

A PASSAGEM DO ANTIGO SISTEMA JURÍDICO, FUNDADO NOS DIREITOS SUBJETIVOS, PARA O ATUAL, FUNDADO NOS DEVERES DO HOMEM EM FACE TAMBÉM DOS ANIMAIS E DA NATUREZA INANIMADA. UMA AULA NO ANO 2.070

THE PASSAGE FROM THE OLD LEGAL SYSTEM FOUNDED ON SUBJECTIVE RIGHTS TO THE CURRENT ONE, FOUNDED ON MAN'S DUTIES ALSO IN RELATION TO ANIMALS AND TO THE INANIMATE NATURE. A LESSON IN THE YEAR 2,070

José Maria Tesheiner*

Para Carlos Alberto Molinaro

Resumo: Trata-se de um experimento mental. Numa aula imaginariamente dada em 2.070, descrevem-se o surgimento e o apogeu da ideia fundamental de direitos subjetivos individuais, posta em cheque pelo ambientalismo e pelas catástrofes ambientais da década de 2.030, e sua substituição, no Direito e no processo, pela de deveres humanos

Palavras-chave: Direito subjetivo. Direito ambiental. Ética ambiental. Direitos dos animais. Legitimação para a causa. Direitos Fundamentais. Molinaro.

Abstract: This is a thought experiment. In a imaginary class given in 2,070, we describe the origin and the height of the idea of individual rights, questioned by environmentalism and by the environmental disasters of 2.030's decade, and its replacement by the idea of man's duties.

Keywords: Subjective rights. Environmental law. Environmental ethics. Animal rights. Fundamental rights. Locus standi. Molinaro.

O ENSAIO

Este artigo do direito subjetivo, desde que surgiu, no século XIV, passando pela posição de centralidade que assumiu no estudo do Direito, ultimamente como ideia subjacente aos “direitos fundamentais”, até o seu destronamento, provocado pelas catástrofes ambientais da década de 2.030, que levaram à reconstrução do Direito sobre novas bases, com a atribuição de valor intrínseco aos animais e à natureza inanimada, independentemente de sua utilidade para o homem, com substituição de sua raiz antropocêntrica pela ecocêntrica.

Observou-se muitas vezes haver algo de equivocado em se outorgar centralidade aos direitos, em detrimento dos deveres, o que se tornou mais nítido a partir do surgimento do Direito ambiental. Contudo, o Direito permanece como algo próprio do ser humano, mas não mais porque só ele seja titular de direitos subjetivos, mas porque só o homem se sujeita ao imperativo ético dos deveres.

* Professor de Direito Processual Civil na PUC-RS no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito. Porto Alegre-RS, Brasil. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Autor convidado. E-mail: josetesheiner@gmail.com

O homem tem deveres, não apenas em relação aos outros homens, mas também em face dos animais e da natureza inanimada, sem que isso implique lhes atribuir a condição de pessoas, isto é, a qualidade de sujeitos de direitos.

O direito subjetivo supõe dever, mas há deveres a que não correspondem direitos subjetivos. Por isso, a ideia de dever, e não a de direito subjetivo é que agora constitui o centro de gravidade do sistema jurídico, tendo-se, assim, um sistema ecocêntrico de regulação das sociedades humanas, sem o egocentrismo dos direitos subjetivos.

A BÍBLIA

A Ideia antiga era a de que a natureza e, em particular, os animais, não tinham valor próprio, tendo sido feitos para dele servir-se o homem. Invocava-se a Bíblia:

Deus fez os animais selvagens segundo a sua espécie, os animais domésticos igualmente, e da mesma forma todos os animais, que se arrastam sobre a terra. E Deus viu que isso era bom.

Então Deus disse: "Façamos o homem à nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastem sobre a terra."

Deus criou o homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus, criou o homem e a mulher.

Deus os abençoou: "Frutificai, disse ele, e multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a. Dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todos os animais que se arrastam sobre a terra."

Deus disse: "Eis que eu vos dou toda a erva que dá semente sobre a terra, e todas as árvores frutíferas que contêm em si mesmas a sua semente, para que vos sirvam de alimento.

E a todos os animais da terra, a todas as aves dos céus, a tudo o que se arrasta sobre a terra, e em que haja sopro de vida, eu dou toda erva verde por alimento." E assim se fez.

(Gênesis 1: 25-30)

Abençoou Deus a Noé e a seus filhos, e disse-lhes: Frutificai e multiplicai-vos, e enchei a terra.

Terão medo e pavor de vós todo animal da terra, toda ave do céu, tudo o que se move sobre a terra e todos os peixes do mar; nas vossas mãos são entregues.

Gênesis 9:1,2

AÇÕES JUDICIAIS CONTRA ANIMAIS

Apesar de havidos os animais apenas como instrumentos a serviço dos humanos, a Idade Média, religiosa e supersticiosa, em várias oportunidades personificou os animais, submetendo-os, como réus, a processos judiciais.

Assim, por exemplo, no ano 1587, os habitantes do povoado de Saint Julien, na França, propuseram ação contra uma colônia de escaravelhos, perante o juiz episcopal. Pediram que eles fossem expulsos dos vinhedos, aos quais vinham causando consideráveis

danos, por meio de excomunhão ou por qualquer outro modo que fosse eficaz. Os réus foram citados, nomeou-se-lhes curador, defenderam-se e foram condenados ao extermínio.¹

No século XX, com o advento do Direito ambiental, ocorreu uma inversão, tendo havido casos, já não de processos *contra* animais, mas de processos propostos *por* animais, representados em juízo por automeados curadores.

Foram, porém, casos excepcionais, objeto mais de curiosidade do que de séria consideração, por se entender que, visando o Direito a regular o convívio entre os humanos, animais não podiam ser sujeitos de relações jurídicas.

Tinha-se, pois, de um lado, o Direito objetivo, a regular as relações entre os homens e, de outro, essas próprias relações, definidas como relações interpessoais reguladas pelo Direito.

O conceito de relação jurídica vinculava-se ao de direito subjetivo: poder jurídico de um homem sobre outro homem. Dizia-se, daquele a quem a ordem jurídica conferia esse poder, que ele era titular de um direito subjetivo.

MICHEL VILLEY²

Observa Michel Villey que a ideia de direito subjetivo não se origina do Direito Romano. Ela não se encontra no *Corpus Juris*.

É certo que Ulpiano definiu justiça como dar a cada um o que é seu (*iussuum cuique tribuere*), o que se pode entender como atribuir a cada um o seu direito), só que também se atribui a cada um o que é seu quando se aplica ao delinqüente a merecida pena; quando se responde a uma bofetada com outra bofetada; quando se impõe a pena de morte por heresia. *Jus*, assim, era o que é objetivamente justo. Tratava-se, em suma, do estatuto jurídico de cada coisa e de cada pessoa, do sonho de uma ordem equitativa, em que cada coisa encontra seu justo lugar. A Ciência romana não se apresenta como a ciência dos direitos de cada um. Seu esforço volta-se para a descrição de uma ordem, tendo por missão o estudo das coisas (*rerumnotitia*) e, mais precisamente, o justo de cada coisa (*iustiatqueiniustiscientia*); examina aquilo que cada coisa deveria ser em um mundo justo e ordenado, seu estatuto, sua condição própria (*jus suum*), seu lugar no todo.

No surgimento do Direito moderno, com sua ênfase nos direitos subjetivos, passou-se a atribuir um novo sentido à velha definição: dar a cada um o que é seu (*jus suum cuique tribuere*).

¹ SOLLA, VITO. In, <http://www.latinworld.com/magazine/derechosvito.html>

² VILLEY, Michel. **Estúdios en torno a la noción de derecho subjetivo**. Valparaíso: Universitárias de Valparaíso, 1976. p. 44-57

Até então, dar a cada um o que é seu não significava reconhecer o direito de cada um, mas dar a cada um o merecido (castigar o delinqüente com pena proporcional ao seu delito; retribuir uma bofetada com outra; inflingir a pena de morte por heresia). Tratava-se, pois, de atribuir a cada um a condição jurídica que lhe correspondia.

Conformava-se o Direito antigo com a concepção aristotélica de uma ordem, uma harmonia, um justo universal, que reinaria sobre o universo.

Essa concepção transparece nos escritos de Ulpiano, que definia jurisprudência como o estudo das coisas (*rerumnotitia*) e, mais precisamente, o justo de cada coisa: ciência do justo e do injusto (*justiatqueinjustiscentia*).

As grandes obras didáticas do Direito romano, como as Instituições de Gaio, não descreviam direitos, mas estatutos.

Eram ideias em total desacordo com o novo Direito.

É em Occam, Gerson e Gassendi, que se encontra, por primeiro, a definição clara de *jus* como direito subjetivo, tendo Gassendidefinido *jus* como a faculdade de atuar, de ter ou de gozar de uma coisa, definição logo repetida nas obras de Grotius, Pufendorf e Thomasius, que não deixaram de assinalar sua aparição recente e seu caráter moderno. Converteu-se, então, o Direito Público no estudo das liberdades do homem frente ao Estado; o Direito Civil, no estudo dos direitos individuais, limitados e regulamentados pelo Estado. As introduções ao Estudo do Direito foram consagradas à apresentação das noções básicas de um sistema de direitos subjetivos: personalidade e capacidade jurídicas. *Jus*, que antes significava o lugar de cada coisa no interior de uma ordem total, passou a ter, nos fins da Idade Média e início da Época moderna, o sentido de faculdade ativa pertencente a um indivíduo. Assim, a Ciência do Direito mudou de objeto e de princípio inspirador.

No começo do século XVII, Grotius, em “*De jure Belli ac Pacis*”, definiu *jus* como qualidade moral que corresponde a uma pessoa para ter alguma coisa ou agir justamente (*Jus est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum*) e disse que esse *jus* poderia ser um poder sobre si mesmo (*potestas in se*: liberdade); um poder sobre outras (*potestas in alios*, como, por exemplo, o pátrio poder); um poder sobre as coisas (*potestas in re*, como o domínio). A novidade foi percebida pelos críticos de Grotius. De Felde observou que a definição de Grotius correspondia ao que os romanos chamavam o seu (*suum*). A liberdade – acrescentou – nunca foi concebida pelos romanos como um direito. Huber atacou especialmente a inclusão do domínio no conceito de direito subjetivo. Afirmou, categoricamente, que o domínio nunca fora chamado de direito pelos antigos (*Dominiumusquam jus in re a veteribus appellari*).

Uma vez derrubado o antigo e ambicioso sistema, o Direito natural foi substituído pelos direitos naturais do indivíduo, num mundo de ausência absoluta de laços e regras sociais, de deveres e de mandatos. Occam reduz a nada o antigo Direito natural imutável; insiste na origem puramente humana, arbitrária e convencional do domínio e da soberania; insiste na origem arbitrária do Direito, obra da vontade humana e não uma descoberta da inteligência. Por sua vez, Hobbes traça um quadro vigoroso do estado pré-social da natureza, em que os homens, sem lei nem moral comum, movidos por seus institutos e por seus apetites próprios, entregam-se a uma guerra brutal e incessante. Nesse estado selvagem, o único direito que pode subsistir é aquele que cada indivíduo recebeu da natureza, buscando assegurar, por todos os meios, sua conservação pessoal, sua segurança e seu prazer. Assim, a noção primordial da nova Ciência do Direito é dada pela natureza: a liberdade e o poder individual, que as leis civis tratam de polir ou limitar. Nessa linha de pensamento, Hobbes opõe energicamente duas noções: o *jus*, que é liberdade, poder, direito subjetivo; a *Lex*, que é obrigação, regra, mandato e que limita as liberdades. Eis aí o direito subjetivo já nascido; ei-lo aí verdadeiramente autônomo e separado.

TEORIA DA VONTADE

De acordo com a doutrina sustentada por Savigny e Windscheid, direito subjetivo é um poder de vontade, concedido pela ordem jurídica.

O direito, dizia Savigny, considerado na vida real, abraçando e penetrando nosso ser por todos os lados, apresenta-se-nos como um poder do indivíduo. Nos limites desse poder, sua vontade reina, e com o consentimento de todos. A tal poder ou faculdade chamamos *direito* ou direito em sentido subjetivo.³ Cada relação de direito apresenta-se como relação de pessoa a pessoa, regulada por uma regra jurídica, que atribui a cada indivíduo um domínio onde sua vontade impera independentemente de qualquer vontade alheia.⁴

Windscheid ensinava:

De direito como faculdade (direito em sentido subjetivo) fala -se em dois sentidos: 1) direito a um determinado comportamento, ato ou omissão de outrem. Tendo ocorrido certo fato, o ordenamento jurídico determina certo comportamento, colocando o preceito na livre disposição daquele em cujo favor foi editado. O preceito, que era do ordenamento, faz-se preceito do favorecido. Torna-se direito

³ M. F. C. De Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2. ed., Madrid, Góngora, s/d. t. I, p. 64.

⁴ "Bajo el punto de vista en que nos hemos colocado, cada relación de derecho nos aparece como relación de persona á persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna á cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independentemente de toda voluntad extraña. (M. F. C. De Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2. ed., Madrid, Góngora, s/d. t. I, p. 258.

dele. 2) A palavra "direito" não tem este sentido, quando, por exemplo, diz-se que o proprietário tem o direito de alienar a coisa ou que o credor tem o direito de ceder o seu crédito. Nesses casos e, em outros similares, com a palavra direito indica-se que a vontade do titular é decisiva para o nascimento de direitos da primeira espécie, ou para a extinção ou modificação dos já nascidos. Atribui-se ao titular uma vontade, que é decisiva, não já para a atuação, mas para a existência dos preceitos da ordem jurídica. Ambas as espécies de direitos subjetivos estão compreendidas na definição: *direito é um poder ou uma senhoria de vontade concedida pela ordem jurídica*. Que o ordenamento jurídico assegure ao titular meios coativos para a atuação da vontade que lhe concedeu, não pertence ao conceito de direito. Um direito desprovido de meios coativos é um direito imperfeito, mas nem por isso deixa de ser direito.⁵

Clóvis Beviláqua observou:

Não era difícil combater o conceito de Windscheid, pois, ele mesmo, apesar de mantê-lo nas últimas edições, reconhece que as críticas que Jhering, Thon e outros são impressionantes e o deixavam abalado. Com razão irretorquível se observou, contra esse eminente jurisconsulto, que o infante, o louco e o ausente, desprovidos de vontade, são sujeitos de direito e, mais ainda, que se adquirem direitos sem ato algum do titular.

Teve ele de aceitar a explicação de Thon, que lhe destrói a doutrina: - a vontade imperante no direito subjetivo é, somente, a vontade da ordem jurídica, não do titular'.

Se há uma vontade da ordem jurídica, nessa é que se acha a essência do direito subjetivo, em verdade este não existe; tudo se reduz ao direito objetivo, à norma, ou, o que importa no mesmo, à absorção do indivíduo na coletividade, que é quem cria a norma.⁶

TEORIA DO INTERESSE

Como a teoria da vontade não explicava a titularidade de direitos por pessoas incapazes de querer, nem a existência de direitos subjetivos ignorados pelo titular, buscou-se outra explicação e definiu-se o direito subjetivo como um *interesse juridicamente protegido*.

Disse Jhering:

Dois elementos constituem o princípio do direito: um substancial, que reside no fim prático do direito, produzindo a utilidade, as vantagens e os lucros que asseguram; outro *formal*, referente a esse fim, unicamente como meio, a saber: *proteção* do direito, *ação* da justiça. (...) A segurança jurídica do gozo é a base jurídica do direito. Os direitos são interesses juridicamente protegidos.⁷

A ação é, pois, a verdadeira pedra de toque dos direitos privados. Onde não há lugar para a ação, o direito civil deixa de proteger os interesses, e a *administração* ocupa o seu posto.⁸

Não são direitos os interesses que não sejam assegurados por ação, exemplificando Jhering com os de indústria nacional protegidos por tarifas aduaneiras.⁹

⁵ Bernardo Windscheid. *Diritto delle Pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino, EditriceTorinese, 1902. v. I. t. I, p. 169-71.

⁶ Clovis Beviláqua. Direito subjetivo. *Archivo Judiciário* (10): 155-64, abr-jun-1929.

⁷ Rudolf von Jhering. *O espírito do Direito romano*. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro, Alba, 1943. p. 219-20.

⁸ *Ibidem*, p. 228.

⁹ *Ibidem*, p. 227.

Em outras palavras: um interesse assume a condição de direito subjetivo, se possível fazê-lo valer em juízo.

TEORIAS MISTAS

São muitas as teorias mistas, que conjugam os elementos vontade e interesse, de variadas formas. Em alguns casos, o interesse é substituído pela expressão "bem", sem que haja alteração substancial, porquanto bem é tudo aquilo que serve à satisfação de uma necessidade ou de um interesse.

KELSEN

Kelsen concebe o direito subjetivo como simples reflexo do direito objetivo. Positivista, renega a tese jusnaturalista da precedência e independência do direito subjetivo, que, pelo contrário, é criado pelo Direito objetivo. Trata-se de simples técnica, de existência contingente, caracterizada pela circunstância de depender do interessado a aplicação da sanção. Concorda com Jhering: a possibilidade de proteção de um interesse, por meio de ação é que caracteriza o direito subjetivo (teoria processual do direito subjetivo).

Fora dos casos em que a aplicação da sanção depende da vontade do interessado, é supérflua a noção de direito subjetivo e a simples situação de favorecido pelo cumprimento de um dever não constitui direito subjetivo.

Há direito subjetivo, em sentido técnico, se a sanção depende da ação material do interessado e, portanto, de sua vontade.

...a essência do direito subjetivo, que é mais do que o simples reflexo de um dever jurídico, reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, por meio de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico.¹⁰

O credor é pela ordem jurídica autorizado a intervir, isto é, ele tem o poder jurídico de intervir na produção da norma jurídica individual da decisão judicial através da instauração de um processo, para assim fazer valer o não-cumprimento do dever jurídico que o devedor tem de lhe fazer uma determinada prestação.¹¹

Nessa linha de pensamento, a ação não passa de um reflexo do dever imposto aos juízes de prestar a jurisdição.

DIGUIT¹²

¹⁰*Ibidem*, p. 152.

¹¹*Ibidem*, p. 156.

¹²Léon Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*. 3. ed. Paris, Fontemoing, 1927. t. I. p. 299-307

Duguitnega a existência do direito subjetivo. Trata-se – diz - de uma quimera, como, aliás, também a pessoa jurídica. Sujeitos de direito são apenas os indivíduos capazes de entendimento e de vontade, únicos com aptidão para obedecer ou desobedecer a uma norma jurídica.

A questão da existência ou não de um direito subjetivo não surge senão quando ocorre uma manifestação de vontade. Esta pode ser conforme ou contrária à lei. Sendo conforme a lei, a questão somente surge havendo algum obstáculo, proveniente de outra vontade, que age, então, contrariamente a Lei. Assim, a questão da existência de direito subjetivo somente se coloca em face de um ato voluntário violador da lei. Nessa hipótese, uma ou várias vontades podem pôr em movimento as vias de direitos, com vistas à repressão, reparação ou anulação do ato. Trata-se, pois, de saber se a possibilidade de pôr em movimento uma via de direito pode ser considerada um direito subjetivo. Tomo a expressão "via de direito" no sentido mais amplo possível, designando todos os meios, quaisquer que sejam, tendentes a impor, direta ou indiretamente e sob qualquer forma, uma sanção em face da violação da lei.

Ora, é impossível ver um direito subjetivo na possibilidade de pôr em movimento uma via de direito. Esta é sempre realizada por um agente público ou por um indivíduo agindo como tal, pois uma via de direito não é senão um meio de desencadear a coerção coletiva. O agente público faz o que lei lhe ordena e, portanto, não exerce um direito.

Mas, dir-se-á, o particular que age, que espontaneamente põe em movimento uma via de direito, com vistas à repressão, reparação ou anulação de um ato contrário ao direito, este exerce sim um direito subjetivo, cujos elementos constitutivos claramente se percebem: o poder de vontade, que lhe dá a possibilidade de por em movimento a via de direito, e a satisfação de um interesse, que obterá com o sucesso de sua iniciativa.

Eia bem! Mesmo nessa hipótese não se deve dizer que o particular exerce um direito subjetivo, pois não raro aquele que age não alega direito próprio, caso em que certamente se deve reconhecer que não tem qualquer direito. Portanto, a possibilidade de pôr em movimento uma via de direito não é sinal certo da existência de direito subjetivo. O indivíduo que propõe uma ação ou põe em movimento qualquer outra via de direito simplesmente age de conformidade com a lei. Ora, praticar um ato permitido não significa exercício de um direito. O que ocorre é que comete uma violação de direito quem quer que ponha obstáculo à realização de um ato lícito. Quando um indivíduo, agindo de conformidade com a lei, propõe uma ação judicial, comete ato ilícito o agente público que deixa de fazer o que for necessário para que essa via de direito se desenvolva até seu resultado final. Ele é obrigado a intervir e a

estatuir, porque não o fazendo violaria a lei. Não é o pretendido direito de demandar que o obriga, mas a própria lei. O agente público simplesmente exerce uma competência vinculada. Quanto ao réu, nenhuma obrigação se lhe impõe. Ele pode se defender ou abster-se, conforme melhor lhe pareça. Não se pode dizer que o ato de intentar-se uma ação constitua exercício de um direito contra o réu, porque da demanda não lhe decorre qualquer obrigação. Ele não viola o direito, menos ainda um pretendido direito subjetivo, se não se apresenta perante o magistrado.

Não há dúvida de que muitas vezes o exercício exitoso de uma via de direito outorga uma certa vantagem, um bem de ordem econômica àquele que age. Ele foi vítima de um delito civil. Demanda uma reparação. Tem a possibilidade de obtê-la. Assim, a possibilidade de pôr em movimento uma via de direito para obter uma reparação constitui, por si própria, um bem de ordem econômica, quando mais não seja a expectativa de obter a condenação da parte adversa. É um exemplo. Haveria muitos outros. Assim, incontestavelmente, a abertura de uma via de direito muitas vezes propicia um bem ao autor. Mesmo assim, não se pode falar em direito subjetivo. O interessado tem apenas a esperança de um bem, possivelmente de ordem econômica. Tem isso e nada mais. Chamar isso de direito subjetivo é empregar uma expressão inexata. Se ele cede sua ação a um terceiro, não é um direito que cede, mas um bem. A palavra direito é então empregada no sentido de bem, confusão de palavras que é causa frequente de numerosos erros.

A ação, diz Chiovenda, é um direito autônomo. Ela nasce da violação de uma norma. A ação é distinta do direito subjetivo por ela assegurado. Os dois direitos podem estar coordenados, mas encontram-se separados e são distintos. Tem origem diferente, são submetidos a um regime diferente e podem pertencer a sujeitos diferentes. Os objetos dos dois direitos são diversos. Para o direito, é uma certa prestação, para a ação, é a atuação do poder estatal (Chiovenda, *Principi di dirittoprocedurale*, 1912).

Admitindo-se a noção de direito subjetivo e considerando-se como tal a ação, é preciso admitir a teoria de Chiovenda e dizer: direito subjetivo em sentido geral ação são dois direitos distintos por sua origem, por seu conteúdo e às vezes até mesmo por seu titular. Tais direitos podem estar coordenados, mas têm existência distinta.

Mas não há direito subjetivo, nem em sentido geral, nem direito subjetivo de ação. A definição dada por Chiovenda, daquilo que ele chama direito de ação, "o poder jurídico de realizar a condição para a atuação da vontade da lei", não pode ser a definição de um direito. Com efeito, poder realizar uma condição necessária para a aplicação de uma lei não é senão a realização de um ato, e não o exercício de um direito. Senão, seria necessário dizer que aquele

que comete uma infração penal exerce um direito, pois realiza a condição para a atuação de uma vontade da lei penal.

A doutrina de Chiovenda não prova senão o embaraço que aporta a certos espíritos a concepção tradicional segundo a qual a ação é sempre e somente o exercício de um direito preexistente, concepção que se choca com as numerosas hipóteses em que uma ação é proposta sem que se perceba a que direito subjetivo corresponderia.

Todas essas hesitações, esses embaraços, essas controvérsias, essas distinções artificiais e sutis, tudo isso desaparece quando nos livramos dessa noção falsa e artificial de direito subjetivo.

AÇÃO E DIREITO SUBJETIVO, CATEGORIAS DOGMÁTICAS EXAURIDAS

Em 1998, Comoglio já considerava a ação, e o mesmo se pode dizer do direito subjetivo, como categoria dogmática que já havia exaurido sua função histórica, ainda que essencial.¹³ Ao termo de uma longa evolução histórica, a utilidade e relevância dogmática desses conceitos têm-se reduzido cada vez mais. A categoria dos direitos subjetivos perdeu relevância, na medida em que se esvaziou de conteúdo ideológico, com o abandono da ideia de direitos naturais, pré-existentes e independentes do Estado.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

A atenção da doutrina voltou-separa as garantias constitucionais do processo. No Direito Civil, falou-se de sua "constitucionalização", ocupando a Constituição o lugar que fora outrora do Direito natural. O abandono das concepções jusnaturalistas, historicamente caracterizadas pela afirmação de valores, princípios e normas, de caráter necessário, universal e imutável, não significava, porém, que se houvesse abandonado a busca de um direito justo, fundado na ciência ou arte política.¹⁴

A centralidade da Constituição não excluiu a do direito subjetivo, por se encontrar, no centro da própria Constituição a ideia de direitos fundamentais, que não é senão uma categoria dos direitos subjetivos. Consideram-se fundamentais particularmente os direitos do indivíduo contra o Estado.

Muito se escreveu sobre as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, considerada a cronologia de sua consagração nos textos constitucionais, apontando-se pelo menos três gerações de direitos fundamentais.

¹³ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 2ª. ed., Bologna, Il Molino, 1998. p. 227-9.

¹⁴ Cf. Plauto Faraco de Azevedo. *Justiça distributiva e aplicação do Direito*. Porto Alegre, Fabris, 1983. p. 140

São primordialmente de cunho negativo os direitos fundamentais de primeira geração, porque geralmente voltados a uma omissão, e não a uma conduta positiva, do Poder Público.

Nesse contexto, assumem peculiar relevo os direitos à vida, à liberdade, a propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades de expressão política (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a Democracia (SARLET¹⁵).

Consideram-se direitos fundamentais de segunda geração os vinculados à igualdade, exigindo prestações positivas do Estado, em especial as relacionadas ao direito à saúde e educação e compreendendo “também as denominadas *liberdades sociais*, como bem mostram os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia do salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos” SARLET¹⁶).

Os direitos de terceira geração vinculam-se à fraternidade ou solidariedade, compreendendo os chamados direitos difusos, como o direito ao meio ambiente.

Dentre os direitos fundamentais de terceira geração mais citados cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação (SARLET¹⁷).

Constata-se, especialmente nos direitos de terceira geração, uma rarefação do conceito de direito subjetiva, que deixa de significar apenas o que se pode exigir coercitivamente, para compreender também meras aspirações, como é o caso, por exemplo, do direito à paz.

OS DIREITOS DOS ANIMAIS – PETER SINGER¹⁸

Entrementes, outras ideias, destinadas a ter grande impacto no Direito, começavam a tomar corpo, entre elas a dos direitos dos animais e as da ética ambiental.

Em “Libertação animal”, obra de larga repercussão, disse Peter Singer:

A capacidade de sofrer e de sentir prazer é um pré-requisito para um ser ter algum interesse, uma condição que precisa ser satisfeita antes que possamos falar de interesse de

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva. IN: SARLET, MARINONI, MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.012. p. 260.

¹⁶ Ibidem, p. 261.

¹⁷ Ibidem, p. 262.

¹⁸ SINGER, Peter. **Libertação animal**. Trad. Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fones, 2013.

maneira compreensível. Seria um contrassenso afirmar que não é do interesse de uma pedra ser chutada por um menino de escola. Uma pedra não tem interesses porque não sofre. Nenhum modo de atingi-la fará diferença para o seu bem-estar. A capacidade de sofrer e de sentir prazer, entretanto, não é apenas necessária, mas também suficiente para que possamos assegurar que um ser possui interesses – no mínimo, o interesse de não sofrer (p. 13).

Se um ser sofre, não pode haver justificativa moral para deixar de levar em conta esse sofrimento. Não importa a natureza do seu ser; o princípio da igualdade requer que seu sofrimento seja considerado da mesma maneira como o são os sofrimentos semelhantes – na medida em que comparações aproximadas possam ser feitas – de qualquer outro ser. Caso um ser não seja capaz de sofrer, de sentir prazer ou felicidade, nada há a ser levado em conta. Portanto, o limite da senciência (usando o termo como uma redução conveniente, talvez não estritamente precisa, para a capacidade de sofrer e/ou experimentar prazer) é a única fronteira defensável de preocupação com os interesses alheios. Demarcar essa fronteira com outras características, tais como inteligência ou racionalidade, seria fazê-lo de maneira arbitrária. Por que não escolher alguma outra característica como a cor da pele?

Os racistas violam o princípio da igualdade ao conferir mais peso aos interesses dos membros de sua etnia quando há um conflito entre os próprios interesses e os daqueles que pertencem a outras etnias. Os sexistas violam o princípio da igualdade ao favorecer os interesses do próprio sexo. Analogamente, os especistas permitem que os interesses de sua espécie se sobreponham aos interesses maiores de membros de outras espécies. O padrão é idêntico em todos os casos. (p. 14 e 15).

A crença de que a vida humana, e tão somente ela, é sacrossanta, é uma forma de especismo (p. 28).

No capítulo segundo, Peter Singer descreve os incríveis sofrimentos a que animais são submetidos para fins de pesquisas ditas científicas, muitas delas sem justificativa plausível.

No capítulo terceiro, o Autor descreve a dolorosa e tediosa vida dos animais submetidos a processos industriais de produção e morte: a criação industrial de animais, tratados como coisas ou máquinas de produção de carne, couro e ovos. Um vitelo é mantido em condições de imobilidade total, para que um *gourmet* possa depois apreciar sua carne macia.

Nos capítulos seguintes, observa o Autor:

A fazenda de criação intensiva nada mais é do que a aplicação da tecnologia à ideia de que os animais são meios para nossos fins. Nossos hábitos alimentares nos são caros e não

é fácil alterá-los. Temos um forte interesse em nos convencer de que a preocupação com outros animais não exige que paremos de ingeri-los. Ninguém que tenha o hábito de comê-los está completamente livre de preconceito ao julgar se as condições em que eles são criados causam padecimento.

Não é possível, na prática, criar animais para gerar comida em larga escala, sem infligir considerável sofrimento.

Tornar-nos vegetarianos é um passo prático e eficaz para acabar tanto com a matança como com a imposição de sofrimento a animais não humanos.

Os que lucram com a exploração de grande número de animais não precisam de nossa aprovação. Precisam de nosso dinheiro.

Neste momento, milhões de pessoas de várias partes do mundo não tem o suficiente para comer. A questão é: a produção de alimentos praticados nas nações afluentes contribui para a solução do problema da fome?

Quanto o bezerro utiliza da proteína contida na comida que consome e quanto está disponível para os humanos? A resposta é surpreendente. É preciso dar ao filhote 19 quilos de proteína, em ração, para produzir menos de um quilo de proteína animal para seres humanos. Recuperamos menos de cinco por cento daquilo que investimos. Não é de admirar que Frances Moore Lappé tenha chamado esse tipo de produção de “fábrica de proteína invertida”!

A maioria das estimativas conclui que alimentos de origem vegetal rendem cerca de dez vezes mais proteína por hectare do que a carne, embora as estimativas variem e, às vezes, a proporção seja de 20 por um.

Se os norte-americanos reduzissem o consumo de carne em apenas 10 por cento por um ano, isso liberaria no mínimo 12 milhões de toneladas de grãos para consumo humano – o suficiente para alimentar 60 milhões de pessoas.

Portanto, criar animais para gerar alimento, de acordo com os métodos utilizados pelas nações industrializadas, não contribui para a solução do problema da fome.

Cultivar alimentos é, em geral, no mínimo cinco vezes mais eficiente, no que diz respeito ao consumo de energia, do que criar gado; cerca de vinte vezes mais eficiente do que criar galinhas e acima de cinquenta vezes mais eficiente do que criar gado confinado em currais de engorda.

Quanto às florestas, elas e os animais competem pela mesma terra. O prodigioso apetite por carne das nações afluentes significa que o agronegócio pode pagar mais do que

aqueles que desejam preservar ou recuperar as matas. Estamos, literalmente, brincando com o futuro de nosso planeta – para benefício dos *hambúrgers*.

É possível estar adequadamente nutrido sem consumir alimentos de origem animal – um fato que não é amplamente conhecido, embora a maioria das pessoas já saiba que os vegetarianos podem ter vidas longas e saudáveis.

Que a carne não é necessária para a resistência física é demonstrado por uma extensa lista de atletas bem-sucedidos que não a ingerem. Nela incluem-se o nadador olímpico de longas distâncias Murray Rose; o famoso fundista finlandês Paavo Nurmi; a estrela do basquete Bill Walton; o triatleta “homem de ferro” Dave Scott; Edwin Moses, campeão olímpico de corrida de 400 metros com barreiras.

Estudo mostrou que os vegetarianos com pouco consumo de ovos e laticínios apresentam níveis de colesterol 16 por cento mais baixos do que as pessoas que comem carne, e os veganos tinham níveis de colesterol 29 por cento mais baixos.

Já não se sustenta a ideia antes corrente de que a proteína animal era de qualidade superior.

Afirma-se com frequência, como objeção ao vegetarianismo, que se outros animais matam para se alimentar, também podemos fazê-lo. Essa analogia já era antiga em 1785, quando William Paley a refutou, referindo-se ao fato de que, embora os seres humanos possam viver sem matar, outros animais não têm escolha, se quiserem sobreviver.

OS DIREITOS DOS ANIMAIS – TOM REGAN¹⁹

Ao passo que a argumentação de Peter Singers se baseia na ética do utilitarismo de Bentham, estendida até os animais (o máximo de felicidade e, pois, o mínimo de sofrimento para todos) Tom Regan (*The case for animal rights*, 1983) funda sua argumentação na ética kantiana, também estendida aos animais, afirmando seu valor próprio, não podendo, pois, ser tratados como simples meios para fins humanos.

Diz Tom Regan

Vejo-me como um advogado dos direitos dos animais – como parte do movimento pelos direitos dos animais. Esse movimento – como o imagino – tem vários objetivos, entre os quais:

- a total abolição do uso de animais na pesquisa científica
- a total dissolução da pecuária comercial

¹⁹Cf. (<http://www.animal-rights-library.com/texts-m/regan03.pdf>): Acesso em 21/07/2015.

- a total eliminação da caça e armadilhas, seja para fins comerciais, seja por esporte.

É fundamentalmente errado um sistema que apresenta os animais como integrando “nossos recursos”, disponíveis para serem comidos, manipulados cirurgicamente ou explorados para esporte ou por dinheiro. Uma vez admitido esse ponto de vista, o resto é previsível e lamentável. Por que nos preocuparmos com a solidão, a dor e a morte dos animais? Uma vez que existem para nós, para nos beneficiar de um ou de outro modo, aquilo que os prejudica não importa – ou importa somente se nos incomoda.

Acredito que a ideia dos direitos dos animais tem em seu prol não apenas a emoção, mas também a razão.

Começamos perguntando sobre como tem sido entendido e pensado o status moral dos animais, pelos que negam direitos aos animais. Depois, testamos a força de suas ideias, para verificar se resistem ao calor de uma crítica sã.

Há pessoas que acreditam que não temos deveres diretos em relação aos animais, que não lhes devemos nada, que não podemos fazer nada de errado com relação a eles. Podemos praticar atos errados envolvendo animais, mas não em face deles. É o ponto de vista dos deveres indiretos. Suponha, por exemplo, que você está desgostoso, porque seu vizinho chutou seu cão. Ele terá agido mal em face de você, mas não em face de seu cão.

Como pode alguém justificar tal ponto de vista? Alguém poderá dizer que o cão não sente nada e, portanto, não sentiu o pontapé, mas uma pessoa racional não pensará assim, entre outras considerações por implicar que somente os seres humanos sentem dor. Ora, o sofrimento é sofrimento onde quer que ocorra. Se o fato de o seu vizinho causar dor é errado por causa da dor causada, não podemos ignorar ou desconsiderar a relevância moral da dor sentida por seu cão.

Qualquer que seja a teoria ética que aceitemos, é preciso reconhecer que temos alguns deveres diretos em relação aos animais, tanto quanto temos uns em relação aos outros humanos.

Na teoria utilitarista, a decisão sobre o que moralmente devemos fazer envolve a questão de quantas pessoas serão afetadas, se eu optar por uma ou outra ação; quanto cada indivíduo será afetado e quais os melhores resultados que poderão ser atingidos; qual opção, em outras palavras, conduz aos melhores resultados, ao melhor balanceamento entre satisfação e frustração. É aí que reside o dever moral.

A força do utilitarismo reside no seu intransigente igualitarismo: o interesse de uma conta tanto como o de qualquer outro. Aquelas espécies de odiosa discriminação, justificadas

por algumas formas do contratualismo – baseadas na raça ou no sexo, por exemplo – são em princípio vedadas pelo utilitarismo, como um “especismo”, uma sistemática discriminação baseada na pertença a uma espécie.

Todavia, a igualdade encontrada no utilitarismo não é o que um defensor dos direitos humanos e animais deve ter em mente. O utilitarismo não abre espaço para direitos morais iguais, de diferentes indivíduos, porque não abre espaço ao seu igual e inerente valor. O que, para um utilitarista, tem valor é a satisfação dos interesses de um indivíduo, não o indivíduo como tal. Um universo no qual é satisfeito seu desejo por água, alimento e calor é, sendo igual tudo o mais, é melhor do que um universo em que esses desejos são frustrados. E o mesmo é verdade no caso de um animal com desejos similares. Mas nem você nem o animal têm valor como tal. Apenas seus sentimentos o têm.

O que fazer? Onde recomeçar? Penso que se deve partir do ponto de vista utilitário do valor do indivíduo, isto é, do que eu chamo de seu valor inerente. Dizer que temos tal valor significa que somos mais do que simples receptáculos. Para assegurar que não estamos a pavimentar o caminho para injustiças tais como a escravidão ou a discriminação sexual, precisamos crer que todos têm um valor inerente, um valor igual, sem embargo de seu sexo, raça religião, lugar de nascimento, devendo ser descartados como irrelevantes talentos ou habilidades, inteligência e riqueza, personalidade ou patologia, seja para louvar e admirar, seja para desprezar e odiar. O gênio e a criança retardada, o príncipe e o pobre, o cirurgião do cérebro e o vendedor de frutas, Madre Teresa e o mais inescrupuloso vendedor de caros usados – todos têm valor inerente, possuem-no igualmente e têm igual direito de serem tratados com respeito, de serem tratados de modo que não os reduzam ao estado de coisas, como se existissem apenas como meios para outros. Meu valor como indivíduo não depende de minha utilidade para ti. O teu, não depende de tua utilidade para mim. Qualquer de nós que trate o outro, sem respeitar seu valor inerente, viola os direitos individuais.

A tese dos direitos, acredito, é racionalmente a teoria mais satisfatória. Ultrapassa todas as outras teorias, na medida em que ilumina e explica o fundamento de nossos deveres de uns para com os outros – o domínio da moralidade humana. Tem as melhores razões, os melhores argumentos.

Claro, se fosse possível demonstrar que somente seres humanos estariam nela incluídos, uma pessoa como eu, que acredita nos direitos dos animais, estaria obrigada a buscar outra teoria. Mas as tentativas de limitar seu escopo aos humanos são racionalmente deficientes.

Alguns resistem à ideia de que os animais têm um valor inerente. Somente humanos têm tal valor, dizem. Como defender-se pode tão estreito ponto de vista? Diremos que somente os humanos têm inteligência, autonomia ou razão? Mas há muitos humanos, que não atendem a esses requisitos e, contudo, são havidos como tendo valor acima e além de sua utilidade para outros. Diremos que somente os humanos têm uma alma imortal? Pessoalmente, espero ter uma. Mas não quero fixar minha posição sobre uma base ética controvertida sobre outra ainda mais controvertida, como a da imortalidade da alma.

Têm igual valor inerente todos os sujeitos que sentem a vida. O que precisamos indagar é se esses animais, que são rotineiramente comidos, caçados ou usados em laboratórios, são como nós sujeitos que sentem a vida. E sabemos que sim.

A teoria que subjaz o movimento pelos direitos dos animais é parte, e não antagonista, do movimento pelos direitos humanos. Uma teoria que racionalmente fundamenta os direitos dos animais também fundamenta os direitos humanos. Os que lutam pelos direitos dos animais são parceiros dos que lutam pelo respeito aos direitos humanos – das mulheres, das minorias, dos trabalhadores.

O movimento pelos direitos dos animais é um recorte do mesmo tecido moral.

A ÉTICA AMBIENTAL – HOLMES ROLSTON²⁰

Peter Singers e Tom Regan estenderam até os animais ética de Bentham e a de Kant, respectivamente.

Holmes Rolston vai além, abrangendo em sua ética o próprio ambiente.

A grande falha de todas as éticas até agora tem sido de que elas acreditavam ter de tratar apenas das relações do homem com o homem. Entretanto, a questão é que sua atitude perante o mundo e toda a vida está a seu alcance. Um homem é ético apenas quando a vida, como tal, é sagrada para ele, a das plantas e dos animais, assim como a dos outros homens, e quando ele se devota para toda a vida que está necessitada de ajuda... A ética da relação do homem como o homem não constitui algo à parte; é apenas uma relação particular que resulta de outra, universal.

Que é necessária uma ética ambiental, podem duvidar apenas os que simplesmente não creem na ética.

Uma ética ambiental se alcança apenas quando se levantam questões a respeito de seu uso prudente, mas a respeito do apropriado respeito e deveres.

²⁰ ROLSTON, Holmes. *Environmental Ethics – Duties and values in the natural world*, 1988 (Amazon. Kindleedition)

Prevalece no Ocidente a ideia de que os humanos não têm deveres para com as rochas, rios, ou ecossistemas, e quase nenhum para com os pássaros ou ursos; têm deveres apenas uns com os outros. O ambiente é um meio, não um fim em si mesmo. A natureza não tem valor intrínseco. Exatamente esta assertiva é que estamos a desafiar. O conceito fundamental para nos orientar é o de valor. Dele é que decorrem os deveres.

Perguntar sobre os valores contidos natureza leva-nos a fazer um inventário de como a natureza é valiosa para os humanos, com a sutil vantagem de que o termo “conter” nos permite superar a questão da objetividade ou subjetividade. No espectro dos valores que aqui se cruzam, alguns, como o valor nutricional da batata, são objetivos, ao passo que outros, como a da águia como um símbolo nacional, são simplesmente atribuídos. De qualquer modo, as experiências humanas desejadas estão ligadas à existência de alguma coisa que está lá fora. Na medida em que descobrimos estas valorizadas “funções” da natureza, começamos a nos questionar sobre se e quando o valor intrínseco da natureza permite que os humanos cheguem aos seus próprios valores. Observe também que as coisas nunca têm um valor genérico, mas antes têm específicas espécies de valor. Algum adjetivo necessita ser colocado no espaço em branco à frente de um substantivo: - valor. Analogamente, objetos não simplesmente coloridos, mas vermelhos ou azul celeste.

O movimento ecológico deixou claro que a cultura está acorrentada à natureza. Dependemos do fluxo do ar, do ciclo da água, da luz solar, da fotossíntese, da fixação do nitrogênio, da decomposição bacteriana, dos fungos, da camada de ozônio, da cadeia de alimentos, da polinização dos insetos, dos solos, das minhocas, dos climas, dos oceanos e dos materiais genéticos. As éticas anteriores não deram muita atenção aos ecossistemas, porque os homens tinham pouco conhecimento a respeito e menor poder para afetar esses processos. Agora, porém, estamos a modificar drasticamente nosso sistema de suporte. Somos beneficiados ou prejudicados por essas alterações, o que suscita questões éticas.

O homem surgiu recentemente e será correto afirmar-se que antes de sua chegada, a natureza não tinha qualquer valor? A ecologia não é algo simplesmente subjetivo. Numa perspectiva ecológica, a terra é valiosa, porque é capaz de produzir valor e vem de há muito fazendo isso.

CARLOS ALBERTO MOLINARO²¹

²¹MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito.** 2006). <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2529/1/000381018-Texto%2BCompleto-0.pdf>. Acesso em 21/07/2015).

Carlos Alberto Molinaro observou que duas são as possíveis perspectivas, desde os estudos dos movimentos ambientais, com respeito às relações do ser humano com a natureza: uma tem sede no biocentrismo, também denominado posição ecocêntrica; outra, revela uma atitude antropográfica: o antropocentrismo.

Desde o primeiro enfoque, o mundo natural é concebido em sua holodimensão, vale dizer, em sua complexa totalidade, permanecendo ali localizado sem nota distintiva, senão como qualquer ser vivo, esta situação implica de imediato uma recusa à dominação da natureza pelo ser humano; outra, a atitude antropocêntrica, esta marcada pela derivação dicotômica entre o ser humano e a natureza, onde o primeiro possui direitos, controle e o exercício proprietário do ambiente, utilizando-se para tanto das tecnologias que a ciência moderna disponibiliza.

Observe-se que desde esta postura, a natureza não incorpora um valor em si mesma, representando tão só uma reserva de recursos a ser no devido tempo explorado. Nessa posição se pode sentir, subjacentemente, a razão cartesiana que afirma que a racionalidade do ser humano o põe em destaque acima de tudo o que existe, inclusive sobre a natureza.

E conclui:

Qualquer que seja a postura que se adote, esta não tem o condão de destruir a unidade natureza/cultura; apenas a primeira tem uma perspectiva integradora e respeitosa com a vida, enquanto a segunda é afirmativa de superioridade, tende ao descompromisso, e atenta contra todas as manifestações vitais desta parcela do cosmos, que é o planeta e os seres que o compõem.

As relações do ser humano com o ambiente são relações biocenóticas, desenvolvidas no entorno, vale dizer, vínculos que se estabelecem com todos os organismos de diversas espécies, orgânicos e inorgânicos, que vivem e se reproduzem em determinadas condições em um dado meio. O polimorfismo é presente e necessário pela razão cultural/natural da diversidade. Assim, a biodiversidade nucleia a única possibilidade de sobrevivência do ser humano no ambiente que lhe subordina.

São relações de complementaridade que unem todas as espécies num único sistema de sustentabilidade do mundo, onde a responsabilidade de todos e de cada um está na satisfação de necessidades atuais sem fraudar as perspectivas das gerações futuras, pois é nelas que reside a compreensão de nossa geração, e é desde elas que nos atormenta a angústia em preservá-las. Pois dizia Ted Perri, inspirado na talvez apócrifa asserção do Chefe Seattle: *Tudo o que acontece com a terra, / acontece com os filhos e filhas da Terra. / O homem não tece a teia da vida/ ele é apenas um fio. / Tudo o que faz à teia/ ele faz a si mesmo.*

O NOVO PROCESSO

Foi terrível a década de 2.030. Catástrofes ambientais, que já vinham ocorrendo, intensificaram-se em número e poder de devastação. Milhões de seres humanos morreram, em decorrência da elevação do nível do mar, de tornados, pela falta de alimentos e de água. Os que sobreviveram voltaram a constituir sociedades, muitas de caráter nacional. A ciência não só parou de progredir como regrediu. O esforço voltou-se para a recuperação do saber perdido. Perderam-se, nos grandes incêndios dos anos 30, os poderosos computadores que armazenavam a cultura da época, e com isso perdeu-se muito, porque ninguém mais armazenava textos, fotos ou filmes em sua própria casa, pois tudo estava “na nuvem” e era

facilmente acessível. Por isso, neste artigo, as indicações bibliográficas do século XXI limitam-se às primeiras duas décadas.

As catástrofes, indiretamente produzidas pelo homem, determinaram a supremacia incontestável da ética ambiental.

Encerrou-se o ciclo dos direitos fundamentais fundados na dignidade do homem, porque os direitos foram estendidos aos animais e, em alguns sistemas jurídicos, até mesmo às plantas e, em sua expressão mais radical, aos próprios seres inanimados.

Convencidos do valor intrínseco dos animais, que já não mais podiam ser vistos como recursos à disposição dos homens, filósofos e juristas acabaram rejeitando as noções de dignidade humana, de direitos humanos, de direitos fundamentais e de direitos subjetivos como fundamentos do Direito.

Compreendeu-se que a dignidade humana não decorre de direitos, muitos deles em comum com os animais, mas da aptidão do homem para cumprir seus deveres morais e jurídicos.

De um modo um tanto surpreendente, a extensão da ideia de direitos aos animais e à natureza determinou o abandono da ideia de direito subjetivo, especialmente quando vinculada ao acesso (direto) aos tribunais.

Reorganizou-se o sistema judiciário, tendo-se em vista, também a extrema litigiosidade que se verificara nas épocas anteriores, a ponto de o cidadão comparecer ante um juiz, em média uma vez por semana, seja para reclamar de uma ofensa real ou imaginária, seja para defender-se de imputação feita por outrem.

Como causas do colapso do sistema judiciário os autores costumam apontar dois fatores, um vinculado à pobreza e outro, à riqueza.

A ideia de acesso universal à justiça provocou um enorme afluxo de pobres ao sistema judiciário, que passaram a vê-lo como um meio adicional de obtenção de recursos, e não apenas como meio de ressarcimento de danos sofridos. O instituto da assistência judiciária gratuita difundiu-se e ampliou-se o próprio conceito de pobre, a ponto de se valerem do benefício até mesmo funcionários de alto escalão, como juízes, por exemplo, alguns deles alegando não dispor de recursos para custear o processo, por haverem constituído várias famílias que eram obrigados a sustentar. Confirmou-se a regra de que um serviço público gratuito tem sua demanda aumentada até que sua crescente ineficiência provoque a redução da demanda. Isso quanto aos pobres.

Quanto aos ricos, constatou-se que não pode ser justo um sistema processual fundado em advogados constituídos e pagos pelas partes. Devendo sua sobrevivência e seu sucesso à

vitória nas causas em que constituídos, alguns dos melhores advogados não trepidaram em lançar mão de meios escusos para se vitoriaram. Em casos extremos, corromperam os próprios juízes e assim adquiriram fama, dinheiro, reputação e estimapública. Eram “alienados” os que se preocupavam com os princípios da boa-fé, da lealdade processual e da cooperação, proclamados pelos Códigos.

Assim, os pobres determinaram o aumento do Judiciário e os ricos o corromperam, produzindo-se um crescimento canceroso dessa instituição.

Tratou-se, pois, de refundar o Poder Judiciário sobre novas bases. Teve enorme influência um escrito anônimo, de um autor brasileiro, sustentando que, embora doutrinariamente parecesse evidente a superioridade do processo civil sobre o penal, era este que se situava num grau evolutivo superior, por haver retirado do ofendido o poder de ação, outorgando legitimidade apenas ao Ministério Público.

No essencial, essa ideia acabou sendo acolhida, mas com uma ressalva essencial.

O direito de ação cabe a todos e a cada um, seja qual for a matéria envolvida, mas apenas contra o Poder Público, por se tratar de forma de exercício da cidadania.

Não há, porém, direito de ação nas relações privadas. Nega-se que qualquer pessoa possa propor ação contra qualquer outra, pela simples afirmação de um pretense direito subjetivo, entre outras razões porque o direito incondicionado de ação implica a possibilidade de o litigante ímprobo sujeitar ao processo quem bem entenda, valendo-se do Estado para fins escusos.

Decidiu-se instituir um filtro e, com isso, acabou-se de uma só vez com o direito de ação e, por via de consequência, com a própria ideia de direito subjetivo, uma vez que de nada vale um direito sem ação.

Na atualidade, quem se sente prejudicado por ato de outrem, não pode, como antes, dirigir-se diretamente ao Judiciário. Precisa apresentar sua reclamação à Defensoria Pública, que procede a um inquérito preliminar, de natureza inquisitorial. Não sendo o caso de rejeição liminar da reclamação, a Defensoria, conforme o caso, tenta a conciliação ou a mediação; requer medida de urgência; sendo o caso, propõe ação, em nome próprio, em prol do prejudicado, seja este um ser humano, um animal ou um ser inanimado.

O réu não litiga com o reclamante, mas com a Defensoria Pública. O réu é chamado a juízo para cumprir um dever, podendo, porém, alegar e demonstrar sua inexistência.

Na atualidade, são poucos os juízes, porque são poucas as ações. A imensa maioria das divergências resolvem-se no âmbito da Defensoria Pública, pelos antigamente chamados meios alternativos de resolução de conflitos.

O número de advogados sofreu drástica redução, entre outras razões, porque extinto o direito próprio aos honorários da sucumbência, não se podendo esperar comportamento ético daquele a quem só a vitória interessa.

A condenação judicial readquiriu seu sentido ético, constituindo motivo de vergonha, por significar reprimenda pública pelo descumprimento de um dever, não só jurídico, mas também moral.

EPÍLOGO

Destacamos, assim, as principais mudanças ocorridas no campo do processo civil.

Fora dele, muitas outras ocorreram, a seguir apenas mencionadas, como encerramento deste ensaio.

O trabalho deixou de ser condição para sobreviver. O programa “renda mínima” permite que se viva sem trabalhar, embora em situação de pobreza, condição escolhida por muitos, especialmente pelos intelectuais, desde que o ter e o consumir deixaram de ser ideais induzidos por uma propaganda constante.

Bens duráveis já não são vendidos, mas alugados, o que incentiva as empresas torná-los realmente duráveis, porque tanto maior o lucro quanto menor o número de reposições.

Propaganda de governos e de instituições públicas é absolutamente proibida. Também sofre restrições a propaganda de produtos, que precisa ser rigorosamente objetiva. Não o pode visar à criação de necessidades desnecessárias; não pode prometer sucesso e mulheres bonitas a quem simplesmente bebe cerveja, entendendo-se que isso nada tem a ver com a liberdade de manifestação de pensamento ou com a liberdade de imprensa.