didattica/offerta-formativa/offerta-formativa-2018-19?idins=132201>), (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019); *Fondamenti romanistici del diritto europeo* en Università degli Studi di Bergamo (<https://www.unibg.it/ugov/degreecourse/44834>), (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019); *Fondamenti romanistici del diritto europeo* en Università degli Studi di Padova (<https://didattica.unipd.it/off/2018/LT/EP/SP1841/000ZZ/EPP8084885/NO>), (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019); etc. Más información en BUENO DELGADO, J. A., «Dal Diritto romano ad un diritto europeo comune: L'importanza e l'influenza del diritto romano oggi, con particolare riferimento all'Unione europea», en *RGDR* 26, 2016, p.14.

⁴⁹ FIORAVANTI, M., «El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo», en *CIAN* 9, 2006, p. 347 y en «Lo que está en juego. El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo», en *SCDR*, XIX, 2006, p. 19.

⁵⁰ LUCHETTI, G., **Las interferencias en el cumplimiento de la condición, entre tradición romanística y globalización jurídica**. Conferencia impartida el jueves 11 de abril de 2019, en el XXI Congreso Internacional y XXIV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, celebrado en la Universidad de Oviedo, y cuyo tema de debate fue: “Fundamentos romanísticos del derecho de la Unión Europea y de los países iberoamericanos”.

años después, las cosas han cambiado; quien ahora queda aislado del Continente europeo, cierto que por voluntad propia, es el RU, y dado que las ocasiones, para el fortalecimiento de una ciencia, como la nuestra, son escasas, aprovechemos la ocasión que se nos brinda. Es el momento oportuno para comenzar, y sin duda lograr a partir de ahora, una ciencia jurídica europea continental común de base romanista, pues la presencia del *Common Law* siempre dificultó la posible unificación de los ordenamientos jurídicos continentales. Hasta ahora, el problema residía en compaginar dos sistemas jurídicos bien diferenciados, el inglés, *Common Law*, abierto, y el continental, *Civil Law*, cerrado o codificado. La “nueva” UE puede reorganizarse, bajo un mismo sistema jurídico que armonice diferentes ordenamientos jurídicos, con un denominador común: el Derecho romano.

Si así se produjere, sería oportuno recordar las palabras de Goethe, para quien el Derecho romano es algo perenne que como un pato se sumerge, desaparece durante un tiempo, pero nunca se pierde del todo y siempre reaparece vivo ("*gleich einer untertauchenden Ente sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht und immer wieder ainmal lebending hervortritt*")⁵¹. Ciertamente, la actual situación jurídica de la UE nada tiene que ver con la Alemania de Goethe, pero la imagen del ánade zambulléndose y emergiendo, no sin esfuerzo, ha sido una constante histórica desde el principio de los tiempos, y es una metáfora que sigue siendo válida para la realidad actual del Derecho romano, ordenamiento que nunca desaparece definitivamente, por más que algunos lo intenten.

REFERENCIAS

ACQUARONE, L. et alii, **Sistemi giuridici nel mondo**, 2. ed., Torino, Giappichelli Editore, 2016.

AJANI, G. et alii, **Sistemas jurídicos comparados**. Lecciones y materiales, (trad. español), Barcelona, Publicacions i Edicions, Universitat de Barcelona, 2010.

ARENAS GARCÍA, R., «Brexit y espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: de lo deseable a lo posible», en DIÁLOGOS JURÍDICOS 2018, n. 3, **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo**, p.17 ss.

BAYEELON, P. - BERNARD, E., «Pour un Code européen des affaires», en **Question d'Europe** n° 418, p. 1–9: (<http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0418-pour-un-code-europeen-des-affaires>) (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019).

BLANCH NOUGUÉS, J. M., **Locuciones latinas y razonamiento jurídico**. Una revisión a la luz del derecho romano y del derecho actual. Pro iure romano et lingua latina, Madrid, Dykinson, 2017.

BUENO DELGADO, J. A., «Dal Diritto romano ad un diritto europeo comune: L'importanza e l'influenza del diritto romano oggi, con particolare riferimento all'Unione europea», en **RGDR** 26, 2016.

CÁMARA LAPUENTE, S., «El hipotético “Código Civil Europeo”: ¿por qué, cómo y cuándo?», en **Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo**, (coord. por A. CABANILLAS), vol. 1, Madrid, Civitas, 2002 (Semblanzas. Derecho civil. Parte general), p. 347–380.

⁵¹ ECKERMANN, J.P., **Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens**, 3, I, Th. Knauer Nachf., Berlin, 1924, p. 74 (Eckermann sitúa la conversación con Goethe, el lunes 6 de abril de 1829).

CASAVOLA, F. P., «L'educazione del giurista tra memoria e ragione», **INDEX**. Quaderni camerti di studi romanistici 19, 1991.

CATALANO, P.A., «Sull'Europa, sull'insegnamento e l'applicazione del Diritto romano (1922-1974): citazioni scelte di Giorgio La Pira», en **INDEX**. Quaderni camerti di studi romanistici 23, 1995.

Código Europeo de Contratos. Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), 2 tomos, (dir. C. VATTIER et alii), Madrid, Dykinson, 2003.

DÍEZ PICAZO, L. - ROCA TRIAS, E. – MORALES, A. M., **Los Principios del Derecho Europeo de Contratos**, Madrid, Civitas, 2002.

ECKERMAN, J.P., **Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens**, 3, I, Th. Knauer Nachf., Berlin, 1924.

FARGNOLI, I., «'Gentes europaeas ... eo se iure regi passas esse'. A propósito de la armonización del derecho europeo», en **RGDR**, n. 25, diciembre 2015.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., «Retorno a Roma en la elaboración del futuro código europeo de contratos», en **SDHI**, n. 66, 2000.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Ciencia jurídica europea y derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common Law». Civil Law, en **RGDR**, n. 10, 2008.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Ciencia jurídica europea y derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common Law. Civil Law», en **GLOSSAE**. European Journal of Legal History, n. 13, 2016.

FIORAVANTI, M., «El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo», en **CIAN** 9, 2006.

FIORAVANTI, M., «Lo que está en juego. El papel de las disciplinas histórico-jurídicas en la formación del jurista europeo», en **SCDR**, XIX, 2006.

GAMBARO, A. - SACCO, R., **Sistemi giuridici comparati**, 4 . ed., Utet Giuridica, Milano, 2018.

GARCÍA CANTERO, G., **La traducción española de la parte general del Código europeo de contratos**, en www.unizar.es/derecho/nulidad/textos legales/TR-PAVIA.DOC (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019).

GARCÍA CANTERO, G., «El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)», en AA.VV., **Derecho Privado Europeo** (coord. S. CÁMARA LAPUENTE), Madrid, COLEX, 2003.

GROSSI, P., **La propiedad y las propiedades**. Un análisis histórico, (traducción y "Prólogo para civilistas" de A. M. López y López), Madrid, Civitas, 1992.

GROTHER, H., **The Common Frame of Reference for European Private Law**, en <http://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/500>. (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019).

HAMZA, G., **Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del Diritto romano**, Santiago de Compostela, Andavira, 2013.

HEREDIA, I. – THERY MARTÍ, A., «Brexit e insolvencia internacional», en **El Notario del siglo XXI**, Revista del Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre, n. 69, 2016, p. 10 ss.,

(<http://www.elnotario.es/index.php/editorial/6978-el-brexite-y-armonizacion-juridica-europea>)
(Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019).

HERNÁNDEZ VILLALÓN, Y., «**El Brexit o el mayor reto jurídico de la Unión Europea**», [http://www.madrid.org/revistajuridica/attachments/article/124/Brexit o el mayor reto juridico de la Union Europea.pdf](http://www.madrid.org/revistajuridica/attachments/article/124/Brexit%20o%20el%20mayor%20reto%20juridico%20de%20la%20Union%20Europea.pdf) (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019).

HERRERA BRAVO, R., **El Derecho romano en la cultura jurídica del siglo XXI**, Jaén, Universidad de Jaén, 2007.

HERRERA BRAVO, R. - SALAZAR REVUELTA, M. - SALAZAR REVUELTA, A., «Ius Commune versus Derecho común europeo», en **RGDR**, n. 10, 2008.

HERZOG, T., **Una breve historia del derecho europeo**. Los últimos 2.500 años, Madrid, Alianza Editorial S.A., (trad. esp. COLL RODRÍGUEZ, M.A.), 2019.

HEUSER B., **Brexit in History: Sovereignty or a European Union?**, London, Reino Unido, ed. C. Hurst & Co. Ltd., 2019.

JURISTAS UNIVERSALES, **Juristas del s. XX**, (R. DOMINGO, ed.) vol. IV, Madrid, Marcial Pons, 2004, s.v. FRANZ WIEACKER, p. 538 ss.

KOSCHAKER, P., Europa y el Derecho romano, (trad. esp.), Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.

LA TORRE, M., «El *Brexit* y la miseria del constitucionalismo global», en **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n. 64, noviembre 2016, p. 4 ss.

LÓPEZ ESCUDERO, M., «El incierto significado del *Brexit*», en **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n. 64, noviembre 2016, p. 12 ss.

LUCHETTI, G. – PETRUCCI, A., **Fondamenti di diritto contrattuale europeo**. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando, Bologna, Pàtron editore, 2006.

LUCHETTI, G. – PETRUCCI, A., **Fondamenti romanistici del diritto europeo**. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference I, Bologna, Pàtron editore, 2010.

LUCHETTI, G. – PETRUCCI, A., **Fondamenti di diritto contrattuale europeo**. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference II. Materiali e commento, Bologna, Pàtron editore, 2010.

MANNINO, V., «La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto uniforme europeo», en **Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo**. Giornate di studio in ricordo de G. PUGLIESE, (a cura di L. VACCA), Padova, CEDAM, 2008.

MARTÍN DELGADO, I., «“*Brexit* means *Brexit*”... o no. Especulaciones, conjeturas y algunas consideraciones jurídicas a propósito de la decisión del Reino Unido de retirarse de la Unión Europea en el contexto del artículo 50 TUE», en **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n. 64, noviembre 2016, p. 22 ss.

MENÉNDEZ, A. J., «De cómo convertir el *Brexit* en una oportunidad democrática», en **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n. 64, noviembre 2016, p. 32 ss.

MUÑOZ MACHADO, S., «Perpetuidad: el principio ausente del programa de unificación europea», en **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n. 64, noviembre 2016, p. 56 ss.

MURILLO VILLAR, A., **¿Para qué sirve el Derecho romano?** Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI, Santiago de Compostela, Andavira, 2018.

OROZCO PARDO, G., Y MORENO NAVARRETE, M. A., «**El contrato en el contexto de la unificación del derecho privado**», en <https://digitum.um.es/jspui/bitstream/10201/28073/1/contratoenelcontexto.pdf> (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019).

PANERO GUTIÉRREZ, R., «Valor actual del Derecho romano», en PANERO, R. et alii, **El derecho romano en la Universidad del siglo XXI**. Catorce siglos de historia y catorce de tradición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

PATTI, S., «Diritto europeo e codificazioni moderne», en **Dai giuristi ai codici dai codici ai giuristi**, (a cura di L. VACCA), Napoli, Jovene Editore, 2016.

ROBLES VELASCO, L. M., «El futuro código europeo de contratos, ¿una nueva recepción?», en **RIDROM**, n. 5, octubre 2010.

RODRÍGUEZ, J. - LANNIER, S., «**Brexit y la Unión Europea: Consecuencias en el derecho internacional privado**», en <https://www.lleytons.com/wp-content/uploads/2018/04/lleytons-brexit-y-la-union-europea.pdf>.

RODRÍGUEZ ENNES, L., «La progresiva sustitución del latín universitario por las lenguas vernáculas», en **GLOSSAE**. European Journal of Legal History, n. 9, 2012.

SARMIENTO, D., «Y después del *Brexit*... ¿qué?», en **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n. 64, noviembre 2016, p. 42 ss.

SERRANO SANZ, J. M., «La economía y el *Brexit*», en **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n. 64, noviembre 2016, p. 18 ss.

SOLIDORO MARUOTTI, L., **La tradizione romanistica nel diritto europeo**, II Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne, Torino, Giappichelli Editore, 2003.

SORIANO ARNANZ, A., «*Brexit*: alternativas e intereses en el proceso de negociación», en **El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho**, n. 64, noviembre 2016, p. 48 ss.

STÜRNER, M., «Tendiendo un puente entre el Common Law y el derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?», en **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, n. 15, 2007.

TAPIA HERMIDA, A. J., «El *Brexit* y los mercados financieros», en **El Notario del siglo XXI**, Revista del Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre, n. 69, 2016, p. 6 ss. (<http://www.elnotario.es/index.php/editorial/6978-el-brexit-y-armonizacion-juridica-europea>) (Última consulta realizada el 10 de septiembre de 2019).

TORRENT, A., **Fundamentos del derecho europeo**. Ciencia del derecho: Derecho romano-ius commune-derecho europeo, Madrid, Edisofer, 2007.

TORRENT, A., «Fundamentos del derecho europeo (Derecho romano – Ciencia del Derecho – Derecho europeo)», en **AFDUDC**, n. 11, 2007.

TUORI, K. - BJÖRKLUND, H., **Roman Law and the Idea of Europe**, Bloomsbury Academic, London, 2018.

VAN CAENEGEM, R.C., **Pasado y futuro del derecho europeo, dos milenios de unidad y diversidad**, Santiago de Chile, Chile, ed. Olejnik, 2019.

VATTIER FUENZALIDA, C., «El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía», en **ADC.**, tomo LXI, fasc. IV, 2008.

Recibido em: 17 set. 2019.

Aceito em: 12 nov. 2019.