

RAFAEL COSTA FREIRIA

**PERSPECTIVAS PARA UMA TEORIA GERAL DOS NOVOS
DIREITOS: uma leitura crítica sobre a biodiversidade e os conhecimentos
tradicionais associados**

**FRANCA – SP
2005**

RAFAEL COSTA FREIRIA

**PERSPECTIVAS PARA UMA TEORIA GERAL DOS NOVOS
DIREITOS: uma leitura crítica sobre a biodiversidade e os conhecimentos
tradicionais associados**

Dissertação apresentada à Faculdade de
História, Direito e Serviço Social da UNESP –
Campus de Franca, como requisito para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. Antônio Alberto
Machado

**FRANCA – SP
2005**

Freiria, Rafael Costa

Perspectivas para uma teoria geral dos novos direitos :
uma leitura crítica sobre Biodiversidade e os conhecimentos
tradicionais associados / Rafael Costa Freiria. –Franca:
UNESP, 2004

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade
de História, Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito ambiental – Filosofia. 2. Biodiversidade –
Aspectos jurídicos. 3. Meio ambiente – Preservação.

CDD – 341.347

RAFAEL COSTA FREIRIA

PERSPECTIVAS PARA UMA TEORIA GERAL DOS NOVOS DIREITOS: uma leitura crítica sobre a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados

Dissertação de Mestrado
Orientador: Prof. Dr. Antônio Alberto Machado

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Antônio Alberto Machado (UNESP):

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

Resultado Final:

Franca, _____ de _____ de 2005

O presente trabalho é dedicado:

Aos meus pais, Antônio e Célia Luiza, pelas oportunidades, pelo exemplo, pela educação e pelo apoio em todas as fases da vida.

Aos meus irmãos, André e Marta, pela força, compreensão e carinho.

À Lorena, pela vontade de viver, pelo incentivo em todos os momentos e pelo amor fundamental para a realização dos sonhos.

Ao amigo Gustavo Brandão Alves, in memoriam, que mesmo hoje distante deixou suas palavras de motivação que sempre foram lembradas no desenvolvimento da pesquisa e no caminhar da vida:

“Diga-me o destino, que embora distante lá estarei para dar-lhe a mão. Desejo-lhe sorte, proporcional à coragem que ora lhe impulsiona, que toca àqueles em que o amanhã sempre é dia para grandes coisas.”

AGRADECIMENTOS:

Ao Prof. Dr. Antônio Alberto Machado, pela orientação, pela confiança, pela constante abertura e defesa de espaços críticos para o desenvolvimento da pesquisa e por todo o apoio durante essa jornada.

Ao Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca pela influência como professor, pesquisador e operador do direito, sempre preocupado com a análise das raízes históricas e filosóficas dos conceitos no ensino e na aplicação do direito.

Ao Prof. Dr. Christiano José de Andrade, pela contribuição filosófica decisiva para a conclusão da pesquisa realizada através de seus comentários no exame de qualificação.

A Profa. Dra. Jete Jane Fiorati, pela fundamental participação no exame de qualificação, que com suas sugestões e indicações bibliográficas valorizou sobremaneira o presente trabalho.

Ao amigo professor Sérgio Said Staut Jr., contemporâneo de faculdade, pelo o apoio de todos os momentos e pelas palavras de incentivo nos momentos mais importantes dessa jornada.

Ao amigo Dimas Yamada Scardoelli, companheiro de jornada, exemplo de dedicação ao curso de Mestrado de Unesp, pelo saudável convívio acadêmico, pelas dicas de todas as horas e pela amizade construída entre as angústias e alegrias da caminhada do Mestrado.

Aos amigos Guilherme de Almeida, promissor pesquisador, Maurício Araquam de Souza, grande companheiro de faculdade e ao professor André Ricardo de Oliveira, contemporâneo de mestrado e colega de profissão, pelos constantes estímulos ao desenvolvimento do trabalho e pelas leituras sempre atentas da pesquisa.

Às professoras Regina Pupin e Neusa Camasmie, pela atenção e pelos apoios técnico e lingüístico em momentos cruciais da pesquisa.

Aos funcionários da Seção de Pós-Graduação e da Biblioteca da FHDSS, aqui representados na pessoa da alegre e prestativa Maísa, pelo auxílio de todas as horas.

Aos amigos da UFPR, da Unesp, de Batatais e a todos aqueles que caminharam conosco no trajeto de construção da pesquisa, pois é da amizade que vem o estímulo para a realização dos sonhos.

“O inferno dos vivos não é algo que será; se existe, é aquele que já está aqui, o inferno no qual vivemos todos os dias, que formamos estando juntos. Existem duas maneiras de não sofrer. A primeira é fácil para a maioria das pessoas: aceitar o inferno e tornar-se parte deste até o ponto de deixar de percebê-lo. A segunda é arriscada e exige atenção e aprendizagem contínuas: tentar saber reconhecer quem e o que, no meio do inferno, não é inferno, e preservá-lo, e abrir espaço.”

Italo Calvino

“Boa Terra velha esfera
Que nos leva aonde for
Pro futuro quem nos dera
Que te dessem mais valor.”

Almir Sater

FREIRIA, R.C. *Perspectivas para uma teoria geral dos novos direitos: uma leitura crítica sobre a Biodiversidade e os Conhecimentos Tradicionais Associados*. 2005. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca.

RESUMO

O presente trabalho deve ser compreendido no contexto da crise de alguns postulados da ciência jurídica tradicional que se confundem com os aspectos da crise da modernidade, pois a razão instrumental, positivista, individualista e patrimonialista, que sempre norteou a ciência jurídica tradicional, já não consegue mais dar respostas para a complexidade dos problemas contemporâneos, como são os problemas socioambientais de natureza coletiva. Nessa perspectiva, o objetivo central do trabalho é reconstruir, em termos coletivos e sob o referencial metodológico da teoria crítica do direito, os conceitos tradicionais de sujeito de direito, propriedade e relação jurídica, como condição para o reconhecimento e proteção dos novos direitos de dimensão coletiva. A questão da biodiversidade foi definida como o viés prático da dissertação, que, por sua manifesta complexidade e por apresentar aspectos nitidamente coletivos, haja vista ser representativa das mais variadas manifestações de vida no planeta, bem como por ser referência para a geração e transmissão de saberes tradicionais, clama pela reconstrução de conceitos tradicionais da ciência jurídica, em termos coletivos, como condição para a proteção desse novo direito de dimensão coletiva. Assim, o trabalho buscou semear algumas perspectivas normativas e teóricas para a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados na condição de novos direitos coletivos, concluindo no sentido de que a efetivação de um novo regime de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos associados, é uma importante via para o fortalecimento dos direitos individuais e para a construção de um futuro com maiores possibilidades de justiça social e de sustentabilidade ecológica.

Palavras-chave: Teoria crítica. Direitos coletivos. Biodiversidade

FREIRIA, R.C. *Perspectives for a general theory in the new laws: a critic essay about the Biodiversity and Traditional Knowledge Associated*. 2005. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca.

ABSTRACT

This study must be understood in the context of the crisis of some postulates in the traditional juridical science which are confused with the aspects of the crisis of modernity, since the instrumental, positivist, individualist and patrimonialist reasons, which have always led the traditional juridical science, are not able to provide answers for the complexity of the contemporary problems anymore, as the socioenvironmental problems of collective nature are. In this perspective, the aim of the study is to reconstruct, in collective terms and under the methodological frame of reference of the Critical Legal Theory, the traditional concepts of the right holder, property and juridical report, as an essential condition for the recognition and protection of the new rights of collective dimension. The biodiversity issue was defined as practical bias of the dissertation, which, due to its apparent complexity and for presenting aspects clearly collectives, once that is a symbol of the most diverse manifestations of life in the planet, as well as an indicator for the generation and transmission of the traditional knowledge, claims for the reconstruction of the traditional concepts in the juridical science, in collective terms, as a condition to protect this new right of collective dimension. In this manner, the study attempted to propagate some normative and theoretical perspectives for the protection of the biodiversity and for the traditional associate knowledge in terms of new collective rights, concluding that the execution of a new biodiversity and associate knowledge system, is an important way for the strengthen of the individual rights and for the construction of a future with better opportunities of social and ecological justice.

Keywords: Critical theory. Law collective. Biodiversity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I	
REFERENCIAIS METODOLÓGICOS.....	19
1.1 Razão crítica, método, objeto e os novos direitos.....	19
CAPÍTULO II	
SUJEITO DE DIREITO, PROPRIEDADE E RELAÇÃO JURÍDICA: DO DISCURSO TRADICIONAL PARA UMA LEITURA CRÍTICA.....	27
2.1 O sujeito de direito.....	27
2.1.1 Breves considerações históricas e filosóficas sobre a construção da noção de sujeito moderno.....	27
2.1.2 A dogmática jurídica tradicional e a noção de sujeito de direito.....	33
2.1.3 Os usos da noção moderna de sujeito de direito e perspectivas para a construção de um novo sujeito coletivo	37
2.2 A propriedade.....	42
2.2.1 Alguns aspectos históricos e filosóficos da propriedade moderna.....	42
2.2.2 A dogmática jurídica tradicional e a propriedade: da plenitude à função social.....	47
2.3 A relação jurídica.....	53
2.3.1 Relação jurídica: a visão da dogmática tradicional.....	53
2.3.2 Rumo a uma relação jurídica coletiva.....	58
CAPÍTULO III	
DIREITO FUNDAMENTAL, TRANSINDIVIDUAL E DIFUSO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E DE PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE.....	64
3.1 As dimensões dos direitos fundamentais: dos direitos individuais para os direitos transindividuais.....	64
3.2 Os direitos coletivos e os direitos difusos.....	70
3.3 Os novos direitos ambientais: a questão da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados.....	76

3.4	A biodiversidade os conhecimentos tradicionais e a necessidade de reconstrução dos institutos tradicionais da teoria geral do direito.....	84
3.5	Semeando outras soluções.....	95
3.5.1	Algumas alternativas normativas e doutrinárias de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais.....	95
3.5.2	A biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados como perspectivas para uma globalização alternativa, contra-hegemônica.....	107
	CONCLUSÕES.....	115
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	120

INTRODUÇÃO¹

Enquanto a transformação está ocorrendo, a cultura declinante recusa-se a mudar, aferrando-se cada vez mais obstinada e rigidamente a suas idéias obsoletas; as instituições sociais dominantes tampouco cederão seus papéis de protagonistas às novas forças culturais. Mas seu declínio continuará inevitavelmente, e elas acabarão por desintegrar-se, ao mesmo tempo que a cultura nascente continuará ascendendo e assumirá finalmente seu papel de liderança. Ao aproximar-se o ponto de mutação, a compreensão de que as mudanças evolutivas dessa magnitude não podem ser impedidas por atividades políticas a curto prazo fornece a nossa robusta esperança para o futuro.

Fritjof Capra²

No ano de 1982, o autor austríaco Fritjof Capra, na sua obra *O Ponto de Mutação*, já anunciava a necessidade de mudanças na forma de se pensar o modelo científico tradicional, tendo em vista o fracasso das promessas de um paraíso na terra, baseado num ideal puramente racionalista e expresso na crença de que o progresso científico e desenvolvimento tecnológico resolveriam todos os problemas e deixariam as maravilhas da modernidade ao alcance de todos.

Capra aponta a crise da ciência clássica construída segundo o racionalismo cartesiano, que concebia a natureza como uma máquina perfeita, governada por leis matemáticas exatas e que acreditava que fosse possível se chegar à verdade científica através da mera decomposição, pura e atenta, dos pensamentos e problemas em suas partes

¹ Compartilho com os dizeres de Michel Foucault no que se refere ao sentimento que se manifesta em todo início de um trabalho: “Existe em muita gente, penso eu, um desejo semelhante de não ter de começar, um desejo de se encontrar, logo de entrada, do outro lado do discurso, sem ter de considerar do exterior o que ele poderia ter de singular, de terrível, talvez de maléfico. A essa aspiração tão comum, a Instituição responde de modo irônico; pois que torna os começos solenes, cerca-os de um círculo de atenção e de silêncio e lhes impõe formas ritualizadas, como para sinalizá-los à distância”. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 6-7.

² CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix., 1982. p.409-410.

componentes para que fossem colocados em sua ordem lógica. Para o método cartesiano, a ciência era sinônimo de matemática e o conhecimento certo seria obtido da dedução (era preciso duvidar de tudo para poder, através da razão, construir o caminho que leva às certezas).

A obra *O Ponto de Mutação* constata a crise desse referencial metodológico. Constata a crise de um modelo científico que separa o corpo da mente, o sujeito do objeto e os indivíduos de seu meio ambiente. Constata a crise da modernidade.

Passados mais de vinte anos dessas constatações, vive-se numa época na qual a rigidez lógico-formal da ciência clássica, que prega a formação do conhecimento através da construção de verdades seguras, neutras e exatas, não oferece mais respostas para uma realidade cada vez mais complexa e fragmentada³.

Por outras palavras, vive-se um momento de ruptura com a concepção tradicional de ciência que concebia que através do avanço científico, realizado de forma neutra, estanque, objetiva, racional/instrumental e com total dominação da natureza, a coletividade inevitavelmente atingiria um maior bem-estar social⁴.

Os atuais problemas ambientais são, talvez, os principais sintomas do fracasso desse paradigma epistemológico. Aquecimento global, escassez de água, esgotamento da biodiversidade, são apenas alguns indícios de como o homem, dentro de uma perspectiva de progresso científico individualista e de dominação e exploração da natureza, chega a colocar em risco sua própria existência.

³ A complexidade da nossa atual realidade, início do século XXI, é explicada da seguinte forma pelo o Professor Luís Roberto Barroso: “O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pode ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras”. BARROSO, Luis Roberto. Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Interesse Público*. Sapucaia do Sul: Notadez, ano 3, n. 11, jul./set. 2001. p. 43.

⁴ Nesse sentido é interessante a proposta da obra *Felicidade* do Professor Eduardo Giannetti, na qual se questiona até que ponto as escolhas da humanidade tem conduzido à criação de condições adequadas para vidas mais livres e mais dignas de serem vividas. Até que ponto o progresso científico e material tem possibilitado a conquista da felicidade. GIANETTI, Eduardo. *Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

O ser humano parece esquecer que para exercer o seu *ideal de progresso e de consumo* antes tem que estar vivo, e que para continuar vivo depende de uma relação harmoniosa com a natureza, em termos globais.

Desse modo, descortina-se uma crise de método e de propósito do paradigma⁵ científico clássico. De método, pelo fato do seu referencial mítico de neutralidade científica⁶ não ser suficiente para a compreensão da realidade atual, que se apresenta de forma complexa, difusa e globalizada. E de propósito, devido à constatação de que o progresso científico e tecnológico não pode mais ser considerado como sinônimo de bem-estar social e de qualidade de vida. Nas precisas palavras de Boaventura de Sousa Santos:

O rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que, ao objetivar os fenômenos, os objectualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenômenos, os caricaturiza. É, em suma e finalmente, uma forma de rigor que, ao afirmar a personalidade do cientista destrói a personalidade da natureza. Desta forma, o conhecimento ganha em rigor o que perde em riqueza e a retumbância dos êxitos da intervenção tecnológica esconde os limites de um afã científico assim concebido. Esta pergunta está, no entanto, inscrita na própria relação sujeito/objeto que preside à ciência moderna, uma relação que interioriza o sujeito à custa da exteriorização do objeto, tornando-os estanques e incomunicáveis⁷.

Os momentos de *crise*, de outra parte, propiciam o surgimento do *novo*, da renovação paradigmática. Segundo a Professora Inês Lacerda Araújo, na sua obra *Introdução à Filosofia da Ciência*:

A crise não conduz imediatamente ao abandono do paradigma, o que ocorrerá somente quando houver uma alternativa válida para substituir a teoria. A rejeição de uma teoria não provém de sua comparação com os fatos; o cientista confronta o velho e o novo paradigma entre si e com a natureza. Fatos formam ou reforçam uma

⁵ Utiliza-se o conceito clássico de paradigma do autor Thomas Kuhn como: “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975. p. 13.

⁶ Sobre essa discussão, vide JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro: Imago Ltda, 1975.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 73.

crise, mas não derrubam por si só teorias, que sempre podem sobreviver à custa de arranjos locais.

Quando se dá a rejeição parcial ou total de um paradigma e o novo é aceito, a ciência entra num período de revolução. As revoluções científicas são súbitos episódios de renovação e desenvolvimento não cumulativo⁸.

Tem-se, portanto, atualmente um momento de transição paradigmática⁹; um momento de confronto entre o velho paradigma, marcado por uma racionalidade instrumental e uma pretensão de cientificidade neutra, segundo a qual o progresso tecnológico representaria a salvação para todos os males, e o novo paradigma, que vem sendo construído no nosso tempo, dentro de um referencial metodológico crítico, dialético e multidisciplinar e que tem a difícil missão de harmonizar desenvolvimento tecnológico, criação de novos empregos com a garantia de uma vida digna e de qualidade para a população mundial.

Este trabalho partilha desse pano de fundo de transição paradigmática para fazer a sua leitura da ciência do direito. O presente estudo, dentro de uma perspectiva crítica e multidisciplinar, vê também o direito inserido nessa ótica de mutação, tanto de seus referenciais metodológicos, quanto da sua própria razão de ser.

Na perspectiva metodológica, percebe-se uma forte tendência de superação da racionalidade instrumental positiva, pilar fundamental de sustentação da ciência jurídica tradicional. Segundo Antônio Carlos Wolkmer: “Os impasses e as insuficiências do atual paradigma da ciência jurídica tradicional entreabrem, lenta e constantemente, o horizonte para as mudanças e a construção de novos paradigmas, direcionados para uma perspectiva

⁸ ARAÚJO, Inês Lacerda. *Introdução à filosofia da ciência*. Curitiba: UFPR, 1993. p. 33-34.

⁹ No entendimento de Boaventura: “A transição paradigmática é um período histórico e uma mentalidade. É um período histórico que não se sabe bem quando começa e muito menos quando acaba. É uma mentalidade fracturada entre lealdades inconsistentes e aspirações desproporcionadas entre saudosismos anacrônicos e voluntarismos excessivos. Se, por um lado, as raízes ainda pesam, mas já não sustentam, por outro lado, as opções parecem infinitamente infinitas e nulas. A transição paradigmática é, assim, um ambiente de incerteza, de complexidade e de caos que se repercute nas estruturas e nas práticas sociais, nas instituições e nas ideologias, nas representações sociais e nas inteligibilidades, na vida vivida e na personalidade. E repercute-se muito particularmente, tanto nos dispositivos da regulação social, como nos dispositivos da emancipação social. Daí que, uma vez transpostos os umbrais da transição paradigmática, seja necessário reconstruir teoricamente uns e outros.” SANTOS, 2000, p. 257.

pluralista, flexível e interdisciplinar¹⁰.”

Ou seja, a Ciência Jurídica Tradicional, através do referencial epistemológico do positivismo¹¹, não consegue atender as novas demandas sociais, de dimensões coletivas globais (como é o caso da complexa questão socioambiental da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados), que ao romperem com a noção de sujeito de direito individual, com o conceito absoluto de direito de propriedade e com a concepção de relação jurídica eminentemente contratualista e patrimonialista, acabam por escapar do controle da lógica instrumental, formalista, individualista e de fonte estatal do Direito Positivo.

Nesse processo de construção de um novo paradigma jurídico, o direito passa a ter uma função que vai além da garantia das velhas liberdades individuais. Para que sejam assegurados os *novos direitos coletivos*, antigos dogmas jurídicos começam a ser reformulados. O Direito Privado, para além de garantidor de interesses egoísticos, passa ser visto também como instrumento de realização de Direitos Transindividuais¹². Institutos tradicionais como a propriedade, os contratos, as empresas, passam a ser condicionados à realização de uma função social. Os avanços econômicos e tecnológicos começam a receber condicionantes éticos e sociais, sob pena de comprometimento da própria existência humana na terra.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é, através da razão crítica, fazer uma leitura do processo de mudança paradigmática da ciência jurídica, como condição de garantia

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direitos. In: _____ (orgs). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básicas das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 03.

¹¹ Na concepção do positivismo Kelseniano: “A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo geral, não de uma ordem jurídica especial. [...] Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto se não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 01.

¹² Nesse sentido vide a Dissertação de Mestrado de SEVERI, Fabiana Cristina. *O princípio da autonomia privada contratual e os direitos transindividuais*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca.

e efetividade dos *novos direitos coletivos*, principalmente sob o enfoque de alguns institutos do direito ambiental local e global.

Conforme já constatado na análise da obra *O Ponto de Mutação*, o novo paradigma científico não opera mais com verdades seguras e absolutas. Sendo assim, não existem mais modelos teóricos prontos e acabados para atenderem as complexidades dos novos direitos de dimensão coletiva, que têm a titularidade difusa por toda a sociedade. Por conta disso, acredita-se, no presente trabalho, que somente através da recepção desses fatores decorrentes da mudança paradigmática da ciência jurídica pelo ensino jurídico¹³ e pela *práxis*¹⁴, é que há possibilidades de se falar em efetividade desses novos direitos.

Isto porque a ciência jurídica tradicional, calcada numa cultura eminentemente individualista e patrimonialista, organizou um sistema jurídico com princípios coerentes para relações individuais envolvendo interesses patrimoniais – a cada direito individual uma ação individual que só pode ser proposta pelo titular do direito. Esta lógica individualista e patrimonialista ruiu; ela não dá respostas para os novos direitos que são transindividuais e que dizem respeito a bens jurídicos que não se enquadram mais na noção patrimonialista tradicional. No entanto, essa lógica ainda se encontra muita arraigada no ensino e na prática jurídica dos nossos dias.

Por isso a importância de se adotar o viés metodológico da Teoria Crítica, numa perspectiva multidisciplinar e através do método dialético, como ferramenta para propor uma “des-construção do já dado para dar passagem ao novo¹⁵”. Tais precauções metodológicas serão objeto do Capítulo I do presente trabalho.

No Capítulo II serão feitas algumas propostas de alargamento do foco da Teoria

¹³ Sobre a questão do Ensino Jurídico veja-se a obra do Professor MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

¹⁴ Nesse sentido Inês Lacerda Araújo salienta: “A ciência não será, portanto, a produção teórica do conceito, mas um conhecimento da realidade concreta que é fruto de múltiplas determinações e que deverá iluminar e ser iluminado pela práxis, pela ação transformadora. Há uma dialética entre teoria e práxis”. ARAÚJO, 1993, p. 83.

¹⁵ Perspectiva de abordagem crítica sugerida por Enrique Dussel na sua obra *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 301.

Geral do Direito para que ela possa atender as complexidades dos novos direitos de dimensão coletiva. Nessa abordagem, que se situará no limiar entre a ciência do direito e a filosofia do direito, adotar-se-á um viés propedêutico no sentido de se sugerir uma nova leitura dos conceitos de sujeito de direito, propriedade e relação jurídica, sob uma perspectiva mais aberta, interdisciplinar e coletiva.

O Capítulo III, a partir de uma análise histórica das dimensões dos direitos fundamentais e da concepção de direitos difusos e coletivos, tem como propósito fazer uma leitura crítica a respeito da questão socioambiental, em específico sobre a questão que envolve a biodiversidade e o conhecimento tradicional associado, como um tema que por sua complexidade ao relacionar a importância dos saberes das comunidades tradicionais na preservação ambiental, clama por uma *mudança* teórica da ciência do direito e de seu método epistemológico, para que esses novos direitos sejam reconhecidos e efetivados. Nessa perspectiva, sem nunca perder de vista a preponderância do aspecto propedêutico do trabalho, buscar-se-á propor algumas alternativas para um maior reconhecimento e efetividade desses novos direitos de dimensão coletiva. No transcurso desse capítulo, serão tratadas como propostas algumas iniciativas legislativas e teóricas no sentido de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados e a relação dessas propostas com a necessidade de reconstrução, em termos coletivos, de categorias fundamentais da Teoria Geral do Direito.

Desse modo, o presente trabalho insere-se, sobretudo, na perspectiva de se trabalhar o reconhecimento e a efetividade dos *novos direitos de dimensões coletivas* de forma condicionada à transformação paradigmática da ciência jurídica¹⁶.

Nesse sentido, o trabalho tem uma proposta filosófica no sentido foucaultiano do termo: “Mas o que é filosofar hoje em dia – quero dizer, a atividade filosófica – senão o

¹⁶ Segundo José Eduardo Faria: “A ciência do direito somente tem condições de se desenvolver, num contexto fortemente marcado pelas contradições sociais, pelos paradoxos econômicos e pela natureza coletiva dos conflitos, assumindo consciente e crescentemente os riscos metodológicos.” FARIA, José Eduardo. *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília, UNB, 1988. p. 8.

trabalho crítico do pensamento sobre o próprio pensamento? Se não consistir em tentar saber de que maneira e até onde seria possível pensar diferentemente em vez de legitimar o que se sabe¹⁷?”. Proposta esta que se insere dentro de um objetivo maior de alargamento da Teoria Geral do Direito para que os *novos direitos* sejam recepcionados pelo ensino jurídico e retransmitidos para o agir prático dos operadores jurídicos. Uma proposta que por sua inerente amplitude e complexidade, está longe de ser esgotada pela dimensão de um trabalho de mestrado. Mas os primeiros passos precisam ser dados...

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 13.

CAPÍTULO I

REFERENCIAIS METODOLÓGICOS

1.1 Razão crítica¹⁸, método, objeto e os novos direitos

O mal ético-ontológico é descoberto pelo crítico quando o Sistema (luhmanniano), a Identidade (hegeliana), o Mundo (heideggeriano), o Mercado (de Hayek), a Consciência (do "Eu penso" moderno)... se “fecha” sobre si, não pode mais descobrir nem re-conhecer a alteridade e autonomia de suas vítimas. Em concreto, foi o mito da Modernidade como encobrimento do Outro. A totalidade tornou-se um sistema fechado, de morte, e caminha heróico (paranóico) para o suicídio coletivo, como os nibelungos diante de Átila, os nazistas derrotados diante dos Aliados, *a humanidade diante do problema ecológico* ou os governos latino-americanos diante da dívida externa “inventada” e impagável.

Enrique Dussel¹⁹

Enrique Dussel, na sua obra *Ética da Libertação, na Idade da Globalização e da Exclusão*, dentre os diversos temas abordados para a *fundamentação* de sua proposta de construção de uma Ética da Libertação, na segunda parte da sua obra, que é o ponto que interessa ao presente trabalho, coloca a razão crítica como imprescindível no processo de des-

¹⁸ Na análise de Nicolau Sevcenko: “A palavra ‘crítica’ deriva do verbo grego krínein, que significa ‘decidir’. Seu equivalente em latim é cernere, que, além de ‘decidir’, significa também, como é fácil perceber, ‘discernir’. Outras derivações gregas da palavra são: krités, que significa ‘juiz’; kritikós (que por sua vez deriva de krités), que se refere à pessoa capaz de elaborar juízos ou proceder a julgamentos, concluindo por uma decisão, ou seja, por uma avaliação judiciosa destinada a orientar as ações que dada comunidade deve empreender; outra óbvia derivação do mesmo termo grego é kritérion, que são os fundamentos relativos aos valores mais elevados de uma sociedade, em nome e em função dos quais os juízos e as críticas são feitos, os julgamentos são conduzidos e as decisões são tomadas. Daí se conclui que uma comunidade que perca sua capacidade crítica perde junto sua identidade, vê dissolver-se sua substância espiritual e extraviar-se seu destino.” SEVCENKO, Nicolau. *A corrida para o século XXI: no loop da montanha-russa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p 18-19.

¹⁹ DUSSEL, 2000, p. 305, grifos nossos.

construção das verdades *dadas* como certas e acabadas pelo paradigma racionalista e positivista da modernidade.

Segundo Dussel não existem sistemas perfeitos e acabados. Todo sistema, toda *totalidade vigente* gera vítimas, gera exclusão, gera negação de desejos e interesses e cabe à razão crítica transformar esta realidade de exclusão, para abrir espaços para que as vítimas tenham possibilidades para uma vida *autêntica*, digna e de qualidade, dentro de uma dimensão mais coletiva. A razão crítica tem a função *negativa* de contestar o que está dado para propor a sua superação. Nas palavras do próprio Dussel:

A crítica do sistema “unidimensional”, a crítica da “razão instrumental”, a crítica do positivismo, os ensaios críticos de estética e sobre a cultura de massas em diversos níveis e em especial a crítica do nazismo são aspectos de um mesmo problema: a opressão dominante e massificante da Totalidade vigente, da sociedade industrial liberal capitalista e burocratizada, da cultura da Modernidade em crise, que aniquila a possibilidade de uma vida autêntica do indivíduo e da criatividade transformadora²⁰.

É importante salientar como Dussel enfatiza as vítimas coletivas do sistema globalizado e de exclusão vigente, os dominados como:

[...] operário, índio, escravo africano ou explorado asiático do mundo colonial; como corporalidade feminina, raça não-branca, gerações futuras que sofrerão em sua corporalidade a destruição ecológica; como velhos sem destino na sociedade de consumo, crianças de rua abandonadas, imigrantes estrangeiros refugiados, etc²¹.

Além disso, o autor coloca toda a coletividade “(a humanidade) num caminho para um suicídio coletivo diante do atual problema ecológico.”

Desse modo, o presente trabalho parte da razão crítica para pensar o novo. Parte do referencial metodológico crítico para, questionando o que está posto, tentar abrir espaços para as vítimas coletivas do sistema, fundamentalmente as vítimas da degradação ambiental.

²⁰ DUSSEL, 2000, p. 333.

²¹ Ibid., p. 313.

Os problemas ambientais, que fazem parte do *novo*, produzem vítimas coletivas no âmbito local e global. O caráter difuso dos problemas ambientais produz *novos sujeitos* fragmentados por toda a coletividade, e esses *novos sujeitos* passam a reivindicar o reconhecimento e a efetividade de novos direitos,²² que possuem uma dimensão que escapa à lógica operacional da ciência jurídica tradicional.

Nesse sentido, adota-se o referencial da razão crítica, no presente trabalho, como uma linha metodológica mais ampla, conforme traçada na obra de Dussel²³, que não se limita aos confins dos dogmatismos e da análise das legislações positivadas para o tratamento do tema escolhido. Busca-se na razão crítica, forças para propor uma perspectiva de superação do tratamento das questões coletivas pela ciência do direito. Uma nova perspectiva engajada com

²² Para Dussel: “Os novos sujeitos surgem através da consciência de ‘novos direitos’, em nome dos quais (e aos olhos das vítimas ‘conscientizadas’) os direitos vigentes se tornam dominadores, ilegítimos. DUSSEL, 2000. p. 336.

²³ Também compartilhamos com o pensamento de outros autores que defendem e fazem uso do referencial metodológico da razão crítica, dentre outros, os ensinamentos de Michel Mialle: “Assim funciona o que eu chamo o pensamento crítico: ele merece este qualificativo neste sentido em que, suscitando o que não é visível, para explicar o visível, ele se recusa a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível. Ele sabe que a realidade está em movimento, quer dizer, que qualquer coisa para ser apreendida e analisada tem de ser no seu movimento interno; não se pode, pois, abusivamente reduzir o real a uma de suas manifestações, a uma das suas fases. Vê-se que campo se abre assim à análise a partir do momento em que ela tome este caminho. E, especialmente, nas ciências que se propõem fazer o estudo dos homens que vivem em sociedade. Com efeito, o pensamento crítico torna-se então a lógica de uma teoria científica. Diversamente das teorias científicas habituais que se reduzem a uma técnica de investigação das coisas – aplicar a inteligência ao melhor recenseamento possível nos fenômenos – a teoria crítica nas ciências sociais traz uma reflexão, ao mesmo tempo, sobre as condições de sua existência, sobre a sua situação no seio da vida social. Funciona, pois, não só por si mesma, mas definindo as suas relações com o contexto em que surge.” MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 22-23. Do pensamento de Boaventura de Souza Santos: “A realidade qualquer que seja o modo como é concebida é considerada pela teoria crítica como um campo de possibilidades e a tarefa da teoria consiste precisamente em definir e avaliar a natureza e o âmbito das alternativas ao que está empiricamente dado.” SANTOS, 2000. p. 23. Da obra do Professor Antônio Alberto Machado: “Na verdade a teoria jurídica crítica procura romper com o mito da neutralidade do direito, demonstrando-se que a interpretação e aplicação dogmática da lei, de forma supostamente neutra e equidistante dos conflitos sociais, nada mais é do que uma servil reprodução dos interesses de classes superiores, do ponto de vista socioeconômico, previamente consolidados na norma jurídica.” MACHADO, 1999, p. 66. Da obra da Bárbara Freitag: “A teoria crítica procura integrar um dado novo no corpo teórico já elaborado, relacionando-o sempre com o conhecimento que já se tem do homem e da natureza naquele momento histórico.” FREITAG, Bárbara. *A teoria crítica ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 39. Da obra do Professor Antônio Carlos Wolkmer: “A transposição e edificação de outro paradigma no âmbito do Direito representa também a substituição e a construção de um novo conceito de racionalidade. O modelo tradicional de racionalidade tecnoformal é suplantado pelo modelo crítico-interdisciplinar da racionalidade emancipatória.” WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 03. Bem como também deve ser destacada a dissertação de mestrado de Sérgio Said Staut Júnior: “Assim, o momento crítico é o que contesta a ‘normalidade’ do sistema, denuncia o que é entendido como natural e legítimo, põe ‘em xeque’ as verdades absolutas criadas, demonstrando ‘a dupla face de toda instituição’”. STAUT JR., Sérgio Said. *Percurso e crise dos direitos autorais: uma leitura crítica da expressão patrimonial e do conteúdo moral*. Curitiba: UFPR, 2002. p. 9.

um ensino jurídico mais crítico, que possibilite uma percepção multidisciplinar dos fenômenos jurídicos e que, sem pretensão de completude e exatidão (valores tão caros à ciência jurídica tradicional), busca a reformulação de conceitos como de sujeito de direito, do direito de propriedade e de relação jurídica dentro de uma dimensão menos abstrata e mais real – de acordo com as complexidades do nosso tempo.

Daí a importância do método dialético na construção dessa análise crítica dos novos direitos coletivos, para que dentro de um processo de renovação do Direito *as vítimas coletivas* da degradação socioambiental possam ter maiores possibilidades de uma vida mais digna, autêntica e com qualidade. Para Agostinho Ramalho Marques Neto:

A dialética estuda o Direito dentro do processo histórico em que ele surge e se transforma, e não a partir de concepções metafísicas formuladas a priori. Assim, o que interessa é um direito real, concreto, histórico, visceralmente comprometido com as condições efetivas do espaço-tempo social, que constituem a medida por excelência de sua eficácia; e não um direito estático, conservador, reacionário, voltado para o passado, óbice ao invés de propulsor de desenvolvimento social, que prefira enclausurar-se em seus próprios dogmas a abrir-se a uma crítica fecunda que o renove e dê vida²⁴.

Vê-se, portanto, que o método dialético, ao considerar que os fatos não devem ser apreendidos como prontos e acabados ao observador, mas sim na luta em que os elementos contrários tentam realizar a superação, enfatiza a característica de síntese provisória do método que tende sempre a se aproximar de uma realidade material e histórica, que vai contra a concepção formal, neutra e abstrata adotada pelo referencial metodológico da ciência jurídica tradicional.

Em outros termos, a adoção do método dialético implica em deixar de lado uma visão eminentemente formal, instrumental, individualista e pretensamente objetiva no estudo

²⁴ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 131.

do direito. Significa, isto sim, considerar o direito²⁵ como uma instância ideológica, inserido num mundo marcado por fortes contradições sociais, onde o seu estudo e a sua *práxis* devem buscar captar sua dimensão real sem desprezar suas contradições, abrindo-se para as transformações e superações que o próprio ato de conhecer engendra.

Essa busca da realidade material pela teoria do direito²⁶, através do método dialético, implica também numa reflexão crítica ao estudo linear da história do direito. A concepção do direito como um produto histórico, provisório e que se encontra em permanente transformação traz como condicionante metodológico para qualquer pesquisa jurídica, um estudo honesto e adequado às complexidades da história do direito. Segundo o historiador do direito Ricardo Marcelo Fonseca:

[...] o estudo linear da história do direito, (que amontoa tudo o que já passou numa superposição harmônica e coerente de institutos jurídicos através do tempo) acaba impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha, ao mesmo tempo em que lança sobre a época pretérita as questões, preocupações, valorações e ansiedades que pertencem ao presente [...]²⁷.

Conforme conclui Ricardo Marcelo Fonseca, qualquer estudo teórico somente pode ser efetivado a partir de sua inserção num dado tempo:

Pode-se ver a história não apenas como uma introdução ao estudo ou análise que, após ser utilizada sem critério, não será retomada em nenhum outro momento posterior da pesquisa: a história pode (e deve) atravessar o próprio estudo,

²⁵ “O Direito não pode ser analisado como um mero sistema de normas estanque, atemporal, que à distância preserva as condições de existência do homem em sociedade. O Direito faz parte de uma realidade social, e como tal, para além do texto normativo, deve ser compreendido como um fenômeno que é decorrente de uma certa cultura, que tem uma história, e que está inserido num determinado contexto político-econômico.” FREIRIA, Rafael Costa. *Direito Internacional e Biodiversidade: limites e possibilidades para os contratos internacionais de bioprospecção*, In: FIORATI, Jete Jane; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. Barueri/SP: Manole, 2003. p. 145.

²⁶ Para Luiz Fernando Coelho: “A Teoria do Direito lida com um fenômeno rotulado de ‘jurídico’, mas lida também e sobretudo com o social, o legítimo, o justo; e lida, no plano da experiência profissional, com normas, relações, contratos. A noção de categoria crítica impõe destarte a escolha de um ponto de vista que possibilite ao jurista construir sua realidade, antes que interpretá-la; e construí-la mediante a participação consciente de seu próprio ser que se apresenta como social.” COELHO, Luis Fernando. *Teoria crítica do direito*. 2.ed.. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 58.

²⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. Gênese: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 17, jul./set..2000. p. 572.

constituindo o seu cerne metodológico. A análise dos institutos, conceitos ou teorias somente pode ser efetivada a partir de sua inserção num dado tempo, considerando todos os condicionantes sociais, econômicos, políticos, mentais, etc., que os circundam, delimitam e os condicionam²⁸.

Por conta disso, o presente estudo traz a cautela metodológica de encarar o direito não como um produto histórico linear que através dos tempos, baseado na noção de progresso, atingiria sua forma mais evoluída. O presente trabalho procura evitar o estudo do componente histórico do direito como uma *superposição harmônica e coerente de institutos jurídicos através do tempo*. O processo histórico do direito é um processo complexo, difuso, no qual os inúmeros institutos jurídicos atuais não podem buscar precedentes históricos lógicos e exatos em épocas onde tais institutos “pouco ou nada tinham em comum com o modo como eles são encarados no presente, numa verdadeira subversão de sentido que somente se presta para poder legitimar, pelo procedimento histórico, uma visão de mundo presente²⁹”.

Assim, o objeto de estudo da teoria do direito, dentro dessa perspectiva crítica, deve ser encarado como inserido num determinado tempo, e composto de forma complexa, além da dimensão normativa, também pelas dimensões sociais, políticas, culturais e éticas que fazem parte desse determinado momento histórico.

Vive-se numa época marcada pelo significativo e constante aumento das demandas coletivas. Principalmente a partir da segunda metade do século XX, tem-se visto a emergência de conflitos envolvendo questões que rompem fronteiras e dizem respeito a toda a coletividade. Controle de desmatamentos, mudanças climáticas, necessidade de proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado a ela, elaboração de formas de desenvolvimento sustentável, destinação do lixo mundial, busca de uma melhor qualidade de vida são apenas alguns exemplos de questões que envolvem interesses difusos e globalmente espalhados por toda a sociedade.

²⁸ FONSECA, 2000, p. 574.

²⁹ Ibid., p. 572.

Trata-se de um contexto emergente que busca novas respostas no direito. Respostas que não mais são dadas pela ciência jurídica tradicional que considerava como *direito* somente aquele vinculado a um sujeito individualmente considerado. Respostas que também não encontram respaldo na noção tradicional de relação jurídica que não consegue mais comportar a complexidade dos novos direitos coletivos. Enfim, respostas que não são mais encontradas de forma lógica e dedutiva nos institutos jurídicos do passado.

Tem-se, portanto, o direito inserido num momento histórico de grande complexidade, inerente aos tempos atuais de globalização das relações, no qual a ciência do direito tradicional, isolada e com sua matriz metodológica positivista e individualista encontra-se em crise.

Desse modo, na perspectiva de uma razão crítica que possibilite a superação do momento de crise ciência jurídica tradicional é imprescindível que, dialeticamente, o direito dialogue e confronte seus métodos com outras ciências. Em outros termos, a compreensão dos novos fenômenos jurídicos de dimensão coletiva global, entre eles a questão ambiental da biodiversidade, devem levar em consideração a importante contribuição de outros saberes, como por exemplo, a Filosofia, a História, a Psicologia, a Sociologia e a Biologia. Somente a leitura *multi, inter e transdisciplinar* do fenômeno jurídico³⁰, que leve em conta a contribuição de outros campos do conhecimento, é que pode oferecer soluções às imperfeições e atrasos da ciência jurídica tradicional e a conseqüente possibilidade de uma vida mais digna, autêntica e com qualidade para as *vítimas coletivas* da nossa sociedade atual, mesmo que para isso tal

³⁰ Sobre a questão é importante fazer menção ao comentário do Professor Antônio Alberto Machado que sustenta que: “[...] o objeto do conhecimento, cada vez mais, precisa ser abordado com uma multiplicidade de métodos, concatenados entre si, num verdadeiro câmbio transdisciplinar.” MACHADO, 1999, p. 56. Bem como das lições de Jean-Louis Bergel: “[...] para explicar e resolver as aspirações e relações sociais, o direito não pode ficar afastado das outras disciplinas sociais, da filosofia, da história, da sociologia, da economia, da antropologia, da política etc., ainda que alguns autores, como H. Kelsen, preguem uma *teoria pura do direito* depurada de toda ideologia política e de todos os elementos dependentes da ciência.” BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 23.

leitura tenha que correr os riscos metodológicos e as críticas que só correm aqueles que ousam tentar despertar o Direito do *sono dogmático* em que há séculos ele está mergulhado³¹.

³¹ MARQUES NETO, 2001, p. 13.

CAPÍTULO II

SUJEITO DE DIREITO, PROPRIEDADE E RELAÇÃO JURÍDICA: DO DISCURSO TRADICIONAL PARA UMA LEITURA CRÍTICA

2.1 O sujeito de direito

2.1.1 Breves considerações históricas e filosóficas sobre a construção da noção de sujeito moderno

A subjetividade é um advento histórico. Condições históricas determinadas, numa época determinada, fazem com que apareça lentamente a idéia da subjetividade, ao mesmo tempo em que essa também vai moldando os novos tempos, numa operação complexa e não linear. Assim é a história: complexa, não linear nem homogênea. E é no bojo do advento histórico que se denomina modernidade que aparece a subjetividade, como eixo central.

Ricardo Marcelo Fonseca ³²

A proposta crítica de alargamento da Teoria Geral do Direito para que os novos direitos de dimensão coletiva sejam reconhecidos e efetivados, implica numa releitura histórica da construção da noção moderna de sujeito de direito, recepcionada pela ciência jurídica tradicional, para que possam ser diagnosticados os fracassos e as inadequações desse instituto frente às complexidades dos tempos atuais.

Em outros termos, para que possam ser sugeridas alternativas teóricas e práticas à crise da noção de sujeito de direito individualista, egoística, construída no advento da modernidade, que não mais comporta as demandas coletivas do nosso tempo, é necessária

³² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: Ltr, 2002. p. 25.

uma análise, ainda que breve³³, dos condicionantes históricos e filosóficos que circundam, delimitam e condicionam o surgimento da noção de sujeito de direito.

Como alguns dos pilares históricos da modernidade e do advento do surgimento do sujeito para o direito, que não comportam exatidão de datas e nem uma análise linear, mas podem ser delimitados como ocorridos no século XV e sobretudo no século XVI, podem ser mencionados a formação dos Estados Modernos, a

[...] emergência das cidades (e o nascimento dos conceitos políticos modernos), a reforma religiosa (e a crescente liberação da individualidade religiosa a partir daí), as inovações técnicas que impulsionaram a expansão ultramarina européia e o descobrimento da América (que corresponde ao próprio descobrimento do homem por si mesmo³⁴, e a afirmação da ciência moderna (calcada no experimentalismo e na radical separação entre natureza e observador, entre sujeito e objeto)³⁵.

Um contexto histórico que denota o surgimento de um sujeito (*moderno*) dominador da natureza e possuidor de um conhecimento laico sobre ela e sobre si mesmo. O surgimento de um sujeito que busca conhecer o mundo da mesma forma que busca conhecer a si mesmo. O surgimento de um sujeito racional que busca, a partir do seu afastamento da natureza, dominá-la como um *objeto* a ser cada vez mais usufruído e explorado. Em suma, o surgimento de um sujeito que busca cada vez mais a *apropriação* da natureza para poder se tornar um sujeito proprietário.

³³ Cabe ressaltar que o presente trabalho não tem a pretensão de enfrentar toda a construção histórica da noção de sujeito de direito. Nesse sentido, serão seguidos precisamente os passos da obra do historiador do direito Ricardo Marcelo Fonseca, *Modernidade e Contrato de Trabalho: Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*, já citada anteriormente.

³⁴ “Como se vê, esse momento das grandes navegações e da conquista ultramarina representou um enorme passo à auto-afirmação do homem, pois ao descobrir o mundo novo ele também descobria a si mesmo, fundava a filosofia da autoconsciência, ou seja, coloca-se no lugar do ser ‘unicamente pensado, no lugar de Deus, do ser supremo e último de toda filosofia escolástica, o ser pensante, o Eu, o espírito autoconsciente.” NOVAES, Adauto. *Experiência e destino*. In: NOVAES, Adauto (org.). *A descoberta do homem e do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 8/11.

³⁵ FONSECA, 2002, p. 50 e ss.

É com base nesse contexto histórico³⁶, que deve ser analisado o discurso filosófico da modernidade que moldou a noção de sujeito de direito, que posteriormente passou a ocupar o centro de toda a dogmática jurídica tradicional.

Nesse sentido, é importante destacar contribuições do jusnaturalismo moderno na construção da figura do sujeito de direito. Há que se ressaltar que ao se falar na corrente do pensamento jurídico do jusnaturalismo moderno (ou jusracionalismo), deve-se levar em conta todos os condicionantes históricos mencionados acima, que afastaram o fundamento do direito da ordem divina (que era a concepção do Direito Natural na Idade Média³⁷) e o colocaram na razão humana³⁸.

Dentro desse estofo histórico, é importante mencionar a contribuição da obra de Francisco Suárez (1548-1617):

[...] é ele que dá as bases para uma definição daquilo que seria um conceito muito familiar aos juristas, que é o conceito de direito subjetivo, Suárez faz isso ao atribuir dois usos diferentes à palavra *ius* (o *ius dominativum*, que seria algo próximo do nosso direito subjetivo, e o *ius praeceptivum*, ou *lex*, próximo de nosso direito objetivo)³⁹.

Desse modo, tem-se um momento histórico diferenciado no qual começa a ser traçado aquele que passaria a ser um dos institutos mais importantes da Ciência Jurídica

³⁶ Toma-se aqui a ressalva metodológica de José Reinaldo Lima Lopes com relação às fases históricas anteriores à modernidade no que se refere à análise do sujeito: “A digressão histórica não pode ser confundida com a inexistência do processo de apropriação em fases históricas anteriores à modernidade. Nosso objetivo aqui é apenas constatar que o conceito de direito subjetivo como fundamento da ordem jurídica tem uma formulação própria na modernidade. Além disso, que a propriedade, como exclusão de todos os outros direitos sociais sobre a coisa, ou ainda de todos os outros direitos sobre a coisa como simples derivados da propriedade é moderna.” LOPES, José Reinaldo Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais*. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 123.

³⁷ O direito, na Idade Média, era compreendido como um conjunto de normas eternas, superiores, imutáveis e reveladas por Deus.

³⁸ Adota-se nesse contexto a concepção do Professor Ylves José de Miranda Guimarães: “Se a expressão ‘Direito Natural’ não é unívoca, adotamo-la no sentido de disciplinar uma ordem objetiva, fundada na lei natural – faz o bem, evita o mal -, imutável e descoberta, sem maiores esforços, tão só pela razão [...]”. GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Direito natural: visão metafísica e antropológica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 4.

³⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 184.

Tradicional: a noção de direito subjetivo, que de forma vinculada a um sujeito individualmente constituído, dá ensejo a construção de outros importantes institutos jurídicos como, por exemplo, as relações jurídicas, as obrigações, a noção de propriedade. Nas precisas palavras de Fonseca:

É importante nesse passo ressaltar esse momento histórico preciso, que é o momento de elaboração do conceito de direito subjetivo. Tal conceito – que nos parece natural a tal ponto que é difícil acreditar que tenha tido um começo, já que hoje aparece como uma figura indispensável na dogmática jurídica – “nem sempre fez parte do arsenal teórico dos juristas”, sendo construído pouco a pouco até atingir sua fase de perfeição com os jusracionalistas. De fato, os direitos subjetivos começam a aparecer como sendo atribuídos pela natureza a cada homem, dando livre curso aos seus impulsos racionais, estando, portanto, ligados à personalidade, à sua defesa, à sua manutenção e ao seu desenvolvimento⁴⁰.

Hugo Grotius (1583-1645), jusracionalista holandês, grande precursor do processo de libertação do Direito Natural do seu conteúdo teológico, também traz grande contribuição na construção do conceito moderno de direito subjetivo: desenvolvendo a noção de direito subjetivo enquanto faculdade de agir do indivíduo e como atributo ligado ao sujeito, fazendo com que o direito se ligue definitivamente à pessoa, possibilitando-a ter ou fazer alguma coisa legalmente. Vê-se, portanto, a concepção de um sujeito individualizado, racionalmente capaz de agir e possuir de acordo com as faculdades jurídicas que lhe são atribuídas. Grotius, em síntese, associa como atributos do direito subjetivo a individualidade, a racionalidade e a universalidade, pois, para o autor, a razão que rege o direito deve ser universalmente válida.

Na trajetória filosófica de construção da noção de sujeito de direito moderno, é de fundamental importância a análise do pensamento de *René Descartes (1596-1650)*, usualmente considerado como fundador da ciência moderna. Por ter estabelecido um método

⁴⁰ FONSECA, 2002, p. 52.

de grande rigor científico (fundado no rigor matemático⁴¹) para a busca de verdade e por estabelecer o primado da razão como forma de se chegar ao conhecimento da verdade, o pensamento cartesiano acaba por se tornar o grande pilar da ciência moderna.

Por outro lado, o método cartesiano ao separar, de forma incomunicável, o sujeito do objeto, o homem da natureza, e pregar um método de rigor matemático para se chegar ao conhecimento da verdade, acaba também sendo identificado como o mais representativo da crise do paradigma moderno⁴².

De todo modo, o método cartesiano foi de singular importância na formação do sujeito moderno. O ponto central do método cartesiano é a dúvida: todo o conhecimento tradicional, as impressões de seus sentidos, as idéias mais claras devem ser submetidas à dúvida. Chega-se, então, a algo de que não se pode duvidar, a existência de si mesmo. Tudo pode ser colocado em dúvida, menos a existência do pensamento que duvida, do *Eu pensante*. Constatação sintetizada na sua célebre afirmação: “*Cogito, ergo sum*”, “Penso logo existo⁴³”.

Um *Eu pensante* que inaugura a filosofia moderna, com base numa razão pura, dissociada das experiências, que passa a ser o pilar fundamental de sustentação da construção do sujeito moderno, capaz de entender o mundo através da sua racionalidade.

Ao lado de Descartes, é importante também destacar o pensamento de *Emanuel Kant (1724-1804)* na formação da noção moderna de sujeito.

O “eu penso” de Kant não é anterior às experiências da consciência, mas é

⁴¹ Segundo Boaventura de Souza Santos: “A matemática fornece à ciência moderna, não só o instrumento privilegiado de análise, como também a lógica da investigação, e ainda o modelo de representação da própria estrutura da matéria.” SANTOS, 2000, p. 63.

⁴² Tanto é verdade que importantes obras mencionadas no item introdutório, como o Ponto de Mutação, de Fritjof Capra e a mais atual Crítica da Razão Indolente do Boaventura de Sousa Santos, identificam com maior ênfase no pensamento de Descartes as origens da crise atual do paradigma da modernidade. No entanto, deve ser ressaltado que a crise da modernidade não se limita à crise do método cartesiano; a crise da modernidade deve ser compreendida numa forma bem mais ampla, complexa e heterogênea, e pode ser sintetizada na descrença no poder absoluto da razão, no desprestígio do Estado e na frustração do ideal de que através do desenvolvimento científico e tecnológico e da dominação da natureza o homem atingiria o progresso e a felicidade.

⁴³ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 54. (Os Pensadores).

precisamente o que lhes dá unidade e não pode ser considerado independente delas. Como se pode perceber, o ato de conhecer está estreitamente vinculado às condições do conhecimento presentes no sujeito, e o real só é apreendido em relação ao sujeito do conhecimento⁴⁴.

A razão, para esse pensador, é a orientação da racionalidade prática, das formas de ação do sujeito que devem seguir uma lei moral, estabelecida segundo princípios universais e imutáveis que se impõe a todos os seres (imperativo categórico). Verifica-se, portanto, no pensamento de Kant um acréscimo das experiências da consciência no ato de conhecer do sujeito (a lei moral condicionando a ação do sujeito).

Juntamente com Descartes e Kant, outro importante filósofo que contribui para a construção da subjetividade moderna é *Georg Wilhlm Friedrich Hegel (1770-1831)*. Segundo Hegel a racionalidade é uma conquista histórica decorrente dos grandes conflitos filosóficos através dos tempos.

Para Hegel, o princípio do mundo moderno permite ao sujeito orientar sua consciência e a sua ação a partir de suas próprias convicções. A liberdade subjetiva, centrada na autonomia da vontade e que consiste, em suma, no assentimento do indivíduo em reconhecer como tendo valor apenas aquilo que a vontade julga bom para si, tem correlação direta com a marca essencial da modernidade, que é a convicção que cada indivíduo possui de aderir somente àquilo que foi justificado pelo seu pensamento e pela sua vontade livre.

O pensamento de Hegel agrega ao sujeito a noção de autonomia da vontade para o seu agir racional. O filósofo eleva a noção de sujeito ao seu ápice na modernidade. Ao definir a liberdade subjetiva como centrada na autonomia da vontade, Hegel define as bases do individualismo moderno, colocando o sujeito definitivamente no centro do mundo, tornando-o, individualmente, capacitado para usufruir todas as prerrogativas e faculdades jurídicas. Um sujeito que surge como a própria razão de ser da modernidade e que influenciará sobremaneira todas as construções teóricas da dogmática jurídica tradicional.

⁴⁴ FONSECA, 2002., p. 62.

Desse modo, buscou-se através de uma releitura histórica e filosófica, ainda que breve, da formação do sujeito moderno, preparar um terreno que dê condições de compreender a origem da noção de sujeito de direito adotada pela dogmática jurídica tradicional, ao mesmo tempo em que possibilite enxergar a crise desse sujeito individualista e *autônomo* frente a uma nova realidade socioambiental mundial que clama por uma *coletivização* do sujeito e por mudanças na forma desse sujeito se relacionar com a natureza em suas diversas manifestações.

2.1.2 A dogmática jurídica tradicional e a noção de sujeito de direito

Distintos, embora, quanto à sua natureza específica, o direito objetivo e o direito subjetivo, contudo, se juntam, formam uma unidade, que é a do próprio direito, em razão do fim que ambos tendem a realizar, qual seja a disciplina e o desenvolvimento da convivência, ou da ordem social, mediante a coexistência harmônica dos poderes de ação que às pessoas, desse modo, são reconhecidos, conferidos e assegurados.

Vicente Ráo⁴⁵

Com base no breve pano de fundo histórico e filosófico traçado no item anterior, sobre alguns pensamentos que resultaram na noção de sujeito para a modernidade, cabe nesse momento identificar as continuidades e os usos dessa noção moderna de sujeito no discurso da dogmática jurídica tradicional que culminaram com a noção clássica de sujeito de direito individualista. Para essa missão serão analisados alguns manuais clássicos da ciência jurídica tradicional que trazem a noção de sujeito de direito (identificada no conceito de direito subjetivo⁴⁶), diretamente influenciada pelos ideais do paradigma da modernidade, para que seja possibilitado, num segundo momento do presente trabalho, a discussão das imperfeições desse sujeito de direito moderno frente às contingências atuais, marcadamente no que se

⁴⁵ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1961. v. 2, p. 07.

⁴⁶ Cabe aqui ressaltar que segundo o jurista Goffredo da Silva Telles, na sua obra clássica, *Introdução à Ciência do Direito*: “O titular do direito subjetivo, ou seja, aquele que é dono da faculdade jurídica, chama-se sujeito de direito.” TELLES, Godoffredo da Silva. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1957. p. 183.

refere à relação desse sujeito com a biodiversidade.

Antes de adentrar na análise das teorias explicativas do direito subjetivo, deve-se fazer menção às *teorias negativistas* do direito subjetivo. Dentre os teóricos que negam a existência de um direito subjetivo são referências *Kelsen e Duguit*.

Para Kelsen:

A essência do direito subjetivo no sentido técnico específico, direito subjetivo esse característico do direito privado, reside pois, no fato de um ordem jurídica conferir a um indivíduo [...] o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever, quer dizer, de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever⁴⁷.

Em breve síntese, para Kelsen não há que se falar em direito subjetivo, mas sim de uma relação do sujeito com um sistema de normas, do qual resultam deveres (de fazer ou não fazer) controlados por meio de sanções. Para Kelsen, a Teoria do Direito deve enxergar sempre e somente a norma, não fazendo sentido a existência de uma noção de direito subjetivo dissociada da noção de dever legal.

Já Duguit nega o direito subjetivo afirmando só haver a existência do direito objetivo. Para ele, qualquer que seja o ponto de vista em que se coloque, a idéia do direito subjetivo é uma noção metafísica. Segundo o próprio autor:

[...] nunca se demonstrou nem se poderá fazê-lo nunca humanamente a passagem do direito subjetivo para o direito objetivo; e como, de outro lado, é impossível admitir a anterioridade do direito subjetivo sobre o direito objetivo, o direito subjetivo é uma quimera. Não existe, pois, o direito subjetivo⁴⁸.

Para Duguit todo mundo estaria submetido somente ao direito objetivo, destinado a reger toda e qualquer relação.

⁴⁷ KELSEN, 1996, p. 153.

⁴⁸ DUGUIT. *Traité de droit constitutionnel*. 1927 apud LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil (introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos)*. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. v. I. p. 236.

A crítica feita pela dogmática jurídica tradicional a essas correntes é que ao negarem a existência do direito subjetivo, elas “não conseguem abstrair a existência de um aspecto individual do jurídico, que será o substituto do direito subjetivo ou compreenderá a denominada ‘situação jurídica’, já que a existência da norma em si, ou do direito objetivo só, conduz a existência de deveres exclusivamente⁴⁹”.

Dentre os partidários do direito subjetivo, em regra, são destacadas, pela doutrina clássica, três correntes teóricas:

A primeira corrente é denominada Teoria da Vontade ou Escola Psicológica (1). Concebida por Windscheid, compreende essencialmente o direito subjetivo em função do elemento volitivo – o direito subjetivo seria o poder da vontade (ação) do sujeito amparado pela ordem jurídica. Para Windscheid, “O direito objetivo estatui, então, uma conduta, e a vontade pode expandir-se dentro dos limites traçados. Precisamente porque a faculdade de ação obedece ao impulso da vontade, esta é o fundamento ou o elemento essencial do direito subjetivo⁵⁰.”

Como crítica à Teoria da Vontade surge a segunda corrente: a Teoria do Interesse (2), formulada por Von Ihering. Sustenta Ihering que a concepção volitiva de direito subjetivo encontra obstáculo para os casos em que o sujeito de direito é louco ou menor, casos nos quais apesar desses sujeitos não terem *vontade* (para exercício do direito) têm direitos⁵¹. A solução proposta por Ihering coloca o direito subjetivo como um interesse juridicamente protegido. Ihering chega a essa conclusão através da conjugação de dois elementos: um substancial, no qual reside o fim prático do direito e que é a utilidade, a vantagem, ou no interesse assegurado pelo direito; o outro, formal, por via do qual se efetiva o primeiro, a proteção jurídica do direito, a ação na justiça.

⁴⁹ Sobre o tema ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. I. p. 23.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 24.

⁵¹ Cabe ressaltar que a crítica de Ihering, segundo a dogmática jurídica, encontra solução no instituto da representação.

As críticas à Teoria do Interesse, segundo as palavras do eminente jurista Miguel Maria de Serpa Lopes, seriam no sentido de que: “O gozo domina a vontade; mas, onde quer que a lei não haja estrita e definitivamente regulado a maneira pela qual o direito deva servir ao seu titular, é a vontade que traça a direção do direito⁵².” Ou seja, o poder de ação abstrato é incompleto, o direito subjetivo, para a dogmática clássica, precisaria do elemento volitivo para atingir sua finalidade prática.

No sentido de solucionar as críticas às Teorias da Vontade e do Interesse, surge a terceira corrente explicativa dos direitos subjetivos: a Teorias Mista (3), que como não poderia ser diferente, compartilha das noções de vontade e interesse na construção conceitual dos direitos subjetivos. Dentre os expoentes dessa corrente podem ser elencados Jellinek, Michoud, Ferrara, Saleilles e Ruggiero. Para essa corrente, o direito objetivo prevê uma conduta da qual resulta uma faculdade de agir, atribuída a um sujeito, individualmente constituído, que pode exercer seu poder de vontade para uma finalidade específica e concreta, desde que esta vontade esteja em conformidade com a ordem jurídica. O interesse seria, então, manifestado pela vontade e instrumentalizado pela norma legal. Nas palavras de Ruggiero: “A fórmula que os conjuga, poderá dizer que o direito subjetivo é um poder da vontade, para a satisfação dos interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica⁵³.”

Em rápida síntese, pode-se dizer que da análise de todos esses aportes teóricos, chega-se à noção de um direito subjetivo que consiste no *poder* de vontade (autonomia da vontade individualizada) que está à disposição de seu titular (sujeito de direito individual), para a satisfação de seus interesses egoísticos, em conformidade com as determinações legais. Noção essa que traz a influência dos valores modernos (sujeito, autonomia da vontade, poder, interesse, individualidade) analisados anteriormente e que tiveram forte influência em toda a produção teórica da ciência jurídica tradicional dos últimos tempos. Noção essa que se

⁵² LOPES, 1960, v. I p. 231-232.

⁵³ RUGGIERO; MAROI, *Istituizioni*, I apud PEREIRA, 1987, p. 26.

encontra em crise assim como todo o paradigma da modernidade.

2.1.3 Os usos da noção moderna de sujeito de direito e perspectivas para a construção de um novo sujeito coletivo

[...] cada vez que se fala em direito, há que se buscar, para a lógica do sistema, um titular, uma pessoa, um sujeito de direitos, individual, ainda que seja uma ficção. De outro lado é necessário que se tenha um bem, uma coisa, um objeto que componha esse patrimônio individual.

Carlos Frederico Marés⁵⁴

Feito todo o trajeto teórico da construção clássica da noção de direito subjetivo, mostrando a forte implicação das características do sujeito moderno nessa construção, cabe aqui fazer alguns apontamentos de como os principais manuais de direito, em edições mais antigas, foram influenciados por essas noções típicas do paradigma da modernidade, no desenvolvimento de seus principais conceitos jurídicos relacionados à questão do sujeito de direito.

Para Orlando Gomes,

A situação subjetiva é individual, porque significa o exercício, pelo indivíduo, do poder que a lei confere em termos gerais; é a personalização de uma situação impessoal. Temporária, porque se esgota no exercício do poder, extinguindo-se. Inalterável pela lei, porque o conteúdo do poder individual permanece como zona intangível, mesmo quando poderes gerais são atingidos por modificações das disposições legais⁵⁵.

Na concepção do civilista Orlando Gomes, nota-se o forte traço individualista e legalista da noção de direito subjetivo: uma situação individual na qual o poder de vontade pode ser exercido nos limites estabelecidos pela lei. Uma noção que se enquadra perfeitamente nas relações patrimoniais clássicas, onde o indivíduo exercerá este poder para

⁵⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia. (orgs). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 311.

⁵⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 111.

assegurar, por exemplo, a posse, o gozo e o exercício de um objeto patrimonial seu (sua propriedade). No entanto, essa noção entra em crise quando confrontada com as questões ambientais, em que se tem vários sujeitos (o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos⁵⁶) e um objeto que não pode ser individualmente apropriado (natureza), mas deve sim ser fruído de forma coletiva.

As mesmas características e problemas do conceito de Orlando Gomes, podem ser diagnosticadas também em obras mais antigas de outros autores tradicionais:

Washington de Barros Monteiro, coloca que “Direito subjetivo é poder. São as prerrogativas de que uma pessoa é titular, no sentido de obter certo efeito jurídico, em virtude da regra de direito⁵⁷.” Verifica-se, portanto, a mesma ênfase nas perspectivas individualista e legalista da noção de direito subjetivo de tal conceito.

Para Caio Mário da Silva Pereira, “Sujeito do direito é o homem destinatário da norma jurídica⁵⁸.” Constata-se, mais uma vez, a presença marcante do sujeito de direito individual e determinado, que também não se ajusta à natureza difusa das demandas socioambientais.

Maria Helena Diniz sustenta que “O direito subjetivo é sempre permissão que tem o ser humano de agir conforme o direito objetivo⁵⁹.” Enfatiza, portanto, também a autora o caráter individualista e legalista da noção de direito subjetivo sempre vinculada aos limites legais do direito objetivo (o conjunto de normas impostas aos comportamentos humanos).

Segundo Clóvis Bevilacqua, “Sujeito de direito é o ser, a que a ordem jurídica assegura o poder de agir contido no direito⁶⁰.” Muito presente nesse conceito a relação do

⁵⁶ Ver artigo 225 da Constituição Federal.

⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte geral. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1984. v. I. p. 4.

⁵⁸ PEREIRA, 1987, p. 23.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria geral do Direito Civil. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. I. p. 11.

⁶⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do Direito Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953. p. 64.

sujeito de direito individual (sujeito de direito é o ser), com um direito de ação também individual que só pode ser exercido pelo titular do direito (sujeito de direito que têm o poder de agir contido no direito). Noção essa que pode ser encontrada em normas processuais plenamente vigentes, como é o caso do artigo 6º do Código de Processo Civil⁶¹ brasileiro, que determina que “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Para Miguel Maria de Serpa Lopes, “Como um elemento de poder, o direito subjetivo exige um titular, uma pessoa que dele se encontre investido. Por outro lado esse poder reclama um objeto sobre o qual venha a recair a sua força vinculante⁶².” Além do caráter individualista, Serpa Lopes traz no seu conceito um dos elementos essenciais da noção clássica de direito subjetivo que é a questão do objeto. O objeto como o bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce o poder assegurado pela ordem legal. Para a dogmática jurídica tradicional não pode haver direito sem objeto, aceitar a falta do objeto seria aceitar a vontade atuando no vazio.

Aliada a noção de objeto, outro elemento essencial do direito subjetivo é a relação jurídica. Caio Mário da Silva Pereira entende que a relação jurídica

É o vínculo que impõe a submissão do objeto ao sujeito. Impõe a sujeição de um a outro. Mas não existe relação jurídica entre sujeito e o objeto. Somente entre pessoas é possível haver relações, somente entre sujeitos, nunca entre ser e a coisa. Esta subordina-se ao homem, que a domina⁶³.

Verifica-se, então, que são elementos fundamentais do conceito de direito subjetivo moderno, as noções de objeto e de relação jurídica. Noções que serão tratadas nos itens subseqüentes. Nesse item procurou-se enfatizar como que para a dogmática tradicional o sujeito de direito há de ser sempre uma pessoa individual, certa e determinada, para que possa

⁶¹ Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁶² LOPES, 1960, p. 239.

⁶³ PEREIRA, 1987, p. 31.

exercer seus direitos e inclusive ser responsabilizada por seus atos.

Em outros termos, constata-se como a dogmática tradicional encontra-se arraigada na noção individualizada e legalista de direito subjetivo, que teve grande importância na garantia e efetivação dos direitos individuais no paradigma da modernidade. E essa forte vinculação à perspectiva individualista do sujeito de direito trazida pela doutrina tradicional, não obstante os avanços dos mecanismos processuais de tutela coletiva (dos quais a ação civil pública é um grande exemplo⁶⁴), ainda influencia muito o ensino jurídico atual e, por conseguinte, a atuação dos operadores jurídicos.

Ou seja, ainda é muito comum a ocorrência de problemas na aferição da legitimidade para tutela de interesses difusos e coletivos, que são decorrentes dessa forte influência do sujeito de direito individualizado e da máxima processual de que o direito de ação só pode ser exercido pelo titular do direito.

Tais concepções precisam ser flexibilizadas e ampliadas pela ciência jurídica, para que as questões coletivas e difusas cheguem até os Tribunais e para que com isso ocorra o efetivo reconhecimento dos novos direitos de dimensão coletiva.

Em outras palavras, é preciso caminhar para a construção de um novo direito subjetivo coletivo e difuso, mais ágil e mais abrangente, que não é nem um direito subjetivo somente do poder público, nem do cidadão especialmente, mas de todos, enquanto sujeitos de direitos que pertencem a todos e a ninguém, a todos e a cada um, e que, além de serem representados pelo poder público e pelo próprio cidadão, também podem e devem ser representados pelos entes coletivos, quais sejam: as associações, as organizações não governamentais, os sindicatos, os partidos políticos, as comunidades tradicionais e os

⁶⁴ Importante instrumento de tutela coletiva, criado no ano de 1985 (com a publicação da Lei nº 7.347/85), com o fim de disciplinar e proteger o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor histórico, artístico, estético, cultural, turístico e paisagístico.

movimentos sociais⁶⁵.

Cabe ressaltar que a efetivação de um novo direito subjetivo difuso se faz necessária, sobretudo, tendo em vista as limitações e impotências do sujeito individual moderno, frente às situações complexas e fenômenos novos típicos da atual sociedade de massas e globalizada.

Ou seja, o sujeito como indivíduo singular é absolutamente incapaz de resistir às variadas formas de totalitarismo e dominação ideológica que são decorrentes de políticas internacionais e de projetos de desenvolvimento que são impostos ao país de cima para baixo, gerando resultados nefastos em todas as dimensões (social, cultural, ambiental, política e econômica) e para toda a coletividade. Além disso, o sujeito moderno individualizado, que tem no voto um limite e não um meio de participação no processo democrático, é incapaz de compreender, questionar e decidir acerca de questões tecnocráticas que precedem e condicionam as decisões políticas. Em outros termos, o sujeito como indivíduo singular, de forma isolada, é incapaz de fazer valer seus direitos individuais que dependem da prévia implementação de direitos coletivos e difusos.

Como se verá adiante, tomando-se como referência o direito ambiental, mais precisamente a relação da biodiversidade com os conhecimentos tradicionais associados, a efetivação de um novo direito subjetivo coletivo e difuso implica no reconhecimento de pretensões que ultrapassam o sujeito como indivíduo singular (pois dependem de práticas integradas do Estado, da sociedade civil, nas suas mais variadas formas, e da comunidade internacional). No entanto, quando esses direitos coletivos e difusos são reconhecidos, não deixam de transitar e satisfazer, de forma individual, os interesses de cada cidadão.

É preciso, portanto, que se compreenda a trama social na qual se desenvolve a vida cotidiana contemporânea dos novos sujeitos, para que a partir do reconhecimento e a

⁶⁵ Sobre o tema ver MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996 e ARAÚJO, Rosalina Correa de. *Direitos da natureza no Brasil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

efetivação da dimensão coletiva dos novos sujeitos de direitos, seja também dada a possibilidade de se fazer valer na sua plenitude os direitos individuais.

Em suma: nas complexas relações contemporâneas, que são representativas do paradigma da pós-modernidade, a efetiva realização dos direitos individuais, que deve ser vista de forma integrada e condicionada à possibilidade de se viver, com dignidade, num meio ambiente ecologicamente equilibrado e com uma sadia qualidade de vida, depende do reconhecimento dos novos direitos de dimensão coletiva.

O próximo passo do trabalho é fazer uma análise da relação do sujeito de direito moderno com o seu objeto central: a propriedade, e apontar perspectivas de superação.

2.2 A propriedade

2.2.1 Alguns aspectos históricos e filosóficos da propriedade moderna

[...] é com o advento da modernidade, do jusnaturalismo racionalista e da nova ordem burguesa que a propriedade vai se constituindo em categoria central do direito subjetivo.

José Reinaldo de Lima Lopes⁶⁶

Conforme já ressaltado em premissas metodológicas anteriores, o presente trabalho não tem a pretensão de fazer uma análise histórica-doutrinária completa dos institutos do sujeito de direito, da propriedade (objeto central do sujeito de direito moderno) e da relação jurídica. A proposta do presente estudo parte da análise desses institutos dentro do contexto de crise do paradigma da modernidade – conforme já afirmado, uma crise de método e de propósito. Uma crise que gera reflexos na ciência jurídica tradicional, que através de sua razão instrumental, neutra, estanque e positivista, já não consegue mais fornecer respostas às complexidades das demandas coletivas relacionadas a questões ambientais, especificamente,

⁶⁶ LOPES, 2002, p. 123.

para o presente estudo, para as demandas decorrentes das questões que envolvem a biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados.

Assim, após a análise da figura moderna do sujeito de direito, cabe agora fazer uma breve leitura sobre a concepção moderna de seu principal objeto: a propriedade – para que seja possível a posterior constatação dos seus momentos de crises e imperfeições frente os riscos socioambientais de nosso tempo.

Para se chegar ao conceito moderno de propriedade é preciso compreender o tratamento que era dispensado ao instituto na Idade Média. A propriedade moderna surge, numa trajetória histórica complexa, no advento da modernidade, em contraposição ao conceito medieval de que a propriedade era algo divino e que o homem, seu depositário, transmitia a mesma por sucessão às gerações futuras, assim como o poder político. Segundo os ensinamentos do Professor François Ost:

A propriedade comum da Idade Média encontra a sua origem no direito franco, em que o chefe de família é apenas o depositário de uma terra, a da exploração familiar, cuja propriedade pertence às gerações sucessoras. Uma concepção que é reforçada, por um lado, pela idéia cristã já evocada, segundo a qual Deus é o único e verdadeiro proprietário da terra, e, por outro, pela representação medieval do indivíduo, concebido dentro do grupo familiar e imerso numa ordem natural imutável⁶⁷.

O italiano Luciano Gruppi complementa a noção medieval da propriedade no seguinte sentido:

É interessante notar que, no Estado da Idade Média, transmitia-se pela herança quer a propriedade, quer o poder político: o rei transmitia para seus filhos a propriedade patrimonial do Estado e o poder; o latifundiário transmitia a terra, o marquês o marquesado, o conde o condado, isto é, todos os bens e todo o poder sobre esses bens, assim como também sobre os homens que viviam no condado e no marquesado⁶⁸.

O contratualista inglês *John Locke (1632-1704)* é, sem dúvida, o grande marco na

⁶⁷ OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 55.

⁶⁸ GRUPPI, Luciano. *Tudo Começou com Maquiavel: as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. Tradução Dario Canali. 12.ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 1980. p. 15.

construção do conceito moderno de propriedade. *Locke* sustenta a necessidade da ocorrência da separação do poder político da sociedade civil (inseparáveis na Idade Média). Para o pensador a separação das duas esferas é a base de um poder político autônomo capaz de garantir e tutelar o bem maior, ou seja, livre exercício do direito de propriedade. Para *Locke* a constituição de um Estado, através do contrato social, é a única maneira de garantir o direito de propriedade.

Segundo as lições de Luciano Gruppi:

Locke observa que o homem no seu estado natural está plenamente livre, mas sente a necessidade de colocar limites à sua própria liberdade. Por quê? A fim de garantir a sua propriedade. Até que os homens sejam completamente livres, existe entre eles uma luta que não garante a propriedade e, por conseguinte, tampouco uma liberdade durável⁶⁹.

Verifica-se, então, que este pensamento eleva a garantia da propriedade a instrumento indispensável à multiplicação das relações de mercado entre os homens. O Estado, constituído através do contrato social, passa a assegurar a liberdade dos homens e também a liberdade das propriedades que passam a ser passíveis de troca, venda e compra. Fica evidente a base burguesa e individualista dessa concepção⁷⁰.

O pensamento político de *Locke*, que justifica a finalidade principal da constituição do Estado como garantidor do exercício do direito de propriedade, acaba por influenciar as construções jurídicas advindas com a Revolução Francesa. A Revolução Francesa (1789) aplicou o golpe derradeiro ao regime da propriedade da Idade Média. Nesse contexto é elaborado o Código Napoleônico (Código Civil Francês de 1804) como garantidor

⁶⁹ GRUPPI, 1980, p. 13.

⁷⁰ Vale mencionar a ressalva de Carlos Frederico Marés a respeito do pensamento de John Locke: “Não se pode deixar de falar na propriedade em Locke sem estabelecer um relação muito estreita com o trabalho e a liberdade. Estas relações seriam importantíssimas para a economia política posterior, porque demonstram que a possibilidade de acumulação está diretamente relacionada com a possibilidade de adquirir, comprar, trabalho alheio. Como o trabalho gera legítima propriedade, se se compra trabalho alheio se está comprando legítima propriedade, dizia Locke.” SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Liberdade e outros direitos. In: NOVAES, Adauto. (org.). *O avesso da liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a. p. 270.

da concepção mais individualista e absoluta da propriedade, em oposição ao regime imobiliário da Idade Média. É o que se depreende de seu artigo 544 ao definir o direito de propriedade como: “o direito de usar e dispor das coisas da maneira a mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.”

Segundo os comentários do Professor Orlando Gomes, na sua obra *A crise do direito*:

Quando a propriedade se configurou como um direito de que seu titular poderia usar irrestrita e incondicionalmente (através do Código de Napoleão), estava-se, apenas, a opor formal contradita ao sistema feudal, ainda em câmara ardente. O objetivo precípua do legislador foi determinar que o proprietário não mais estaria na obrigação de prestar serviço ou pagar renda a alguns privilegiados, que poderíamos denominar superproprietários. A Revolução abolira os intoleráveis ônus e encargos que vinculavam a terra. A Revolução, numa palavra, libertara o solo. Era preciso evitar, a todo preço, que se reconstituísse a propriedade feudal⁷¹.

Nessa mesma linha, de criação de um direito absoluto de propriedade em oposição ao poder soberano⁷², bem como da garantia de uma propriedade livre para as relações de consumo, também foi elaborada em 1812 a Constituição Espanhola (Constituição de Cádiz), que disciplinava a propriedade, ao lado da liberdade, como as suas garantias mais importantes: “A Nação tem o dever de conservar e proteger, por meio de leis sábias e justas, a liberdade civil, a propriedade e os demais direitos legítimos de todos os indivíduos que a compõem⁷³”.

Da mesma forma, a Constituição Portuguesa de 1822, estabelecia que: “A Constituição Política da Nação Portuguesa tem por objeto manter a liberdade, segurança e propriedade de todos os portugueses.” E em seguida, no seu artigo 6º, estabelece que a

⁷¹ GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 117-118.

⁷² Para a Professora Maria Regina Pagetti Moran: “a tenaz defesa da amplitude dos poderes do proprietário, no Código Napoleônico, revela a sua mais profunda motivação: a vontade de criar um absoluto, a propriedade, em grau de limitar um outro absoluto, o poder soberano. E se compreende o liame instituído entre o exercício dos direitos políticos e a posição proprietária. MORAN, Maria Regina Pagetti. *Exclusão do condômino nocivo domínios em edifícios: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Direito Ltda, 1996. p.215-216.

⁷³ CONSTITUIÇÃO Espanhola apud SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 166.

propriedade é um direito sagrado e inviolável de se dispor à vontade de todos os bens.

Cabe dizer que por conta dessa concepção do direito de propriedade como algo individual, absoluto e inviolável, nesse período, toda e qualquer idéia de proteção à natureza fica sacrificada. Tem-se o ápice do sujeito de direito moderno que se afasta da natureza para poder possuí-la e dominá-la. Dentro da perspectiva do direito de propriedade tido como um direito absoluto, a natureza era vista apenas como um objeto de intensa exploração econômica. A inviolabilidade da propriedade impede o controle das questões ambientais e com isso os recursos naturais passam a ser devastados e explorados de forma cada vez mais ostensiva.

Só para se ter uma idéia, o relato histórico de François Ost mostra que:

Uma lei francesa de 4 de Setembro de 1791 determina que os bosques pertencentes a particulares deixarão de estar sujeitos aos agentes florestais, e cada proprietário será livre de os administrar e deles dispor no futuro, como lhe aprouver. Na mesma altura, são abolidos os domínios das águas e das florestas, enquanto que as florestas das comunidades eclesiásticas são vendidas como bens nacionais, em pequenos lotes, a compradores que se apressam a abater as árvores⁷⁴.

A dominação e exploração da natureza passam a ser as grandes metas do sujeito moderno. A propriedade moderna com a sua característica de abstração e absolutismo, o que a transforma em pura mercadoria⁷⁵, refuta toda e qualquer proteção do meio ambiente, resultando numa exploração sem precedentes dos recursos naturais globais. Mudanças climáticas cada vez mais bruscas, a corrosão da biodiversidade global (manifestada também pela corrosão dos conhecimentos sobre a diversidade biológica), a destruição da camada de ozônio, são apenas alguns resultados nefastos da proposta moderna de dominação descontrolada da natureza através do desenvolvimento tecnológico.

Nesse sentido, tem-se um momento histórico em que, fazendo alusão ao título da

⁷⁴ OST, 1997, p. 61.

⁷⁵ Segundo Ricardo Marcelo Fonseca: “A abstração do indivíduo pressupõe a abstração da propriedade, que agora, todavia, é transformada em pura mercadoria e passa a constituir a objetividade separada do indivíduo, até mesmo governando sua conduta segundo as leis do cálculo econômico.” FONSECA, 2002, p. 81.

obra de François Ost, a *Natureza encontra-se literalmente à margem da Lei*. Na verdade a Natureza encontra-se à margem de um direito individual, absoluto e concreto de propriedade, submetido à condição de objeto central do sujeito de direito moderno. Sendo que dentro dessa lógica do sistema moderno, o sujeito de direito deve ser sempre individual, capaz de usar, gozar e dispor o seu objeto, que se identifica na figura central da propriedade privada, absoluta, material, fechada, possuidora de uma dimensão econômica e imune de qualquer restrição ambiental.

2.2.2 A dogmática jurídica tradicional e a propriedade: da plenitude à função social

Acompanhar a trajetória do instituto da propriedade privada, principal direito do sistema, é exemplar: ela nasceu plena, com uma única exceção ditada pela própria lei, a possibilidade de o Estado desapropriar para um uso público essencial. Com o avanço do Direito Público são criadas as limitações administrativas e pouco depois é desenhado o conceito de função social da propriedade, que especializa os limites ao direito pleno, absoluto, como dizia o Código de Napoleão.

Carlos Frederico Marés⁷⁶

O caráter absoluto e pleno (no sentido de irrestrito) da propriedade moderna, consolidado pelo Código Napoleônico (1804), influenciou sobremaneira as codificações e as produções doutrinárias brasileiras do século XIX e de praticamente todo o século XX. A Constituição brasileira do Império, de 1824, na primeira parte do seu artigo 179, assegurava que “É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude.” Com base nessa concepção foram feitos vários trabalhos doutrinários.

A título de exemplo, menciona-se aqui a obra *Direito das Coisas*, publicada em 1877, de autoria de Lafayette Rodrigues Pereira. O autor conceitua o domínio “como o direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a causa corpórea,

⁷⁶ SOUZA FILHO, 2000, p. 173.

na substância, acidentes e acessórios⁷⁷”.

Comentando referida obra, a Professora Maria Regina Pagetti Moran aponta que Lafayette, sob a forte influência do Código de Napoleão, objetivava os seguintes resultados com o seu conceito de domínio:

1) que o domínio envolve a faculdade de gozar de todas as vantagens e utilidades que a coisa encerra, sob quaisquer relações; 2) que é ilimitado e como tal inclui em si o direito de praticar sobre a coisa todos os atos que são compatíveis com as leis da natureza; 3) que é de sua essência exclusivo, isto é, contém em si o direito de excluir a coisa da ação de pessoas estranhas⁷⁸.

Em 1916 é publicado o Código Civil brasileiro⁷⁹, que não define o direito de propriedade, trazendo apenas elementos do seu conteúdo, através de seu artigo 524: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”

Na esteira do Código Civil de 1916, também vieram inúmeras obras doutrinárias, ainda sob forte influência das concepções do Código Napoleônico. As características da plenitude, da exclusividade e do absolutismo do direito de propriedade são facilmente vislumbradas em obras mais antigas de autores tradicionais.

Para exemplificar, o civilista Washington de Barros Monteiro, na 5ª edição do seu Curso de Direito Civil, Volume 3 (Direito das Coisas), publicada no ano de 1963, ressalta que: “Realmente, num certo sentido, o direito de propriedade é de fato absoluto, não só porque oponível erga omnes, como também porque apresenta caráter de plenitude, sendo, incontestavelmente, o mais extenso e o mais completo de todos os direitos reais⁸⁰”.

Na mesma linha, Sílvio Rodrigues, no seu manual Direito Civil, Volume V

⁷⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. 1922, p. 56 apud MORAN, 1996, p.220.

⁷⁸ MORAN, 1996, p. 220.

⁷⁹ Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

⁸⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das coisas. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1963. v. III. p. 88.

(Direito das Coisas), 15ª Edição, publicada em 1986, ressalta o caráter irrestrito e ilimitado do direito de propriedade, afirmando que “o vínculo jurídico entre o proprietário e a coisa que se encontra sob o seu domínio vinculada, sob certo modo, todas as pessoas do universo, presas a uma obrigação passiva de não turbar o exercício pelo seu titular. Este vínculo decorre da lei, fonte do direito do proprietário⁸¹”.

Cabe enfatizar, entretanto, que no plano mundial, no início do século XX, mais precisamente com a publicação da Constituição do México (1917) e em seguida com a publicação da Constituição de Weimar (Constituição do Império Alemão - 1919), surgem as primeiras determinações legais no sentido de que a propriedade até então absoluta e irrestrita, passaria a se subordinar ao interesse público.

Em outros termos, com essas Constituições, para além de ser um direito, a propriedade passa também a gerar deveres aos proprietários. Segundo os comentários de Carlos Frederico Marés: “A propriedade obriga”, define a Constituição de Weimar; “a Nação terá sempre o direito de impor à propriedade privada as regras que dite o interesse público”, arrematava a Constituição Mexicana⁸². Foram as primeiras iniciativas legais no sentido de impor limites à máxima de que ao sujeito moderno, de forma irrestrita, caberia o direito de dispor e gozar da sua propriedade da forma como bem entendesse, com total descaso para com as questões da natureza.

A Constituição Federal brasileira de 1934, inspirada na Constituição de Weimar (1919), foi a primeira a condicionar o exercício do direito de propriedade à observância do interesse público, ao dispor que “o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma determinada pela lei” (art. 113, inciso XXVII, 1ª parte).

Foi, entretanto, a Constituição de 1988, que passou a condicionar o exercício do direito de propriedade ao atendimento da função social. Através de seu artigo 5º, inciso

⁸¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito das coisas. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. V. p. 76.

⁸² SOUZA FILHO, 2000, p. 173.

XXIII, a Constituição Federal brasileira passou a determinar que “A propriedade atenderá a sua função social”. De forma mais específica, o artigo 186, inciso II, da Constituição de 1988, ao estabelecer critérios para aferição do cumprimento da função social pelos usos da propriedade, de forma explícita condiciona o exercício do direito de propriedade à utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e à preservação do meio ambiente, nos seguintes termos: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, os seguintes requisitos: [...] II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.”

O Professor Luis Edson Fachin, na sua obra *Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*, na edição de 1989, define a função social da propriedade como correspondente “a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista⁸³”.

O Professor italiano Pietro Perlingieri complementa o referido conceito, no sentido de que a função social é mais do que um limite ao direito de propriedade: para o autor, a função social é parte integrante do conteúdo do direito de propriedade:

A função social predeterminada para a propriedade privada não diz respeito exclusivamente a seus limites(...). Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento⁸⁴.

Verifica-se, portanto, que a previsão advinda com a Constituição de 1988, de que a propriedade deverá atender a sua função social, representou uma modificação estrutural na

⁸³ FACHIN, Luis Edson. *Função social da posse e a propriedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 19.

⁸⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p 226.

disciplina do direito de propriedade. A função social passou a incidir sobre o próprio conteúdo do direito de propriedade, no sentido de que os poderes do sujeito proprietário não sejam voltados exclusivamente para a satisfação de seus interesses egoísticos, mas também à satisfação de interesses atinentes a toda a coletividade.

A Constituição de 88 atribuiu, assim, um enfoque de interesse público à propriedade privada – um avanço em relação à velha propriedade irrestrita e plena das codificações nacionais anteriores. Não obstante tal avanço, o texto constitucional continuou a permitir interpretações ambíguas, em que a ideologia tradicionalista de alguns juízes e tribunais, em muitos casos, ainda possibilitou que o conceito de propriedade absoluta triunfasse sobre as questões de interesse coletivo.

O Código Civil brasileiro em vigor (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), incorporou o conceito de função social no seu art. 1228⁸⁵, § 1º, ao estabelecer de forma explícita que o direito de propriedade deverá ser exercido de forma condicionada às suas finalidades econômicas e sociais, especificando que o sujeito proprietário deverá conservar o meio ambiente na sua mais ampla diversidade:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Desse modo, tem-se, pelo menos no plano normativo, a superação da concepção clássica da propriedade como direito irrestrito e exclusivo. Como há um direito de todos (coletivo) à conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal de 1988), o sujeito proprietário vê o exercício de seu direito condicionado à preservação da flora, da fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico,

⁸⁵ Caput do art. 1228 do Novo Código Civil: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

do patrimônio histórico, artístico e cultural nas suas manifestações mais tradicionais, das nascentes e de todo e qualquer afloramento de água, da diversidade biológica e de tantas outras questões ambientais que começam a ser efetivamente reguladas por legislação especial.

Com isso, a própria realização da atividade econômica, com a utilização da propriedade, passa a ser condicionada à conservação das questões ambientais. Em outros termos, a relação sustentável entre o crescimento econômico e meio ambiente (o desenvolvimento sustentável) passa a ser um pressuposto fundamental para a persecução de uma melhora na qualidade de vida da sociedade mundial. Assim, pode-se dizer que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem sua efetividade condicionada ao respeito da natureza pela prática de todo e qualquer tipo de atividade econômica, seja ela nacional ou internacional, bem como pelo uso sustentável da propriedade contemporânea.

Vê-se, portanto, a construção de um novo paradigma no qual as questões coletivas, aqui se referindo em específico às questões ambientais, passam a influenciar e a modificar as relações jurídicas tradicionais entre o sujeito de direito individualizado e seu objeto central, a propriedade, durante muito tempo vista como um direito pleno, irrestrito a interferências ecológicas. O direito posto, ao condicionar o exercício do direito de propriedade ao cumprimento de suas finalidades sociais (com expressa menção à conservação dos recursos naturais para as gerações presentes e futuras), passa a conferir ao instituto um fator de mudança: uma possibilidade para reconhecimento e efetivação dos direitos coletivos. Nesse sentido, Carlos Frederico Marés bem acentua:

Os direitos coletivos surgem como novo paradigma e, em grande medida, afrontam as velhas liberdades individuais que tinham como assento e princípio a propriedade privada. Porque há um direito coletivo ao meio ambiente, o proprietário dos meios de produção já não pode produzir qualquer coisa, nem de qualquer forma; terá que observar o direito de todos de ter protegido o ar, as águas, as plantas e os bichos. O proprietário da terra poderá lavrá-la, mas já não basta produzir bens consumíveis para cumprir sua função, tem que produzir de tal forma que a vida se sustente. Aos poucos, e ainda como sonho, o que deve mudar é a lógica da sociedade. O que se deve contar não é a acumulação de bens, ainda que incorruptíveis, mas a

possibilidade de vida humana no planeta⁸⁶.

Um cenário em que a própria finitude dos recursos naturais globais e o conseqüente temor iminente pelo eventual comprometimento do direito fundamental de viver, justifica o reconhecimento e a efetividade dos direitos coletivos, que clamam por uma mutação no ensino e nos usos e aplicações dos conceitos jurídicos fundamentais do sujeito de direito, da propriedade e da relação jurídica.

2.3 A relação jurídica

2.3.1 Relação jurídica: a visão da dogmática tradicional

[...] a identificação das relações jurídicas é para a dogmática estrutural um ponto crucial, posto que a decidibilidade de conflitos depende das posições que os agentes ocupam, uns perante outros, nas comunicações ou interações sociais; quem deve, quem paga, quem manda, quem obedece, quem prescreve, quem cumpre, são posições que implicam relações que compete ao direito constituir (dirá Kelsen) ou disciplinar (dirá a doutrina tradicional) juridicamente.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁸⁷

Pela análise dos conceitos de sujeito de direito e do seu objeto central (a propriedade), fundamentais à Ciência Jurídica Tradicional, feita nos tópicos anteriores, constata-se que a noção de sujeito de direito moderno coincide muito com a noção de sujeito possuidor da propriedade moderna. Em outros termos, o paradigma da modernidade moldou um sujeito de direito individualizado e determinado, capaz de usar, gozar e dispor, de forma irrestrita, da propriedade. Segundo Ricardo Marcelo Fonseca:

⁸⁶ SOUZA FILHO, 2002a, p. 276.

⁸⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 166.

O sujeito, assim, é visto como uma abstração necessária para a constituição do sistema econômico. E isso porque somente um sujeito liberado e abstrato, com capacidades formais reconhecidas, é capaz de dispor da propriedade – que a partir do sistema econômico capitalista também se vê liberada de todas as determinações hierárquicas tradicionais⁸⁸.

Ocorre, entretanto, que a leitura da relação do sujeito de direito com o seu objeto (e a conseqüente visão crítica dessa relação) implica na análise de um outro conceito fundamental para a Teoria Geral do Direito: o conceito de relação jurídica. Conforme já mencionado anteriormente, para a dogmática tradicional, a relação jurídica é o vínculo que impõe a submissão do objeto ao sujeito, sendo que não existe relação jurídica entre sujeito e o objeto. Somente entre pessoas é possível haver relações, somente entre sujeitos, nunca entre o ser e a coisa. Desse modo, é a concepção de relação jurídica que fornece a estrutura basilar para se pensar o direito. São as posições que os agentes ocupam nas relações jurídicas que definem as soluções dos conflitos pelo direito.

E da mesma forma que as noções de sujeito de direito e de seu objeto estão em crise, a concepção tradicional de relação jurídica também está. Ou seja, a pretensa exatidão do conceito tradicional de relação jurídica, como vínculo de direitos e deveres que se estabelece entre um sujeito ativo e um sujeito passivo, para se assegurar, com segurança jurídica, o uso e a apropriação de um bem da vida que possui uma valoração econômica, já não comporta mais a complexidade da dimensão coletiva dos novos direitos.

Dessa forma, partindo-se do discurso jurídico tradicional, serão feitos alguns apontamentos críticos sobre as inadequações do conceito de relação jurídica frente às complexidades do contexto atual de sociedades de massas.

O conceito de relação jurídica tem como referência teórica precursora a obra de Savigny. Na atmosfera do liberalismo econômico do século XIX, Savigny teorizou o conceito de relação jurídica ao refletir sobre as relações que o homem mantém com os seus

⁸⁸ FONSECA, 2002, p. 81.

semelhantes, traçando um espaço seguro e livre para que as atividades humanas (principalmente as econômicas) pudessem se desenvolver. Assim, para Savigny:

[...] toda relação jurídica se nos apresenta como relação estabelecida entre várias pessoas e determinada por uma regra de direito; determinação esta, que consiste em se atribuir à vontade individual um campo dentro de cujos limites ela possa atuar independentemente de qualquer vontade alheia. A essência da relação jurídica se define, pois, como sendo uma esfera independente de domínio da vontade⁸⁹.

A esse conceito, segundo o qual cada relação jurídica se apresenta como relação entre duas pessoas determinadas, sendo que o direito fixa para cada uma delas uma esfera independente de ação, o eminente jurista Vicente Ráo, ao comentar o pensamento de Savigny, acrescenta mais dois elementos:

O primeiro é um elemento material, um simples fato; o segundo um elemento formal, que se apodera do fato e lhe confere forma jurídica: mas, nem todas as relações entre os homens incidem no domínio do direito: nem todas podem ou precisam ser determinadas por uma regra desta natureza⁹⁰.

A relação jurídica, portanto, não deixa de ser uma relação social, que por sua especialidade, pela relevância dos valores envolvidos, ocorre a interferência do direito para garantir os efeitos dela resultantes.

Assim, nessa perspectiva, a dogmática tradicional definiu os elementos fundamentais da relação jurídica: o sujeito ativo, o sujeito passivo, o objeto, o fato e a proteção jurídica⁹¹. Em rápida síntese, o sujeito ativo seria o titular do direito subjetivo. O sujeito passivo aquele que tem o dever jurídico de respeitar o direito do sujeito ativo. O objeto, o bem da vida sobre o qual incide o poder de agir do sujeito ativo, o qual o sujeito passivo deve respeitar. O fato como o acontecimento, dependente ou não da vontade humana,

⁸⁹ RÁO, 1961, p. 11-12.

⁹⁰ RÁO, 1961, p. 295.

⁹¹ Elementos retirados da análise das obras dos seguintes autores GOMES, 1957, p. 105 e ss; RÁO, 1961, p. 298; DINIZ, 1995, p. 73.

a que a lei atribui a função de criar, modificar ou extinguir direitos. E a proteção jurídica que seria o invólucro protetor da relação jurídica, a fonte geradora do vínculo de direitos e deveres entre as partes.

Verifica-se que a doutrina tradicional desenvolveu uma noção de relação jurídica precisa e segura para pautar as relações interindividuais. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior a noção tradicional de relação jurídica é precisa para diagnosticar quem deve, quem paga, quem manda, quem obedece, quem prescreve, quem cumpre, quem é proprietário, competindo ao direito disciplinar tais situações. Um modelo de relação jurídica seguro e adequado para as relações privadas, entre sujeitos individualizados, envolvendo interesses egoísticos.

A noção de precisão do modelo de relação jurídica tradicional para relações interindividuais, é traduzida da seguinte maneira pelo jurista John Finnis:

A relação de direito é sempre entre três termos: duas pessoas e um objeto (ação, omissão, fato...). Assim, teremos: a) direito de A contra B (em que B está obrigado por um dever de agir ou omitir-se de agir); o direito de A é também um poder sobre B, que não tem liberdade naquele caso; b) liberdade de A com relação a B, se B não tiver direitos contra A, ou seja, se B não tiver direito/poder sobre a ação de A, mas A tiver poder de exigir algo de B (uma omissão); c) imunidade: A é indiferente a B⁹².

Constata-se, portanto, uma concepção de relação jurídica adequada para as relações de natureza privada, envolvendo sujeitos individualizados e determinados (A e B, credor e devedor, Caio e Tício) com feixes de direitos e deveres ligados a questões referentes a interesses egoísticos. Uma sistemática que tem como grande propósito assegurar segurança jurídica e definir as relações do sujeito com o objeto⁹³. É peculiar nesse sentido, o clássico exemplo da forma de solucionar a questão de quem seria a maçã que nasce na árvore que está

⁹² FINNIS apud, LOPES, 2002, p. 115.

⁹³ Clovis Beviláqua define que “Relação de Direito é o laço, que, sob a garantia da ordem jurídica, submete o objeto ao sujeito.” BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 2001. p.102.

em determinada propriedade, e que quando amadurece cai nas terras de outro proprietário⁹⁴. Um exemplo que denota uma forte preocupação de se assegurar, através da relação jurídica, interesses patrimoniais e individuais.

Em outros termos, devido a cultura essencialmente patrimonialista e contratualista que inspirou o direito moderno, tem-se como de fundamental importância o diagnóstico da passagem de um bem da vida de um patrimônio para outro, sendo que para a dogmática tradicional na relação jurídica da propriedade, o sujeito de direito é certo e determinado, assim como o seu objeto. Segundo Caio Mario da Silva Pereira: “A coisa se subordina à senhoria ou apropriação do dominus, e a relação jurídica se estabelece entre este sujeito ativo, e sujeitos passivos indeterminados, ou a generalidade das pessoas, que são devedoras da prestação negativa de não o molestar⁹⁵”. Uma concepção condizente com o conceito de sujeito de direito moderno (individualizado, determinado e autônomo) e também com o conceito moderno de propriedade (irrestrito e individual)⁹⁶.

Dessa forma, pelo conceito tradicional de relação jurídica, percebe-se uma forte preocupação na proteção do direito individual de propriedade. O sujeito ativo determinado e individualizado, que através de um contrato válido (por exemplo: relação jurídica contratual de compra e venda) recebe a titularidade da propriedade, passa a ser credor da prestação negativa de toda a coletividade (*erga omnes*) de não molestar seu irrestrito direito individual de propriedade.

⁹⁴ Segundo o Art. 1284 do Código Civil: “Os frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se este for de propriedade particular”.

⁹⁵ PEREIRA, 1987, p. 31.

⁹⁶ Ressalta-se aqui que a ênfase na leitura da relação jurídica da propriedade (e a conseqüente visão crítica dessa relação) deve-se ao fato do presente trabalho ter como principal objetivo a necessidade de rediscutir conceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito frente às contingências coletivas das questões socioambientais. Entretanto, isso não quer dizer que não existam outras formas de relação jurídica, como por exemplo a creditória, na qual, para a dogmática tradicional, a relação se estabelece entre a pessoa do credor e a pessoa do devedor, e se completa com o interesse de agir, que é o recebimento da prestação. Relação essa que também sofre um processo de mudanças, principalmente no âmbito dos direitos do consumidor que obrigam o comerciante para com toda a sociedade e não somente com o comprador concreto.

2.3.2 Rumo a uma relação jurídica coletiva

Estes novos direitos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela. Não são fruto de uma relação jurídica precisa mas apenas de uma garantia genérica, que deve ser cumprida e que, no seu cumprimento, acaba por condicionar o exercício dos direitos individuais tradicionais.

Carlos Frederico Marés⁹⁷

A partir da segunda metade do século XX, sobretudo depois da 2ª Guerra Mundial, com o avanço do processo de globalização aliado à continuidade do projeto moderno de dominação da natureza através da tecnociência, o modelo de relação jurídica essencialmente individualista pautado no positivismo normativista começa a entrar em crise. A lógica da relação jurídica prevista para chancelar relações interindividuais específicas envolvendo a tutela de bens com valor econômico já não consegue mais atender as demandas decorrentes de uma sociedade de massas, que passa a apresentar *relações* cada vez mais coletivas e complexas⁹⁸.

Por outras palavras, até a primeira metade do século passado reinava a concepção desenvolvimentista de crescimento. Crescimento econômico a qualquer preço. Praticamente não havia preocupação ambiental, tanto no âmbito nacional, quanto internacional. Imperava o total descaso com a natureza. Não havia preocupação em traçar limites para que o processo de

⁹⁷ SOUZA FILHO, 1999, p. 319.

⁹⁸ Começam a surgir uma série de questionamentos sobre a necessidade de mudanças na estrutura de conceitos elementares da Ciência Jurídica: como é o caso das indagações do sociólogo do direito José Eduardo Faria: “Como lidar, a partir do caráter essencialmente individualista das categorias e das regras forçadas pelo positivismo normativista, com as incertezas inerentes à sociedade de classes – e, em especial, com a questão da coletivização dos conflitos? Se a mediação jurídica das clivagens pressupõe a abstração de indivíduos concretos na figura normativa do sujeito de direito, de que modo formalizar homens historicamente situados num único sujeito jurídico? (FARIA, 1988, p.14). Bem como dos comentários do Professor da Universidade Federal do Paraná José Antônio Peres Gediel: “A insuficiência teórica criada pelas recentes aplicações da Tecnociência sobre o homem é claramente perceptível na Filosofia da Ciência, que se vê diante da necessidade de rediscutir o modelo científico estruturado com base na separação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível.” (GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 80).

desenvolvimento econômico ocorresse de forma sustentável. Alguns autores⁹⁹ ilustram essa situação colocando que até determinado período da história o homem agia como se a natureza com *uma vassoura mágica* pudesse limpar todo o lixo e a degradação causados na face da terra.

Contudo, essa forma de atuação da sociedade mundial, pautada na dominação da natureza, conduziu a uma exploração excessiva e desmedida dos recursos naturais, numa perspectiva global. Os imensos desmatamentos, a ameaça da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado a ela, as alterações climáticas em decorrência da destruição da camada de ozônio, a escassez de água, são alguns reflexos perversos do modelo de crescimento econômico adotado pela sociedade mundial.

Por conta desse contexto, no ano de 1972, ocorre a primeira manifestação integrada da comunidade internacional no sentido de se estabelecer uma política global de proteção ambiental: a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente. Naquele momento histórico, foram traçadas algumas diretrizes (Declaração de Estocolmo) para o desenvolvimento e implementação de normas internacionais de preservação ambiental.

Entretanto, a questão da sustentabilidade¹⁰⁰, que leva em conta a finitude do meio ambiente global e por conta disso prega um desenvolvimento econômico de forma sustentável, em que ocorra uma atividade econômica preocupada com a proteção do meio ambiente global, foi efetivamente debatida e implementada na forma de normas

⁹⁹ SOARES, Guido. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001 e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Direito ambiental internacional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

¹⁰⁰ Em 1987, uma Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente (criada pelo Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA)), presidida pela Primeira-Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, apresenta à ONU o *Relatório Brundtland*. O Relatório Brundtland elaborou o conceito de desenvolvimento sustentável, entendido como processo de mudança em que o uso de recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as mudanças institucionais concretizam o potencial de atendimento das necessidades humanas do presente e do futuro. Foi também o Relatório Brundtland que destacou a necessidade da realização de uma grande Conferência para que fossem debatidas as questões ambientais globais sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável – que resultaria na ECO 92 (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento) e na celebração de importantes diretrizes para uma política ambiental global (Declaração do Rio, Agenda 21, Convenção da Diversidade Biológica e Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima)

internacionais, durante a ECO 92 (A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que aconteceu no Rio de Janeiro, no ano de 1992).

Na ECO 92, a comunidade internacional traçou os grandes princípios de Direito Ambiental Internacional (Declaração do Rio). Foi a partir do recente ano de 1992 que a disciplina ganhou princípios norteadores próprios, onde 178 (cento e setenta e oito) Estados, de forma integrada, se comprometeram a cooperar para a preservação do meio ambiente em benefício de toda a coletividade mundial¹⁰¹.

No Brasil, o grande marco regulatório da questão ambiental foi a publicação, em 1965, do Código Florestal (Lei 4.717/65). Esse foi o primeiro instrumento normativo a colocar o sujeito proprietário (sujeito ativo) também como garantidor, através da sua propriedade (objeto), da proteção e conservação da natureza para toda a coletividade. Ou seja, com o Código, o exercício do direito de propriedade passou a ser condicionado à conservação e preservação de um percentual mínimo de florestas nas propriedades (a Reserva Florestal Legal), bem como à preservação e recuperação das matas ciliares (Áreas de Preservação Permanente) no entorno de todo e qualquer afloramento de água (seja nascente, rio, represa e etc.), como forma de proteção dos mananciais.

Num momento seguinte, a Constituição Federal de 1988 reconhece de forma expressa a existência dos direitos coletivos. Com a Carta Magna de 1988, de forma indubitosa, todos passam a ter direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), sendo que tal direito não se restringe tão somente aos que são ou podem ser afetados por uma catástrofe ecológica. Da mesma forma, o inciso II do art. 225 da Constituição Federal, coloca como um dever de todos, a preservação da diversidade biológica e do patrimônio genético do País. Com isso, através de expressa previsão constitucional, passa a ser

¹⁰¹ Comprometimento que na prática está longe de ser atingido. Vide o caso da resistência dos Estados Unidos na assinatura do Protocolo de Kyoto para controle das emissões dos gases de efeito estufa.

reconhecida a natureza difusa do bem ambiental. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ter a sua titularidade difusa por toda a coletividade.

Por esses motivos, verifica-se a necessidade de reconstrução do conceito de relação jurídica. Os direitos ambientais, por sua dimensão difusa, não admitem, como condição de sua efetividade, a concepção de relação jurídica proprietária como sendo a relação que se estabelece entre um sujeito ativo (determinado) e sujeitos passivos (indeterminados), que são devedores da prestação negativa de não molestar a propriedade (objeto) que se submete, de forma irrestrita, à senhoria.

A relação jurídica proprietária, com a emergência dos direitos ambientais, passa a ter uma dimensão muito mais complexa. Em primeiro lugar, pelo fato do bem ambiental estar integrado ao conceito de propriedade, tem-se que o sujeito ativo de uma relação jurídica ambiental passa a ter uma titularidade difusa. Como todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a sociedade civil, representada pelo poder público, pelo próprio cidadão (através da Ação Popular), pelas associações, pelas organizações não governamentais, pelos órgãos representativos das comunidades nativas, pelos sindicatos ou através dos partidos políticos, passa a ter o direito de fiscalizar e controlar as questões ambientais. Em segundo lugar, a submissão do objeto (propriedade) ao sujeito proprietário passa também a receber condicionantes. Em outros termos, o exercício do direito de propriedade passa a ser condicionado à preservação e conservação da natureza existente nos domínios da propriedade.

Ao se tentar um enquadramento dos direitos ambientais (difusos por toda a coletividade) na dogmática jurídica tradicional, Carlos Frederico Marés faz a interessante reflexão:

Por isso estes direitos coletivos, enquadrados na dogmática jurídica da modernidade, podem ser considerados direito real coletivo sobre coisa alheia, com todas as características dos direitos reais, oponível erga omnes e diretamente relacionados a um bem jurídico. Neste caso um bem jurídico especial, que ganhou uma proteção

extra, capaz de alterar a sua essência, modificando o regime de propriedade, impondo-lhe limitação, transformando mesmo sua função social¹⁰².

Verifica-se, portanto, que, a partir da segunda metade do século XX, com o processo de globalização dos regimes de proteção dos direitos humanos, e por consequência, dos regimes de proteção ambiental, há a emergência de novas formas de relação jurídica. Começam a surgir novas obrigações *erga omnes* no sentido de se assegurar a proteção do meio ambiente como um *bem comum da humanidade*¹⁰³. Um novo tipo obrigacional que, para ser efetivado, reclama a superação da perspectiva essencialmente individualista das categorias fundamentais da teoria geral do direito.

Pelo que se vê, o momento é de profunda transição paradigmática. As concepções tradicionais dos conceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito não atendem mais às complexidades dos novos direitos de dimensão coletiva.

O Sujeito de Direito, que no paradigma da modernidade, era visto de forma individualizada, racional, como dominador da natureza, no contexto atual passa a ser reconstruído com uma dimensão mais coletiva e dentro de uma nova necessidade de interação com a natureza (o novo sujeito passa a ser visto como integrante da natureza – inserido numa nova relação socioambiental - e não mais como um ente separado e dominador da mesma).

A velha propriedade vista no paradigma da modernidade como uma coisa intocável, absoluta, de uso irrestrito, passa, como forma de reconhecimento e efetividade dos direitos ambientais, a ter o seu exercício condicionado ao cumprimento da sua função socioambiental, como forma de garantia preservação dos recursos naturais para as gerações presentes e futuras.

¹⁰² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Introdução ao direito socioambiental. In: LIMA, André (org.). *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002b. p. 35.

¹⁰³ Vide a respeito a obra de TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

A Relação Jurídica tradicional, por sua vez, tida como um vínculo de direitos e deveres preciso e seguro entre partes determinadas, garantidor de segurança jurídica das transferências e aquisições de bens com valor econômico, devido à complexidade da dimensão difusa dos novos direitos, deixa de ser uma referência precisa da posição dos agentes na relação, passando a ser identificada, para as questões coletivas, como uma garantia genérica de obrigações coletivas, que condicionam a satisfação dos direitos individuais.

Tem-se, portanto, um tempo de incertezas, de necessidade de reconstrução de conceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito. Uma época, de acordo com as profundas palavras de Boaventura de Sousa Santos, na qual “Duvidamos suficientemente do passado para imaginarmos o futuro, mas vivemos demasiadamente o presente para podermos realizar nele o futuro. Estamos divididos, fragmentados. Sabemo-nos o caminho, mas não exactamente onde estamos na jornada¹⁰⁴”.

¹⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Afrontamento, 2001. p. 58.

CAPÍTULO III

DIREITO FUNDAMENTAL, TRANSINDIVIDUAL E DIFUSO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E DE PROTEÇÃO DA BIODIVERSIDADE

3.1 As dimensões dos direitos fundamentais: dos direitos individuais para os direitos transindividuais

[...] ao nos depararmos com a pergunta sobre o que de novo efetivamente revelam os novos direitos fundamentais na era tecnológica, talvez possamos responder que eles nos levam a reconhecer que as antigas dificuldades da humanidade com a problemática de justiça não lograram ser superadas pelo avanço tecnológico e científico, o que gera a necessidade de uma postura ativa e responsável de todos, governantes e governados, no que concerne à afirmação e à efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰⁵

O final do capítulo anterior apontou um momento de profunda transição paradigmática no mundo do direito, devido ao fato das concepções tradicionais dos conceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito não atenderem mais às complexidades dos novos direitos de dimensão coletiva. Foram constatadas, de forma crítica e dialética, as crises e imperfeições dos conceitos tradicionais de sujeito de direito, objeto (centrado na figura da propriedade) e relação jurídica, frente, especificamente, às dimensões coletivas do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, que reclamam novas técnicas e novos conceitos de garantia e proteção. Agora cabe localizar historicamente, ainda que de forma sumária, esses direitos fundamentais de dimensão coletiva, ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida, para que seja possibilitado, num momento seguinte do

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 62.

trabalho, a busca de algumas alternativas teóricas e práticas no sentido do reconhecimento e da efetividade desses novos direitos, em específico com relação à propostas de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados.

Os Direitos Ambientais constituem-se atualmente em garantias jurídicas inafastáveis, que representam conquistas históricas da humanidade contra velhos poderes. São, portanto, direitos fundamentais da humanidade¹⁰⁶ e como tais são direitos históricos, dinâmicos, nascidos em certas circunstâncias, de forma gradual, heterogênea e não linear¹⁰⁷.

O reconhecimento dos direitos fundamentais (dentre eles os direitos ambientais), que deve ser compreendido sob a óptica dos condicionantes históricos, políticos, filosóficos e sociais que os circundam e delimitam, se fez de forma que fossem consolidadas pelo menos três grandes dimensões¹⁰⁸ de direitos¹⁰⁹.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão apareceram ao longo do século XVIII, como produto de um cenário histórico marcado pelo pensamento liberal-burguês, pelo racionalismo iluminista e pelas revoluções políticas (revolução norte-americana (1776) e francesa (1789)). Trata-se de direitos inerentes à individualidade, vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, e à resistência às mais diversas formas de opressão. São direitos, conforme acentua Norberto Bobbio, que possuem um significado histórico-filosófico da

¹⁰⁶ Segundo a definição de Ingo Sarlet, direitos fundamentais “[...] constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.” SARLET, 2003, p. 35.

¹⁰⁷ Ver, nesse sentido, BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 05 e ss.

¹⁰⁸ Cabe ressaltar que a moderna teoria constitucional (tratada, por exemplo, nas obras dos autores Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Bonavides) tem adotado a substituição dos termos “gerações dos direitos fundamentais” por “dimensões”, visto que, conforme acentuado por Norberto Bobbio, os direitos fundamentais não são alterados de forma linear de tempos em tempos, mas resultam sim de um processo complexo e gradual de formação, que condiz mais com a terminologia “dimensões de direitos fundamentais”.

¹⁰⁹ Vale dizer que existem várias tipologias que propõem uma “ordenação histórica” dos direitos fundamentais. O autor catarinense José Alcebiades de Oliveira Júnior, por exemplo, na sua obra *Teoria Jurídica e Novos Direitos* (OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000), propõe a ordenação histórica dos direitos fundamentais em cinco dimensões. Como o foco principal do presente trabalho é o trato das questões socioambientais, nos centraremos na análise da tipologia das três grandes “dimensões” dos direitos fundamentais, que já se encontram consagradas nas esferas do direito internacional e das ordens constitucionais internas, adotando como referência a obra já citada de Ingo Wolfgang Sarlet.

inversão, característica da formação do Estado Moderno: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos dos cidadãos, surgindo uma forma diferente de encarar a relação política, não mais de forma preponderante do ângulo do soberano, mas sim sob a óptica do cidadão. Em outros termos, nessa dimensão são afirmados direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, delimitando uma zona de não-intervenção do Estado e o espaço de autonomia individual ante o poder estatal. Desse modo, são direitos *negativos* pois são dirigidos a uma abstenção do Estado, em favor da garantia formal dos direitos individuais fundados no princípio da liberdade.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são produto dos impactos do processo de industrialização e dos graves problemas socioeconômicos sofridos pela sociedade ocidental no decorrer do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Na contextualização histórica dos direitos de segunda dimensão, como bem ensina Antônio Carlos Wolkmer, “O capitalismo concorrencial evolui para a dinâmica financeira e monopolista, e a crise do modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado de Bem-Estar Social, que passa a arbitrar as relações entre o capital e o trabalho¹¹⁰”. Surgem nesse contexto, em decorrência de movimentos reivindicatórios proletários (dos quais são grandes exemplos as Revoluções Mexicana (1911) e Russa (1917)), direitos de dimensão positiva, não mais direitos de defesa contra o Estado, mas sim direitos que exigem do Estado um comportamento ativo, uma prestação. É nota característica desses direitos de segunda dimensão, a outorga ao indivíduo do direito a prestações sociais estatais positivas, como a garantia ao acesso à educação, ao trabalho, à saúde, à cultura, todos esses direitos fundados no princípio da igualdade, entendida para essa dimensão de uma forma mais material. Deve-se ressaltar que apesar dos direitos da segunda dimensão serem tratados como direitos sociais, a titularidade desses direitos continua, como no caso dos direitos de primeira dimensão,

¹¹⁰ WOLKMER; LEITE, 2003, p. 8.

identificada como sendo do sujeito de direito individualizado – o homem.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão consistem nos chamados direitos transindividuais, fundados no princípio da fraternidade ou da solidariedade. A nota distintiva desses direitos de terceira dimensão é o fato de que o seu titular não é mais o homem individualizado, mas são direitos que dizem respeito a coletividades (povo, nação, comunidades locais e internacionais), caracterizando-se, por conta disso, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Entre os principais direitos fundamentais de terceira dimensão tem-se os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à conservação do patrimônio histórico e cultural da humanidade e o direito de comunicação. São direitos que emergem, na segunda metade do século XX, num período pós-Segunda Guerra Mundial (1945-1950), como resultado de novas reivindicações da sociedade, geradas fundamentalmente pelo avanço tecnológico, pelo aumento das relações econômicas em larga escala que passam a romper cada vez mais as fronteiras dos Estados Nacionais, pelo crescimento desordenado das cidades, pela explosão demográfica e pela ameaça mundial de catástrofes ecológicas. É nesse contexto que emergem as reivindicações por direitos de proteção à natureza que, conforme apontado no capítulo anterior, passam a exigir, por sua vez, a reconstrução dos conceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito. Como bem ensina José Luis Bolzan de Moraes:

Surge o que denominamos interesses transindividuais, isto é, conflitos que escapam da dimensão privatista do modelo jurídico liberal e se caracterizam por uma amplitude não só jurídica em sentido estrito mas, sobretudo, socioeconômica pois, importam, muitas vezes, desapego, afastamento e/ou negação dos postulados liberais tradicionalmente aceitos como meios de sanabilidade das controvérsias. A variabilidade e complexidade destas questões coletivas implicam a adoção de caminhos distintos para a sua resolução, criando expectativas também distintas face a impossibilidade de se determinarem os resultados de forma antecipada¹¹¹.

Cabe ressaltar que a utilização da terminologia *transindividuais* para denominar os

¹¹¹ MORAIS, 1996, p. 97.

direitos de terceira dimensão, se deve ao fato de que a proteção e garantia desses direitos, ao contrário dos direitos individuais de primeira e segunda dimensões, não envolvem apenas uma abstenção ou uma ação afirmativa do Estado, exigem sim esforços e responsabilidades de grupos locais, nacionais e até mesmo no âmbito da comunidade internacional, que através de ações integradas com o poder público, geram efeitos na realidade individual de cada cidadão. Ou seja, os direitos de terceira dimensão são transindividuais, pois embora relacionados a pretensões que ultrapassam o indivíduo singularmente definido (pois dependem de ações integradas da sociedade organizada local e transnacional para a sua efetivação), quando reconhecidos, não deixam de perpassar (transitar) de forma individual pretensões de cada componente dessa coletividade.

Somente para elucidar essa questão da *transindividualidade* dos direitos de terceira dimensão, tem-se que a coletividade mundial começa a se dar conta de que os problemas ambientais, decorrentes das complexas relações contemporâneas, não respeitam fronteiras. No Brasil, para se ter uma idéia, governos locais começam a decretar estado de calamidade pública em decorrência de fortes ondas de calor¹¹². Ocorre que a origem desses problemas locais escapa dos limites territoriais geográficos, a origem está no global: em atividades industriais internacionais poluentes que comprometem a qualidade de vida de toda a comunidade internacional.

As indústrias norte-americanas são responsáveis pela emissão de mais de 36% (trinta e seis por cento) das emissões de dióxido de carbono (CO₂) na atmosfera terrestre¹¹³. O dióxido de carbono é o grande responsável pela ocorrência do chamado efeito estufa (o gás forma uma camada em torno da atmosfera que impede a dissipação da radiação solar), que

¹¹² No início do mês de outubro do ano de 2003, a Prefeitura de Ribeirão Preto declara Estado de Calamidade Pública devida às altas temperaturas na cidade que provocou graves problemas de saúde a população.

¹¹³ Relatório da Conferência das Partes em sua Terceira Sessão. Anexo 5 do Protocolo de Kyoto.

gera graves alterações climáticas em todo o mundo¹¹⁴. Isso implica em dizer que as soluções para os problemas locais passam a depender de políticas globais de preservação ambiental. Em outras palavras, a persecução de uma sadia qualidade de vida no plano local e individual, passa a depender da efetividade das políticas de controle ambiental traçadas pela comunidade internacional.

Da mesma forma como crescem as responsabilidades pela proteção ambiental no âmbito da comunidade internacional, os direitos fundamentais de terceira dimensão passam a exigir novas responsabilidades e esforços de todos os atores sociais: cidadão, associações, comunidades tradicionais, sindicatos, movimentos sociais, Estados Nacionais, todos, sem distinção nem hierarquia, passam a ter o dever de lutar pela fiscalização, proteção e realização dos direitos transindividuais.

Identifica-se, assim, os direitos transindividuais como *novos* direitos, que apesar de não serem tão recentes na dimensão temporal, tem-se na terminologia *novo* a forma de caracterizar esses direitos que, para a sua efetivação e reconhecimento, não encontram respostas prontas na dogmática tradicional, mas integram um processo atual de lutas coletivas pela construção de uma Teoria Geral do Direito com conceitos fundamentais mais flexíveis, mais ágeis e mais abrangentes, capazes de regular situações complexas e fenômenos novos¹¹⁵.

¹¹⁴ Sem avançar aqui nos aspectos técnicos e nas perspectivas do Protocolo de Kyoto (que começa a vigorar a partir de 2005), deve-se ressaltar como aspecto negativo no plano internacional a enorme resistência dos Estados Unidos em adotar políticas de controle climático. Lamentavelmente o governo norte-americano não tem manifestado qualquer iniciativa no sentido de cooperar na busca de soluções para os problemas climáticos que dizem respeito a toda coletividade internacional.

¹¹⁵ Ver, nesse sentido, WOLKMER; LEITE, 2003, p. 20 e ss.

3.2 Os direitos coletivos e os direitos difusos

Aí está uma conotação surpreendente da modernidade, na época da globalização: o declínio do indivíduo. Ele próprio, singular, produz e reproduz as condições materiais e espirituais da sua subordinação e eventual dissolução. A mesma fábrica da sociedade global, em que se insere e que ajuda a criar e recriar continuamente, torna-se o cenário em que o indivíduo desaparece.

Octavio Ianni¹¹⁶

Conforme colocado no item precedente, num contexto marcado por radicais transformações das relações de produção e por profundas alterações no equilíbrio ecológico do planeta, emergem os direitos transindividuais, que clamam por um rearranjo da teoria jurídica tradicional, até então estruturada para solucionar conflitos de natureza inter-individual. Os direitos transindividuais surgem como *novos direitos* que não se enquadram na dicotomia tradicional entre direito público e direito privado, apresentando características próprias que transitam pelos conteúdos dessas duas categorias, e cuja proteção depende da ação integrada da sociedade civil e do poder público.

Estes *novos direitos* transindividuais foram tratados, do início do trabalho até o presente momento, de forma genérica e identificados ora como direitos coletivos, ora como direitos difusos. Adotou-se a terminologia mais abrangente e flexível de Carlos Frederico Marés, segundo a qual:

Entre os direitos coletivos não devem ser incluídos, portanto, aqueles que são mera soma de direitos subjetivos individuais, mas somente aquele pertencente a um grupo de pessoas cuja titularidade é difusa porque não pertence a ninguém em especial, mas cada um pode promover sua defesa que beneficia sempre a todos¹¹⁷.

¹¹⁶ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1996. p. 20.

¹¹⁷ SOUZA FILHO, 1999, p. 322. Acrescenta o mesmo autor, no sentido de uma terminologia mais ampla dos direitos coletivos, que: “O ser coletivo titular do direito, o “todos”, “muitos” ou “alguns”, pode ser formado por um grupo de pessoas que vive de forma diferente dos outros, como os índios, como pode ser a universalidade humana ou um conjunto difuso. Estes novos direitos têm como principal característica o fato de sua titularidade não ser individualizada, de não se ter ou não poder ter clareza sobre ela.” E ainda acentua que: “Há quem não goste do termo direitos coletivos, e prefira dizer direitos difusos, ou ainda interesses difusos, mas o que menos importa na discussão é o termo empregado, assim como haverá quem conteste o termo bens socioambientais. Basta que se admita que a sociedade inteira é titular da proteção do bem e que nestes bens se incluem tanto os naturais quanto os culturais”. E conclui: “Na realidade não é tão importante discutir se o nome disto é direito ou interesse, o que importa é verificar as conseqüências que isto traz.” (SOUZA FILHO, 2002b, p. 32 e ss.).

Vale dizer que com a adoção dessa terminologia mais ampla dos *novos direitos de dimensão coletiva*, procurou-se enfatizar as imperfeições de conceitos fundamentais da dogmática tradicional, que por estarem ligados de forma visceral a valores individualistas, típicos do paradigma da modernidade, não atendem mais às complexidades inerentes às sociedades de massas, sobretudo no que se refere aos problemas ambientais.

Em outros termos, a terminologia *direitos coletivos* foi adotada como representativa de novas subjetividades, que por apresentarem uma dimensão coletiva de grande complexidade, escapam do controle e da proteção dos institutos e dos conceitos formais e individualistas da teoria jurídica tradicional, e clamam pela reconstrução de uma nova teoria geral, mais flexível, abrangente, plural e interdisciplinar.

Não obstante essa perspectiva do trabalho, há que se considerar que esses direitos considerados até agora como direitos de dimensão coletiva, identificados no item precedente como direitos fundamentais transindividuais de terceira dimensão, já se encontram delimitados e especificados pelo ordenamento jurídico e pela doutrina em duas espécies: os coletivos e os difusos.

Cabe dizer que o delineamento dessas duas espécies do gênero direitos transindividuais, já foi realizado em valiosas obras doutrinárias¹¹⁸, sendo que a principal justificativa da classificação é no sentido de aclarar o conteúdo e os contornos dos interesses em questão. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), estabeleceu de forma expressa a distinção entre as espécies direitos coletivos e direitos difusos. Por conta disso, sem a pretensão de ir a fundo nessa distinção, mas tão somente captar a origem difusa

¹¹⁸ Sobre esta temática, destacam-se MANCUSO, Rodolfo de Camargo, com as obras *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 e *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; BASTOS, Celso. *A tutela dos interesses difusos no Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 1981; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. 1996; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1997.

dos direitos ambientais, parece adequado fazer algumas considerações sobre as referidas espécies de direitos transindividuais.

Segundo a expressa previsão do artigo 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90):

Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica.

Pela previsão do Código de Defesa do Consumidor, depreende-se que a caracterização dos direitos coletivos, pressupõe a delimitação do número de interessados com a existência de um vínculo jurídico, para que a titularidade possa ser coletivamente definida. Pelo que se vê, embora coletivos, tais direitos demandam um nível razoável de organização e determinação, sendo que a titularidade é visível como sendo dos integrantes de um determinado grupo, ligados por uma relação jurídica base.

José Luis Bolzan de Moraes exemplifica os titulares de direitos coletivos da seguinte forma: “Neste espectro podemos, então, situar, exemplificativamente, a sociedade mercantil, o condomínio, a família, o sindicato, os órgãos profissionais, entre outros, como grupos de indivíduos nos quais expressam-se tais interesses¹¹⁹”.

Em rápida síntese, pode-se dizer que os direitos coletivos dizem respeito a interesses comuns no interior, por exemplo, de sindicatos, ou organizações sociais (projeções da dimensão corporativa do homem), cuja titularidade desses interesses é determinada, pois pressupõe a existência de uma relação jurídica base ligando os titulares a esses interesses. É certo também que os interesses do grupo apresentam-se de forma indivisível e indisponível, o que impede uma fruição individual que seja excludente de qualquer componente da categoria. Portanto, a nota característica dos direitos coletivos seria a razoável determinação de seus

¹¹⁹ MORAIS, 1996, p. 128.

titulares, traço que não se verifica nos direitos difusos, nos quais, como se verá a seguir, tem-se a característica fundamental da indeterminação dos seus titulares.

Partindo-se da previsão do artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), constata-se que:

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.

Como se vê, através da previsão legal do Código de Defesa do Consumidor, o grupo ligado aos direitos difusos apresenta-se de forma absolutamente indeterminável. O liame que une os titulares de um direito difuso, ao invés de ser um liame jurídico (como ocorre nos direitos coletivos) é um liame fático. Segundo José Luis Bolzan de Moraes,

A reunião de pessoas em torno de um interesse difuso assenta-se em fatos genéricos, acidentais e mutáveis, como habitar a mesma região, consumir os mesmos produtos, viver sob determinadas condições socioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc.¹²⁰.

A criação, por exemplo, de uma usina hidroelétrica, que traz como consequência a inundação de uma vasta área de cobertura vegetal e altera todo o panorama ecológico de uma região, acarreta na violação de um interesse difuso. Ou seja, os sujeitos *prejudicados* com essa obra são absolutamente indeterminados, difusos, visto que neste caso são todos aqueles tiveram a sua *qualidade de vida e meio ambiente* afetados por uma obra que causou danos a diversidade biológica de toda uma região.

Vê-se que o ponto em comum, aquilo que une os indeterminados titulares dos direitos difusos, nos casos ambientais, é o interesse de se ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Interesse este que está visceralmente ligado à preservação da qualidade de vida de cada um dos indivíduos que integram determinada coletividade.

Rodolfo de Camargo Mancuso ensina que os direitos difusos apresentam as

¹²⁰ MORAIS, 1996, p. 138.

seguintes notas básicas: indeterminação dos sujeitos; indivisibilidade do objeto; intensa conflituosidade; duração efêmera, contingencial¹²¹.

A indeterminação dos sujeitos de direitos difusos decorre, em boa medida, do fato de inexistir um vínculo jurídico que agregue os sujeitos afetados por esses interesses. Como se vê com grande relevo nas questões ambientais, os indivíduos encontram-se unificados em torno de um direito difuso por possuírem um denominador fático comum – no caso, a simples ameaça de degradação ambiental.

A indivisibilidade do objeto dos direitos difusos é no sentido de que esses direitos não são suscetíveis de partição de quotas atribuíveis a um indivíduo ou a grupos preestabelecidos. A satisfação do direito difuso resulta sempre na satisfação de toda uma coletividade, do mesmo modo que a lesão de um direito de natureza difusa implica na afetação de todos indivíduos pertencentes a essa mesma coletividade. Por conta disso, não há como se pensar numa fruição individual desses direitos; a fruição é sempre coletiva e indeterminada.

A intensa litigiosidade interna dos direitos difusos é também decorrente do fato dos mesmos não terem um vínculo jurídico básico. Desse modo, tais direitos apresentam-se soltos, fluidos, dispersos, difusos entre segmentos sociais das mais variadas dimensões. São direitos que escapam da concepção tradicional de relação jurídica (que, conforme visto em itens anteriores, tem como traço característico a posição bem definida e determinada dos agentes – Credor A versus Devedor B, Tício versus Caio).

Por outros termos, o favorecimento da posição A, quando se fala em direitos difusos, na verdade significa o favorecimento de uma categoria abrangente de pessoas, não podendo se afirmar com exatidão quem são os sujeitos beneficiados. Da mesma forma, quando se fala em lesão de direitos difusos não se pode aferir com exatidão a dimensão do

¹²¹ MANCUSO, 2000, p. 84 e ss.

dano ocorrido, bem como do número de pessoas afetadas.

Por exemplo, no caso de vazamento de substâncias tóxicas no leito de um rio que seja a fonte de abastecimento de água de dezenas de cidades que o margeiam. Nesse caso, é indeterminado o número de pessoas que terão o seu acesso à água afetado por esse dano ambiental. E esses fatores de indeterminação dos sujeitos e de mobilidade e fluidez do objeto dos direitos difusos, ampliam muito o grau de litigiosidade desses direitos. No caso o controle da poluição que é despejada no leito de qualquer curso d'água, como forma de se assegurar água saudável para a população, conflita com o interesse de empresas que não possuem adequado tratamento de esgoto e que fazem uso dos cursos d'água para eliminarem detritos do processo produtivo. No mesmo sentido, a proteção de coberturas florestais conflita com os interesses da indústria madeireira e de vários setores agroindustriais.

Trata-se de conflitos atuais, que refletem o grande dilema da sociedade contemporânea, em âmbito local e global, que ao mesmo tempo em que coloca como pressuposto de uma melhor qualidade de vida a garantia e proteção do exercício de uma atividade econômica cada vez mais desenvolvida, bem como a criação de novos empregos, ela se vê na necessidade inafastável de proteção do meio ambiente (em todas as suas formas), para as gerações presentes e futuras, para que um maior *bem-estar social* possa vir a ser atingido.

Ainda por não estarem ligados a um vínculo jurídico básico, tem-se que os direitos difusos apresentam como característica a efemeridade. Os direitos difusos mudam conforme mudam as circunstâncias fáticas a que estão ligados. Cada empreendimento potencialmente causador de impacto ambiental faz surgir novos direitos difusos que precisam ser imediatamente tutelados. Tal característica demanda uma prestação jurisdicional rápida e eficaz para qualquer tipo de lesão ou ameaça de lesão a direitos difusos, sob pena de irreparabilidade do dano ambiental.

Pode-se, ainda que de forma breve, delinear os principais contornos dos direitos difusos. Fazendo-se a distinção com a espécie direitos coletivos, pode-se constatar a complexidade das características dos direitos difusos, que não possuem um vínculo jurídico que reúna os *sujeitos de direitos difusos*, sendo que isso faz com que sejam direitos de uma série indeterminada ou de difícil determinação de titulares. São, portanto, direitos em que os titulares se encontram difusos entre os mais diversos segmentos sociais, sendo certo que a fruição desses direitos será sempre coletiva.

Estes são os traços característicos dos Direitos Ambientais, que clamam por um repensar da Teoria Geral do Direito. Um repensar, em termos coletivos, difusos, para que, numa projeção para o futuro, esses novos direitos tenham a possibilidade de reconhecimento e efetivação.

3.3 Os novos direitos ambientais: a questão da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados

Se, nos primeiros tempos da proteção da natureza, o legislador se preocupava exclusivamente com tal espécie ou tal espaço, beneficiando dos favores do público (critério simultaneamente antropocêntrico, local e particular), chegamos hoje à protecção de objectos infinitamente mais abstratos e mais englobantes, como o clima e a biodiversidade.

François Ost¹²²

Direito de terceira dimensão, transindividual e difuso por toda a coletividade, esses são os principais traços do direito ambiental. O direito ambiental, como diversos outros direitos fundamentais de terceira dimensão, já se encontra, de certa forma, positivado na ordem jurídica. Entretanto, este reconhecimento não garante a efetiva realização no plano social. A sociedade se encontra apenas no início do processo de reconhecimento e conscientização deste direito, o qual tem como intuito possibilitar a garantia da preservação da natureza em todos os seus elementos essenciais à manutenção do equilíbrio ecológico, para

¹²² OST, 1997, p. 112.

que, em última análise, o bem jurídico maior *vida* seja salvaguardado.

A questão ambiental ainda sofre muita influência do paradigma moderno, no qual o sujeito buscava, a partir do seu afastamento da natureza, dominá-la como um *objeto* a ser cada vez mais explorado. Durante muito tempo imperou uma concepção antropocêntrica radical no que diz respeito à relação do homem com a natureza. Em nome do progresso e de uma maior produtividade econômica, o homem submeteu a natureza a uma exploração e destruição sem precedentes.

Atualmente, em virtude da situação limite dos recursos naturais globais e o conseqüente temor iminente pelo eventual comprometimento do direito fundamental de viver¹²³, verifica-se que começa a ser delineada uma nova relação do homem com a natureza: uma relação em que se busca uma interação sustentável entre a ação humana e o meio ambiente. Uma mudança da concepção antropocêntrica para uma concepção *biocêntrica* ou *ecocêntrica* na relação homem/natureza, que tendo em vista a atual situação de significativo perigo da perpetuação da existência do ser humano na terra, passa a exigir uma postura de solidariedade de interesses entre o homem e a comunidade biótica de que ele faz parte¹²⁴.

E essa necessidade contemporânea preeminente de interação solidária e sustentável do homem com a natureza, bem que não pode ser individualmente apropriado, mas deve sim ser usufruído de forma coletiva, não condiz com a perspectiva individualista dos institutos jurídicos tradicionais. Em outros termos, na perspectiva do presente trabalho, a crise de efetividade dos direitos ligados à garantia a um meio ambiente ecologicamente equilibrado está diretamente relacionada às limitações dos institutos fundamentais da ciência

¹²³ Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos: “De todos os problemas enfrentados pelo sistema mundial, a degradação ambiental é talvez o mais intrinsecamente transnacional e, portanto, aquele que, consoante o modo como for enfrentado, tanto pode redundar num conflito global entre Norte e Sul, como pode ser a plataforma para um exercício de solidariedade transnacional e intergeracional.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2003a. p. 296.

¹²⁴ Nesse sentido ver artigo MILARÉ, Edis e COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo X ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ano 9, n. 36, out./dez. 2004.

jurídica. Conforme apontado nos itens anteriores, a dimensão tradicional dos conceitos de sujeito de direito, relação jurídica e de propriedade, diretamente ligados aos condicionantes históricos e filosóficos do paradigma da modernidade, já não dão mais repostas aos novos problemas socioambientais que se encontram globalmente difusos.

Dessa forma, numa perspectiva crítica e dialética, o direito ambiental é adotado como referência para que sejam feitas algumas constatações das limitações dos conceitos jurídicos tradicionais na satisfação dos novos direitos de dimensão coletiva.

É importante ressaltar, contudo, que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar todos os conceitos e princípios de direito ambiental, mas sim adotar a análise desse novo direito transindividual, cujos principais aspectos históricos e conceituais foram traçados nos itens precedentes, como referência para a sugestão de propostas de reconstrução dos institutos jurídicos tradicionais.

Nessa perspectiva, o presente trabalho concentrará esforços na análise crítica de uma questão socioambiental de grande atualidade e complexidade e que tem ligação direta com a proposta do trabalho de reconstrução das categorias tradicionais da Teoria Geral do Direito: “a questão da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados a ela¹²⁵”.

No dizer de Paulo Freire Vieira, a biodiversidade refere-se à

[...] variedade e variabilidade existentes entre organismos vivos e ecossistemas nos quais eles se mantêm. Ela engloba todos os níveis de diversidade que se estendem dos genes à biosfera, passando pelo nível das espécies, dos ecossistemas e das paisagens. Os desafios econômicos e políticos que o tema suscita dizem respeito não só ao fato de que ela fornece as matérias-primas de nossos alimentos, nossas habitações, vestimentas e medicamentos, mas também ao fato de que dela depende a manutenção das funções básicas dos ecossistemas, incluindo-se aqui os processos de produção, decomposição e reciclagem de nutrientes; regeneração dos solos; regulação dos grandes ciclos geobioquímicos e regulação climática¹²⁶.

Vê-se, portanto, que a Biodiversidade como sendo uma das propriedades

¹²⁵ As observações a seguir delineadas foram discutidas em FREIRIA, 2003, p. 145 e ss.

¹²⁶ VIEIRA, Paulo Freire. Erosão da biodiversidade e gestão patrimonial das interações sociedade-natureza - oportunidades e riscos da inovação tecnológica. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso B. (org.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 226-227.

fundamentais da natureza, responsável pelo equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas, é fonte de imenso potencial de uso social e econômico. A biodiversidade é a base das atividades agrícolas, pecuárias, pesqueiras e florestais; também é a base para a estratégia da indústria de biotecnologia – fundamentalmente para as indústrias de alimentos e medicamentos. Pode-se dizer que além do seu valor ecológico intrínseco, a biodiversidade possui incomensurável valor genético, social, econômico, científico e cultural.

Os avanços nesta área e a rentabilidade gerados foram tamanhos que passou-se a denominar a biodiversidade como verdadeiro *ouro verde*, dadas as suas incalculáveis potencialidades, desde inúmeras atividades com potencial econômico de exploração até as mais variadas possibilidades de obtenção de curas para as doenças que afligem a humanidade.

Dentre os países que abrigam florestas tropicais, o Brasil ocupa, com larga dianteira, o primeiro lugar quanto à proporção biodiversidade – possuímos o que alguns doutrinadores chamam de megadiversidade. Para se ter uma idéia, enquanto na floresta amazônica se conhecem mais de 2500 espécies de árvores, nas florestas temperadas de toda a França apenas cerca de cinquenta espécies podem ser encontradas. Tal riqueza nacional de biodiversidade é internacionalmente reconhecida, o que não impede que esteja imensamente ameaçada.

Ocorre que este patrimônio da sociedade concebido como diversidade biológica, que extravasa o campo das ciências naturais, dentro de um cenário de desenvolvimento econômico contemporâneo global que apresenta um aprimoramento tecnológico revolucionário¹²⁷, passa a ter uma importância crucial. A riqueza da biodiversidade brasileira vem sendo dilapidada para promover a sua integração na economia de mercado.

¹²⁷ Nas palavras de Laymert Garcia Santos: “Tudo se passa então como se estivéssemos vivenciando um período de ondas de revolucionarização que, emergindo de dentro do capitalismo, lhe dão novo alento e vão lhe abrindo novas perspectivas: é a Revolução Eletrônica, seguida pela Revolução das Comunicações, seguida pela Revolução dos Novos Materiais e pela Revolução Biotecnológica.” SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, Perda do humano e crise do sujeito do direito. In: OLIVEIRA, F.; PAOLI, M. C. (orgs). *Os sentidos da democracia* : políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 294.

Conforme as aprofundadas lições do Professor Laymert Garcia dos Santos:

O problema, porém, é que a biotecnologia parece expressar um novo tipo de predação, uma forma bastante perversa de destruição, e uma maneira sofisticada de submeter a biodiversidade à lei do mercado.

[...]

Em tudo isso sente-se que há algo errado. Empresas japonesas estão coletando ervas na Ásia. Empresas Americanas estão atrás de plantas na América Latina. Empresas européias estão abrindo centros de pesquisa no Brasil e na Índia. Dá pra ganhar. Mas nada desse dinheiro será ganho pelas pessoas que descobriram primeiro o valor dos medicamentos tradicionais¹²⁸.

A biodiversidade no contexto do desenvolvimento econômico e tecnológico do século XXI passa a ter um *valor* de dimensões incalculáveis. A chamada biotecnologia (o conjunto de técnicas que visa a exploração industrial da biodiversidade) começa, através da manipulação da diversidade biológica, a apresentar novas contingências para a sociedade: o desvio ilegal das riquezas da biodiversidade, a produção de plantas e de animais transgênicos, a exploração dos conhecimentos das comunidades tradicionais por empresas multinacionais para obtenção das propriedades medicinais dos elementos da biodiversidade, a clonagem e as manipulações genéticas obtendo animais estritamente padronizados são apenas um frágil esboço do que ainda está por vir e o direito deve apresentar respostas a este novo contexto mundial.

Em decorrência desta ingerência cada vez maior da exploração econômica e tecnológica na biodiversidade em âmbito global, iniciaram-se os primeiros movimentos das comunidades internacionais no sentido de serem firmadas políticas de proteção à diversidade biológica.

O crescimento da biotecnologia (que significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica¹²⁹) fez nascer conflitos de diferentes

¹²⁸ SANTOS, Laymert Garcia dos. A encruzilhada da política ambiental brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 38, p. 172-176, mar. 1994.

¹²⁹ Definição trazida pela Convenção sobre Diversidade Biológica de 5 de junho de 1992.

espécies, de natureza econômica, social e cultural, envolvendo disputas entre países, empresas multinacionais, organizações internacionais de defesa dos interesses indígenas e inúmeras entidades e grupos sociais.

No início da década de 90, a crescente exploração indevida das riquezas naturais da biodiversidade pelas atividades biotecnológicas de empresas multinacionais, a chamada biopirataria, foi definida, de forma significativa, pela autora indiana Vandana Shiva¹³⁰ como a *segunda chegada de Colombo*, sendo os Estados Unidos e a Inglaterra identificados como países que mais realizam a prática exploratória da biodiversidade.

Em junho de 1992, em resposta às diversas incertezas acerca da erosão biodiversidade, transferência de tecnologias, biotecnologia, bioprospecção, patrimônio genético e outras tantas questões relacionadas ao ecossistema mundial, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – ECO-92, foi ratificada por mais de 140 países (entre eles o Brasil) a Convenção da Diversidade Biológica. Nesta convenção procurou-se traçar as diretrizes para a conservação e utilização sustentável da biodiversidade em âmbito mundial.

A Convenção, de um modo geral, reconhece os amplos valores da diversidade biológica e de seus componentes (ecológicos, genéticos, sociais, científicos, educativos, culturais, recreativos e estéticos) e reafirma como fundamentalmente prioritário aos países periféricos o desenvolvimento econômico e social e a erradicação da pobreza.

Além disso, a Convenção reconhece a estreita dependência da preservação de recursos biológicos das comunidades locais e populações indígenas, com a manutenção de estilos de vida tradicionais. Ou seja, a Convenção sobre a Biodiversidade estabelece, através

¹³⁰ “Negar às outras culturas seus direitos por serem diferentes da cultura européia foi conveniente para tirá-lhes seus recursos e riquezas. A Igreja autorizou os monarcas europeus a atacar, conquistar e subjugar os pagãos, a capturar seus bens e territórios e a transferir suas terras e propriedades. Quinhentos anos atrás, Colombo levou essa visão para o Novo Mundo. Dessa forma, milhões de pessoas e centenas de outras espécies vivas perderam o direito de existir durante a primeira onda de globalização.” [...] “A biopirataria é a “descoberta” de Colombo 500 anos depois de Colombo.” SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Tradução Laura Cardelli Barbosa de Oliveira. Petrópolis: Vozes, 2001. p.133 e ss.

de seu artigo 8º, que os países signatários devem respeitar, preservar e manter o conhecimento, as inovações e as práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica. Segundo a definição de Boaventura de Sousa Santos, delineada na recente obra *Semear outras Soluções: Os Caminhos da Biodiversidade e dos Conhecimentos Rivaís*, “o termo biodiversidade, de facto, designa a diversidade de organismos, génotipos, espécies e ecossistemas, mas também os conhecimentos sobre essa diversidade¹³¹”.

Neste sentido, o texto da Convenção fixa no art. 1º as premissas básicas sobre as quais se fundamentam todos os princípios relativos à preservação de diversidade biológica global e os conhecimentos associados a ela:

A conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização sustentável dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante o financiamento adequado.

O Brasil deu vazão à implementação da Convenção da Diversidade Biológica em sua Ordem Jurídica através da atual Medida Provisória 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001¹³². Apesar deste instrumento normativo ter trazido uma série de mecanismos específicos no sentido de garantir uma utilização sustentável da Biodiversidade no Brasil, permanecem no ar uma série de incertezas decorrentes do conflito entre a exploração econômica da biodiversidade e seu regime de proteção jurídica. Ou seja: Será que o sistema jurídico

¹³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G.; NUNES, João Arriscado. Para ampliar o cânone do reconhecimento, a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4. p. 51.

¹³² Deve-se ressaltar que desde a Constituição de 1988, há previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro de proteção da diversidade biológica. É o que se depreende da previsão do art. 225, parágrafo 1º, inciso II: “art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.” Cabe dizer também que a Medida Provisória que disciplina a biodiversidade brasileira foi editada pela primeira vez como Medida Provisória 2.052 de 30 de junho de 2000, sendo que foi reeditada 16 vezes até ficar com a versão atual: Medida Provisória 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001.

brasileiro, preponderantemente privatístico e individualista, estaria adequado para salvaguardar a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados a ela? Quem seriam os sujeitos desse novo direito? Até que ponto a lógica da relação jurídica contratualista, que equipara os bens naturais a mercadorias, não atrapalha a exigência de desenvolvimento sustentável, tão preeminente nos dias atuais? De que forma um patrimônio natural e cultural moldado por milhões de anos de evoluções biológica e práticas agrícolas milenares pode ser submetido à apropriação privada sem alterar o equilíbrio ecológico¹³³ ?

Estas são indagações que precisam encontrar respostas no ordenamento jurídico brasileiro. Laymert Garcia dos Santos coloca que “o Direito precisa afirmar a sua razão de ser, a sua normatividade [...], traçando limites para o mercado e para a atividade tecnocientífica¹³⁴”.

E cabe à teoria geral do direito se readequar para poder atender a estas peculiaridades dos novos direitos (como é o caso da biodiversidade e os conhecimentos associados), que possuem natureza transindividual e são típicos de uma sociedade altamente complexa em suas relações. E no sentido de contribuir para a construção de um regime jurídico de proteção a estes novos direitos coletivos, é que caminha o presente trabalho.

Em suma: não obstante já existam textos normativos de proteção à biodiversidade na realidade jurídica brasileira, ainda falta substrato teórico que propicie a adequada compreensão da complexidade da relação biodiversidade, conhecimentos tradicionais associados, biotecnologias e mercado, e é justamente no sentido de contribuir para a construção de um regime jurídico de proteção a este novo objeto do Direito - a biodiversidade

¹³³ Nesse sentido tem-se as seguintes indagações de Gilberto Dupas, expostas em artigo publicado no Jornal O Estado de São Paulo “Quem pode manipular e controlar material genético ? Quem ampara as decisões das corporações sobre inovações tecnológicas que suprimem empregos e baixam salários ? Quem se responsabiliza pela deterioração das cadeias alimentares, pelos efeitos das ondas eletromagnéticas dos telefones celulares sobre os mecanismos celebrais ou da poluição ambiental sobre inúmeras doenças ? São conseqüências difusas, mas que podem causar efeitos devastadores a médio prazo.” DUPAS, Gilberto. Lógica global, estado e legitimidade social. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 29 maio 2004, Caderno 1, p. A2.

¹³⁴ SANTOS, 1999, p. 305.

- é que serão dados os próximos passos do presente estudo.

3.4 A biodiversidade os conhecimentos tradicionais associados e a necessidade de reconstrução dos institutos tradicionais da teoria geral do direito

A busca de conservação da biodiversidade, considerada enquanto patrimônio natural a ser gerido em bases sustentáveis, encontra-se permeada de conflitos, exprimindo o jogo de percepções e interesses diferenciados e exigindo a intervenção permanente do poder público e o reforço da capacidade de auto-organização das forças vivas da sociedade civil. Esta dinâmica implica, na maior parte dos casos, a criação ou aplicação de novas regras, e a criação de novas instituições ou modificações daquelas já existentes.

Paulo Freire Vieira¹³⁵

Conforme salientado no item anterior, a questão socioambiental da biodiversidade foi escolhida como o viés prático do presente trabalho. A biodiversidade, na condição de patrimônio natural difuso, foi eleita como um novo bem jurídico que demanda proteção e regulamentação e que, para que isso ocorra, exige as reconstruções das categorias fundamentais da Teoria Geral do Direito, sugeridas no Capítulo 2 do presente trabalho. Nessa perspectiva, a razão crítica, eleita no Capítulo 1 como referencial metodológico da dissertação, tem o papel fundamental de abrir espaços, questionando verdades dadas como certas e acabadas pelo paradigma moderno, para que seja possibilitada a reformulação dos conceitos tradicionais de sujeito de direito, do direito de propriedade e de relação jurídica dentro de uma dimensão menos abstrata e mais real – de acordo com as complexidades do nosso tempo, para que novos direitos, como é o caso da biodiversidade, possam ser reconhecidos e efetivados.

Além disso, a escolha da questão da proteção e regulamentação da biodiversidade como um exemplo de novo direito que clama por uma reconstrução de conceitos tradicionais da Teoria Geral do Direito em termos coletivos, também encontra justificativa no contexto atual de transição paradigmática, delineado na introdução do trabalho. Ou seja, todas as

¹³⁵ VIEIRA, 1998, p. 262.

discussões que envolvem o processo de regulamentação da biodiversidade refletem o confronto entre o velho paradigma, marcado pelo individualismo, por um sujeito de direito que busca explorar de todas as maneiras a propriedade e os recursos naturais que estão relacionados a ela, sempre na busca da obtenção do lucro, o que leva a biodiversidade, dentro dessa lógica de mercado, à condição de mercadoria; e o novo paradigma, que vem sendo construído dentro das complexidades do nosso tempo, e que tem a difícil missão de harmonizar desenvolvimento tecnológico com a necessidade de garantia de uma vida digna e de qualidade para a população mundial, sendo certo que, nessa óptica, a proteção da diversidade biológica é uma condição básica para se ter sustentabilidade e qualidade de vida para as gerações presentes e futuras.

E dentro dessa perspectiva de transição paradigmática, a possibilidade de proteção da biodiversidade exige que as categorias de sujeito de direito, propriedade e relação jurídica, sejam disciplinadas pelo direito em termos coletivos. Segundo Vandana Shiva:

A proteção e recuperação da biodiversidade comunitária é, primordialmente, um movimento social e político que reconhece a criatividade intrínseca à diversidade de formas de vida. Ela exige sistemas de propriedade coletiva no tocante à propriedade e uso da diversidade biológica. Além disso, visa ao estabelecimento de “terras comunitárias intelectuais” – um domínio público onde o conhecimento sobre os usos da biodiversidade não é mercantilização¹³⁶.

Verifica-se, portanto, que o processo de regulamentação e proteção da biodiversidade deve ser compreendido de forma integrada com o processo de coletivização do direito de propriedade. A efetivação da determinação de que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, de acordo com as previsões dos artigos 5º, inciso XXIII e 186, inciso, II da Constituição Federal brasileira, consubstanciados pelo parágrafo 1º do art. 1228 do Código

¹³⁶ SHIVA, 2001, p. 106-107.

Civil brasileiro, representa uma condição para a possibilidade de proteção da biodiversidade.

A propriedade, na condição de principal objeto do sujeito de direito moderno, necessariamente passa por um processo de transformação para que os novos direitos, como é o caso da proteção da biodiversidade, tenham a oportunidade de serem preservados para as gerações presentes e futuras. E esse processo de transformação do direito de propriedade significa também o aparecimento de novos parâmetros que começam a redesenhar a figura do sujeito de direito. O sujeito de direito, além da sua dimensão individual, passa a ser redesenhado em termos coletivos, difusos, no sentido de se preservar os novos direitos, no caso a biodiversidade, do seu real risco de extinção¹³⁷ e para se possibilitar uma utilização economicamente viável, socialmente justa e ecologicamente responsável da diversidade biológica.

Nessa perspectiva de readequação dos conceitos da Teoria Geral para se possibilitar a proteção ambiental da biodiversidade, um novo direito de dimensões globalmente difusas, tem-se a seguinte ponderação de Luiz Edson Fachin, na sua obra *Teoria Crítica do Direito Civil*:

A noção de objeto de direito, em face da proteção ao meio ambiente e o direito da Natureza pode contribuir, nessa linha, para fornecer novos parâmetros ao redesenhar o sujeito de direito. Isso porque, saquear a vida até a exaustão de seus frutos tem sido um nefasto papel atribuível à formulação jurídica de proposições, em um simulacro da disciplina do sujeito de direito¹³⁸.

Para Fachin o indivíduo dever ser “recolocado no centro dos interesses como ser

¹³⁷ Segundo Richard Norgaard, Professor da Universidade da Califórnia em Berkeley: “A redução no número de espécies plantadas resulta numa redução ainda maior do número de espécies de apoio. Bactérias locais específicas que fixam o nitrogênio, fungos que facilitam a absorção de nutrientes através de associação micorrizófila, predadores de pestes, polinizadores e dispersores de sementes e outras espécies, que coevoluíram através de séculos para fornecer serviços ambientais para agroecossistemas tradicionais, se tornaram extintos ou sua base genética foi dramaticamente estreitada. Sem a flora com a qual coevoluíram, os micróbios do solo desaparecem. A especialização, o comércio e a conseqüente homogeneidade regional das espécies de cultivos reduziram a diversidade biológica.” NORGAARD, Richard B. *O crescimento da economia global de trocas e a perda de diversidade biológica*. In: WILSON, E. O. (org). *Biodiversidade*. Tradução Marcos Santos e Ricardo Silveira. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997. p. 264.

¹³⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 215

coletivo¹³⁹”. Parece claro que, nos dias atuais, os valores individuais, como a garantia da dignidade da pessoa humana e a garantia de uma sadia qualidade de vida que todo cidadão faz jus, constitucionalmente assegurados, somente serão alcançados com a manutenção, de forma coletiva, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que implica necessariamente garantir a preservação da biodiversidade.

A proteção da biodiversidade, além de ser, na condição de um novo direito transindividual, um importantíssimo vetor de efetivação de direitos individuais, que dependem para sua concretização da manutenção do equilíbrio ecológico na forma de preservação de diversidade biológica, representa também um diferencial estratégico do Brasil nas relações internacionais¹⁴⁰ e uma importante via alternativa de desenvolvimento sustentável¹⁴¹. Como já foi enfatizado no item anterior, o Brasil possui o que alguns doutrinadores chamam de megadiversidade.

Para se ter uma idéia, estima-se que o país abrigue de 15% a 20% de todas as espécies animais e vegetais existentes, muitas delas com exclusividade. Segundo informações do Ministério do Meio Ambiente, no Brasil deve haver mais de 3 (três) milhões de espécies que compõem a biodiversidade ainda desconhecidas e entre as espécies nativas já documentadas, menos de 1% foram pesquisadas geneticamente¹⁴². Vê-se que a biodiversidade brasileira consiste num gigantesco potencial para pesquisas de matérias-primas fundamentais para o desenvolvimento de novos produtos, preponderantemente pelas indústrias

¹³⁹ FACHIN, 2003, p. 216.

¹⁴⁰ Para Laymert Garcia dos Santos: “A grande maioria dos brasileiros ignora por completo que, com o enorme agravamento da crise ambiental planetária na década de 80, o Brasil passou a ter um papel nas relações internacionais. O povo brasileiro nem acredita que o país possa ter uma voz no âmbito internacional. O desconhecimento da projeção que este adquiriu é imenso e percorre todas as camadas sociais, mas é mais dramaticamente flagrante nas elites.” SANTOS, 1994, p. 179.

¹⁴¹ No entender de Vandana Shiva: “Precisamos mudar para um paradigma econômico alternativo que não reduza todo e qualquer valor a preços de mercado e toda atividade humana ao comércio. Do ponto de vista ecológico, essa abordagem implica em reconhecer o valor biodiversidade em si. Todas as formas de vida têm um direito inerente à vida; essa deveria ser a razão primordial para prevenirmos a extinção de espécies.” SHIVA, 2001, p. 104.

¹⁴² Dados fornecidos pela reportagem Quanto valem a fauna e flora brasileiras ?, realizada por Herton Escobar e Laura Knapp para o jornal *O Estado de S. Paulo*, em 08 de abril de 2002, Caderno 1, p. A8.

farmacêuticas, alimentícias e de produtos químicos. Em referência ao potencial de riquezas das florestas brasileiras, conforme já mencionado, pesquisadores afirmam que o *ouro hoje não é mais amarelo, mas sim verde*. Esse *ouro verde* tem rendido milhões para empresas estrangeiras, mas o Brasil e as comunidades tradicionais que sempre fizeram uso das propriedades desses recursos naturais, têm ficado à margem desse cruel processo de exploração da natureza.

Constata-se a complexidade da questão da proteção da biodiversidade. Num primeiro plano, na condição de direito globalmente difuso, verifica-se a necessidade de proteção da biodiversidade do real risco de extinção¹⁴³, através de desmatamentos e todas as demais práticas de degradação ambiental. Num segundo plano, verifica-se a necessidade de proteção da biodiversidade na sua condição de patrimônio nacional (na medida em que cabe a cada Estado nacional se colocar como instância que assegure o uso sustentável e confira proteção aos recursos naturais) e também a necessidade de proteção de todos os conhecimentos tradicionais associados a ela.

A Convenção da Diversidade Biológica, da qual o Brasil é signatário, ressalva, no seu artigo 3º, a soberania de cada Estado sobre os seus recursos biológicos, bem como reconhece, de forma geral, o papel indispensável das comunidades tradicionais na conservação dos recursos naturais. Apesar disso, ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro proteção legal para as riquezas naturais que integram a diversidade biológica, bem como para os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, que se encontram difusos por toda a cultura brasileira.

Trata-se de mais uma perspectiva de dimensão coletiva que a questão da proteção

¹⁴³ “A redução da floresta tropical não apenas reduz pela mesma margem todas as espécies que vivem ali, mas deixa-as mais vulneráveis à extinção. Isso é verdade em alguns casos, mas em muitos outros acontece de espécies inteiras serem eliminadas porque estavam restritas à parte da floresta que foi devastada. Segundo, até mesmo quando uma parte da espécie sobrevive, terá sofrido uma redução significativa na variação genética entre seus membros devido à perda de gens que existiam apenas em partes externas.” WILSON, E. O. A situação atual da diversidade biológica. In: _____ (org). *Biodiversidade*. Tradução Marcos Santos e Ricardo Silveira. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997. p. 14.

da biodiversidade suscita, e ao suscitar exige a reconstrução dos institutos tradicionais da ciência jurídica para que o direito possa se aproximar dessa realidade transindividual como são os conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica.

Há que se considerar que os usos dos recursos naturais da biodiversidade por comunidades tradicionais para alimentação, benzimentos, curas, rituais, combate a pragas nativas, dentre outros, representam um interessante e rentável atalho para o desenvolvimento de novos produtos pelas empresas que fazem uso da biotecnologia. Pesquisas revelam que o conhecimento tradicional aumenta em 400% a eficiência em reconhecer propriedades medicinais da biodiversidade e que, dos 120 princípios ativos isolados pela indústria farmacêutica nos últimos tempos, 75%, foram identificados pelo conhecimento tradicional associado. E nesse ponto, o Brasil também é detentor de uma riqueza incalculável. São cerca de 220 povos indígenas e uma imensa diversidade de populações tradicionais possuidoras de conhecimentos difusos e aplicados à biodiversidade – seringueiros, ribeirinhos, quilombolas, extrativistas, dentre outros¹⁴⁴.

E toda essa riqueza socioambiental, representativa dessa indissociável união entre cultura tradicional e natureza/biodiversidade, encontra-se ameaçada pelo sistema jurídico vigente, mais precisamente ameaçada pelo sistema patentário vigente, sistema de normas de proteção dos direitos intelectuais, que chancela os conhecimentos novos, individualmente produzidos, transformando a biodiversidade em propriedade privada, legalmente emoldurada na forma de patentes, em detrimento dos conhecimentos tradicionais que são gerados de forma coletiva e informal e que são transmitidos através dos tempos de geração para geração.

Em outros termos, o Brasil é signatário do Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual), firmado junto à Organização Mundial de Comércio (OMC), e incorporado ao direito interno pelo Decreto n° 1.355, de 30 de dezembro de 1994, e

¹⁴⁴ Dados colhidos do seguinte artigo: FONTES, Cristiane. “Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais: mais proteção já !” Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/tradibio>>. Acesso em: 23 set. 2004.

que foi regulamentado com mais especificidade pela Lei Federal n°9.279, de 14 de maio de 1996, a chamada Lei de Patentes ou de Propriedade Industrial. Referida Lei retrata os interesses da Organização Mundial do Comércio e prevê a possibilidade de patenteamento dos processos biotecnológicos oriundos de plantas e animais, sem qualquer tipo de contraprestação aos detentores dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos naturais explorados e transformados em *propriedade privada cercada*.

Sobre esse sistema patentário, assim se posiciona Vandana Shiva:

Conhecimento e recursos são, portanto, sistematicamente usurpados dos guardiões e doadores originais, tornando-se monopólio das multinacionais. Por meio dessa tendência, a biodiversidade é transformada de domínios locais comuns em propriedade particular cercada. De fato, o fechamento dos “domínios comuns” é o objetivo dos Direitos de Propriedade Intelectual nas áreas de formas de vida e biodiversidade. Esse fechamento é universalizado pelo acordo TRIPs do GATT e certas interpretações da Convenção sobre Biodiversidade. Também é o mecanismo subjacente aos contratos de bioprospecção. A desvalorização do conhecimento local, a negação dos direitos locais e, simultaneamente, a criação dos direitos monopolistas de uso de diversidade biológica pela alegação da novidade, estão no centro da privatização do conhecimento e da biodiversidade.¹⁴⁵

O argumento da novidade para criação de direitos privatísticos sobre a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados, encontra forte referência na lei brasileira de patentes, no seu art. 8º (Lei Federal n°9.279/96), que estabelece ser “patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial”. Uma vez concedida a patente, sob a égide dos parâmetros mercantilistas, ocorre o fechamento do conhecimento tradicional associado à biodiversidade, gerado e transmitido de maneira coletiva, na forma de propriedade privada, haja vista que o titular da patente pode “impedir terceiros de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar, sem o seu consentimento, o produto ou processo patentado” (art. 42 da Lei n°9.279/96). Cabendo dizer que referida situação e os consequentes benefícios do patenteamento da biodiversidade e dos conhecimentos associados irão gerar efeitos por um período de 20 (vinte) anos, haja vista que

¹⁴⁵ SHIVA, 2001, p. 93-94.

o art. 40, da Lei n°9.279/96, prevê que “a patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito”.

Com isso se estabelece uma relação jurídica precisa e segura para o detentor da patente, que na condição de sujeito ativo determinado, através de um processo legalmente válido de concessão de patentes, recebe a titularidade (propriedade) da patente, passando a ser, individualmente, credor de todas as benesses da usurpação de um direito coletivo.

Tal regime tem propiciado as mais diversas formas de espoliação e apropriação indevida da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Entre os casos mais conhecidos tem-se o patenteamento do *cupuaçu* por empresas japonesas (Asahi Foods e Cupuaçu Internacional), que impedia que qualquer outro empreendedor utilizasse o nome *cupuaçu* (fruto típico da Amazônia), em seus produtos nem mesmo como ingrediente. A situação só foi normalizada através da ação organizada da sociedade civil, que por meio da Organização não Governamental Grupo de Trabalho da Amazônia (GTA) solicitou a repatriação do cupuaçu e, por conta disso, as empresas japonesas assinaram um termo de compromisso renunciando em favor do Estado do Pará todos e quaisquer direitos de oposição por uso do cupuaçu.

Outro exemplo de apropriação da biodiversidade por empresas estrangeiras é caso do Capoten - medicamento para regular a pressão arterial comercializado pelo empresa americana Bristol-Myers Squibb. Com faturamento anual estimado em US\$ 5 (cinco) bilhões de dólares, o Capoten é feito à base de captotril, substância encontrada no veneno da jararaca. A jararaca é um animal puramente brasileiro. Mas todo o lucro com a venda do medicamento fica com a empresa, americana, que detém a patente sobre o produto.

Houve também os casos de patenteamento do *ayahuasca*, planta medicinal amazônica usada por diferentes comunidades indígenas, e de alto valor espiritual para tais

comunidades, patenteada pelo norte-americano Loren Miller, e da *quinua*, planta de alto valor nutritivo e de utilização tradicional na alimentação de comunidades indígenas, cuja patente foi concedida a dois professores da Universidade de Colorado, Duane Johnson e Sara Ward¹⁴⁶.

Houve ainda, no plano internacional, após a identificação de propriedades anticancerígenas (produto vital para o tratamento da leucemia infantil), o patenteamento da *catharanthus roseus*, popularmente conhecida como beijo de mulata. O princípio ativo foi patenteado e passou a ser vendido por uma companhia transnacional farmacêutica, que, com a comercialização do medicamento, obteve lucro de cerca de 100 milhões de dólares. O composto farmacêutico é produzido a partir de plantas encontradas na Filipinas e na Jamaica, sendo certo que os habitantes desses dois países não têm acesso a esses medicamentos e muito menos percebem benefícios de qualquer espécie por esse processo de exploração da natureza local.

Deve-se frisar que tais exemplos de usurpação da biodiversidade e do conhecimento tradicional demonstram que na prática, para a concessão de patentes, tem-se considerado para a caracterização da atividade inventiva, os processos biotecnológicos (técnicas científicas e industriais que isolam os princípios ativos da biodiversidade), como forma de se fraudar vedações normativas de patenteamento de descobertas de seres vivos encontrados na natureza. Pelo art. 10, alínea IX, da Lei 9.279/96: “Não se considera invenção nem modelo de utilidade: o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.” Previsão essa que não tem

¹⁴⁶ Informações retiradas do artigo: SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, jan./mar. 2003. p. 85 e também do texto SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula G.; NUNES, João Arriscado. Para ampliar o cânone do reconhecimento, a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4.

impedido a ocorrência de um verdadeiro processo de privatização de riquezas naturais e conhecimentos associados sob o manto das invenções biotecnológicas.

Em outros termos, de acordo com os exemplos citados, constata-se que este crescente processo de privatização da biodiversidade e do conhecimento associado reflete a emolduração desses novos direitos coletivos, em estruturas jurídicas tradicionais que foram concebidas no contexto do paradigma da modernidade, no qual se vislumbrava um sujeito de direito individualizado, capaz, através da chancela legal, usar e dispor de forma irrestrita da propriedade privada e dos recursos naturais.

Este enquadramento não é mais suficiente para a proteção dos novos direitos coletivos, difusos, transindividuais, como é a biodiversidade e conhecimento nativo associado a ela. Não se pode transportar para a proteção desses novos direitos a lógica individualista e patrimonialista do mercado, do lucro irresponsável, da proteção patentária das invenções industriais e tecnológicas, sob pena de caminhar para um futuro de irreparável erosão da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados¹⁴⁷.

A perpetuação dessa realidade tende a estimular a *biopirataria*¹⁴⁸ das riquezas naturais brasileiras e a consolidar um sistema de patentes que não traz nenhum tipo de benefício para o país, culminando numa situação crítica de degradação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais, aumento da dependência econômica e tecnológica aos países desenvolvidos e, por consequência, afetação de direitos individuais e coletivos, na forma de agravamento da pobreza, diminuição de uma sadia qualidade de vida e crescimento do desequilíbrio ecológico.

¹⁴⁷ Segundo as palavras de Juliana Santilli: “O sistema de patentes prejudica o modo como se produzem e usam os conhecimentos tradicionais, e não é possível se usar para proteger os conhecimentos tradicionais os mesmos mecanismos que protegem a inovação nos países industrializados, sob pena de destruir o sistema que os produz e matar o que se queria conservar.” SANTILLI, 2003, p. 88.

¹⁴⁸ Como base nas informações que foram articuladas nesse capítulo, pode-se definir a biopirataria como sendo o uso da propriedade intelectual para legitimar a propriedade e o controle exclusivo dos recursos biológicos e genéticos, e do conhecimento tradicional associado à biodiversidade sem que se reconheça, recompense ou proteja os direitos dos inovadores informais (comunidades tradicionais das mais variadas espécies) e sem que se atendam as condições legais para acesso aos recursos da biodiversidade, com consequências lesivas para todos.

Nesse sentido, esses novos direitos, decorrentes da complexa relação da biodiversidade com o conhecimento tradicional, necessitam urgentemente de uma adequada legislação regulamentadora e de uma nova teoria jurídica (quer no que tange à aceitação de novas fontes, quer na reformulação de conceitos tradicionais) capaz de captar as complexidades dos problemas contemporâneos e, acima de tudo, assegurar a proteção à vida humana nas suas mais diversas manifestações¹⁴⁹.

Como se vê, a questão da proteção biodiversidade e do conhecimento tradicional associado a ela enfatizam o momento de profunda transição paradigmática da ciência jurídica. Constata-se, na análise da proteção da diversidade biológica, que as concepções tradicionais dos conceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito não atendem mais às complexidades dos novos direitos de dimensão transindividual. Conforme apontado, o sujeito de direito, além da sua dimensão individual, passa a ter que ser repensado em termos coletivos no sentido de se preservar os novos direitos, no caso a biodiversidade, do seu real risco de extinção e para se possibilitar uma utilização ecologicamente responsável e socialmente justa da diversidade biológica. A determinação de que o direito de propriedade deva atender a sua função social, a efetivação da dimensão coletiva do direito de propriedade, restou caracterizada também como uma condição imprescindível para a possibilidade de proteção da biodiversidade. Da mesma forma, a relação jurídica tradicional, tida como campo seguro e preciso, determinado por uma norma legal, no qual se podia atuar independentemente de qualquer vontade alheia, e que chancelou o atual sistema de patentes que é utilizado para a usurpação da biodiversidade, deixa de ser uma referência precisa da posição dos agentes na relação, passando a ter que ser identificada, como uma garantia genérica, que deve, acima de tudo, assegurar a proteção dos direitos coletivos e difusos, que uma vez efetivados representam a satisfação de direitos individuais.

¹⁴⁹ Nessa perspectiva, tem-se a já mencionado obra WOLKMER; LEITE, 2003, p. 14 e ss.

3.5 Semeando outras soluções

3.5.1 *Algumas alternativas normativas e teóricas para proteção e reconhecimento da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado*

[...] o instrumental do Direito Público clássico, assentado sobre a noção de soberania estatal, tem fornecido as bases para regular conflitos que extrapolam interesses individuais e vêm orientados pela oposição entre grupos de indivíduos e Estados, e entre Estados soberanos. As respostas jurídicas mais recentes, por sua vez, começam a trabalhar com categorias que contemplam, concomitantemente, interesses individuais, coletivos e comunitários, não-estatais [...].

José Antônio Peres Gediel¹⁵⁰

Conforme colocado por Laymert Garcia dos Santos “o Direito precisa afirmar a sua razão de ser, a sua normatividade, traçando limites para o mercado e para a atividade tecnocientífica¹⁵¹”. O direito precisa traçar novos limites para problemas e interesses que escapam do controle e das soluções dadas pelas prerrogativas dos direitos individuais. O direito precisa criar novos parâmetros legais e reconstruir suas categorias fundamentais, para que a realidade jurídica se aproxime da cada vez mais complexa e difusa realidade social dos dias atuais. Nos dizeres de Fachin é “relevante imaginar outro futuro que não seja a repetição do passado¹⁵²”.

E a biodiversidade e o conhecimento tradicional associado a ela fazem parte dessa complexa e contemporânea realidade social que clama por um repensar do direito, um repensar em termos coletivos, difusos, transindividuais.

Os passos seguintes do trabalho serão dados no sentido da análise daquilo que já existe em matéria de proteção da biodiversidade, bem como no sentido de semear novas possibilidades de proteção e utilização sustentável da biodiversidade e do conhecimento tradicional.

¹⁵⁰ GEDIEL, José Antônio Peres. Declaração Universal do genoma humano e direitos humanos: revisão crítica dos instrumentos jurídicos. In: CARNEIRO, F.; EMERICK, M. C. (orgs.). *Limite: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz, 2000. p. 159.

¹⁵¹ SANTOS, 1999, p. 305.

¹⁵² FACHIN, 2003, p. 317.

De acordo com o que foi exposto nos itens anteriores, fazendo uma análise dos instrumentos legais já existentes de proteção à biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, tem-se que o Brasil deu vazão à implementação da Convenção da Diversidade Biológica em sua Ordem Jurídica através da Medida Provisória 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001. No entanto, apesar deste instrumento normativo ter trazido certos mecanismos específicos no sentido de garantir uma utilização sustentável da Biodiversidade no Brasil, permanecem no ar uma série de incertezas decorrentes do conflito entre as possibilidades de exploração econômica da biodiversidade e seu regime de proteção jurídica. Permanecem no ar as divergências entre os interesses dos países industrializados que são detentores dos recursos financeiros e tecnológicos e os países em desenvolvimento, ricos em biodiversidade e conhecimento tradicional associado, como é o caso do Brasil, mas ainda dependentes da tecnologia e do capital dos países industrializados. Ou seja, após a ratificação da Convenção da Diversidade Biológica no ano de 1992 pouco se avançou no sentido de se estabelecer um novo regime jurídico para traçar limites para as relações de acesso à biodiversidade a aos conhecimentos tradicionais.

A Medida Provisória 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001, atualmente em vigor, além de não ser o mecanismo legal adequado para disciplinar a complexidade que envolve a questão da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, por suas inerentes condições de urgência e precariedade¹⁵³ que deveriam ser atendidas para sua edição, mas que vêm sendo constantemente distorcidas pelos nossos governantes nos seus recorrentes usos, trata o tema de forma genérica, negligenciando os aspectos coletivos da questão, sendo certo

¹⁵³ Segundo o art. 62 da Constituição Federal, somente em casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Deve-se ressaltar, que a Emenda Constitucional 32/2001, acrescentou o parágrafo § 3º ao art. 62 da CF, no sentido que as medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. Cabe dizer também que a Medida Provisória que disciplina a biodiversidade brasileira foi editada antes da referida Emenda Constitucional, no ano de 2000 (Medida Provisória 2.052 de 30 de junho de 2000), razão pela qual não sofreu os efeitos do § 3º ao art. 62 da CF, sendo que foi reeditada 16 vezes até ficar com a versão atual: Medida Provisória 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001.

que num primeiro momento referida Medida serviu claramente para *regularizar a biopirataria*.

Na sua primeira edição (foi editada na primeira vez como Medida Provisória 2.052 de 30.06.2000), para se ter uma idéia da acentuada perspectiva mercantilista e individualista de prospecção da biodiversidade presente nesse instrumento legal, a Medida Provisória previa uma anistia geral a todos os que haviam explorado economicamente, até a data de 30 de junho de 2000, qualquer forma de conhecimento tradicional associado à biodiversidade brasileira.

Além disso, privilegiando os interesses individuais em detrimento dos direitos coletivos à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais, referida Medida Provisória assegurava, àqueles que já realizavam a exploração da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais brasileiros, o direito de continuar a usurpação da diversidade biológica e dos conhecimentos associados nas condições anteriores à edição do diploma legal, sem qualquer ônus para os exploradores e sem exigência de qualquer tipo de anuência por parte das comunidades tradicionais que há tempos, de forma coletiva, transmitem seus conhecimentos de geração para geração¹⁵⁴.

Utilizando analogia proposta por Vandana Shiva, previsões como essas, de certa forma, apontavam no sentido da existência de um *direito natural do explorador de espoliar os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade* como se existisse uma razão histórica legítima para isso, ou seja, como se fosse natural que o processo de colonização e seus instrumentos saqueadores perpetuassem até os dias correntes.

¹⁵⁴ Tais pontos, presentes nos artigos 10 e 14 da Medida Provisória 2.052 de 30.06.2000, foram questionados perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, de número 2289-0, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag), cujo relator foi o Ministro Néri da Silveira, sendo que tais previsões foram excluídas das edições seguintes da Medida Provisória. Informações disponíveis em: <<http://www.stf.gov.br/processos>>. Acesso em: 19 out. 2004.

Nas suas sucessivas reedições foram melhorando as garantias das comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos associados à biodiversidade e patrimônio genético, bem como as regras de proteção às riquezas naturais da diversidade biológica. Tanto que na sua edição atualmente em vigor, a Medida Provisória 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001, no seu artigo 8º, reconhece de forma expressa o direito das comunidades indígenas e locais de decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, melhorando as formas de proteção desses valores difusos em face das ameaças de exploração ilícita.

Nesse sentido, a última edição da Medida Provisória, estabelece certas garantias para as comunidades tradicionais, sendo as principais delas disciplinadas no art. 9º da MP no sentido de que é assegurado à comunidade local que detém conhecimento tradicional associado à biodiversidade os direitos de:

[...] ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações que fizeram uso do conhecimento tradicional associado à biodiversidade; de impedir terceiros não autorizados de utilizar, realizar testes, divulgar, transmitir dados, realizar pesquisas ou exploração, relacionados ao conhecimento tradicional associado; de perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, cuja titularidade, de forma difusa, pertence à comunidades tradicionais.

Não obstante esses avanços normativos no sentido da proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, o parágrafo 4º do artigo 8º da Medida Provisória 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001, prevê que “a proteção ora instituída não afetará, prejudicará ou limitará direitos relativos à propriedade intelectual”. Em outros termos, além dos problemas por se ter tal questão tão relevante disciplinada por uma Medida Provisória, o instrumento legal que regulamenta a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, possibilita que os produtos novos inventados em decorrência da aplicação comercial ou industrial de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, possam ser patenteados, ou seja, possam ser cercados na forma de propriedade privada.

Isto significa que a legislação em vigor, em matéria de proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, ainda privilegia a perspectiva individualista, formalista e mercantilista em matéria de regulamentação do tema, assegurando a possibilidade de criação de monopólios sobre algo que é gerado, transmitido e usufruído de forma coletiva.

Apesar da existência de previsões que refletem a influência dos interesses mercantilista e individualista sobre a questão da biodiversidade e do conhecimento tradicional, como é o caso do parágrafo 4º do art. 8º da Medida Provisória 2.186 –16, de 23 de agosto de 2001, referido instrumento legal, através de seu artigo 10º, criou importante órgão deliberativo e representativo da Administração Pública e da Sociedade Civil, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, órgão ligado ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de gerir e regulamentar os temas ligados à proteção da biodiversidade¹⁵⁵.

No âmbito do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, foi criada a Câmara Temática de Legislação, composta por representantes das mais variadas áreas do saber, com o intuito de construir um novo regime de proteção que atenda às peculiaridades e especificidades da biodiversidade e do conhecimento tradicional. Os trabalhos da Câmara foram iniciados em abril de 2003, o que demonstra a atualidade e efervescência do tema, sendo que em setembro de 2003 foi enviado para a Ministra do Meio Ambiente o Anteprojeto de Lei de Acesso ao Material Genético e seus Produtos, de Proteção aos Conhecimentos Tradicionais Associados e de Repartição de Benefícios derivados de seu uso.

¹⁵⁵ Dentre as principais competências do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, previstas no artigo 11 da Medida Provisória 2.186-16, temos as seguintes: I - coordenar a implementação de políticas para a gestão do patrimônio genético; II - estabelecer normas técnicas; III - acompanhar, em articulação com órgãos federais, ou mediante convênio com outras instituições, as atividades de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado; IV - deliberar sobre autorização de acesso a conhecimento tradicional associado, mediante anuência prévia de seu titular. Cabe ressaltar que o processo de democratização do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, com a efetiva participação de representantes da sociedade civil na discussão de questões relacionadas à biodiversidade, somente teve início a partir do momento que a Ministra Marina Silva assumiu o Ministério do Meio Ambiente, convocando para compor o órgão importantes representantes de órgãos governamentais, bem como representantes de diversos segmentos da sociedade civil.

Pelo que se vê, a proposta de construção de um novo regime de proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, através de uma legislação mais próxima das complexidades que o tema suscita, se encontra ainda num estágio embrionário¹⁵⁶. No entanto, o Anteprojeto de Lei de Proteção da Biodiversidade e do Conhecimento Tradicional Associado, que foi elaborado de forma amplamente democrática e com a participação dos mais variados segmentos da sociedade civil¹⁵⁷ e dos órgãos governamentais, traz importantes avanços no sentido da proteção de direitos coletivos, como são os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e as próprias riquezas naturais que integram a diversidade biológica.

Nesse sentido, dentro da proposta maior do presente trabalho que é trazer perspectivas para uma teoria geral dos novos direitos, não obstante as inúmeras previsões do Anteprojeto, bem como os diversos debates e reformas que ainda irão acontecer na continuidade do processo legislativo, serão analisadas algumas disposições que apontam para o futuro; disposições que representam uma perspectiva de dinamismo para o direito¹⁵⁸; previsões legais que apontam para a proteção de direitos coletivos; sementes que podem vir a florescer.

Dentre os principais avanços do Anteprojeto, tem-se o reconhecimento como direitos coletivos das comunidades nativas (das mais variadas espécies – indígenas, locais, quilombolas, etc.) os conhecimentos tradicionais que seus integrantes detêm sobre as mais diversas propriedades da biodiversidade.

¹⁵⁶ O referido Anteprojeto encontra-se desde o início de dezembro de 2003 na Casa Civil, sendo que as informações mais recentes são no sentido de que a Câmara dos Deputados irá começar a debater a questão no início de 2005. Informações do artigo: FONTES, Disponível em: <http://www.socioambiental.org/esp/tradibio>. Acesso em: 23 set. 2004.

¹⁵⁷ Cabe dizer que o autor participou da Câmara Temática de Legislação que elaborou o Anteprojeto de Lei de Acesso ao Material Genético e seus Produtos, de Proteção aos Conhecimentos Tradicionais Associados e de Repartição de Benefícios derivados de seu uso, na condição de pesquisador da Unesp/Franca, sendo que a versão do Anteprojeto utilizada para a pesquisa foi retirada diretamente da Câmara Temática de Legislação.

¹⁵⁸ Segundo as palavras do mestre Roberto Lyra Filho: “parece evidente que a materialização do que é o Direito só se efetiva a partir de sua essencialidade sociopolítica e de seu dinamismo em constante superação. De fato, o Direito [...] não é uma ‘coisa’ fixa, parada, definitiva e eterna, mas um processo de libertação permanente.” LYRA FILHO, Roberto. *O que é o direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 115.

Neste sentido, o art. 35 do Anteprojeto, dispõe sobre direitos coletivos no sentido de que “são reconhecidos aos povos indígenas, comunidades locais e quilombolas os direitos originários sobre os seus conhecimentos tradicionais associados.”

A perspectiva coletiva desses novos direitos fica ainda mais evidenciada pela previsão do art. 36 do Anteprojeto, que determina como direito coletivo os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, ainda que tal conhecimento seja de um único indivíduo da comunidade:

Para efeito desta lei, quaisquer conhecimentos tradicionais associados serão considerados de origem coletiva, ainda que apenas um indivíduo, membro do povo indígena, da comunidade local ou quilombola, os detenha.

Tal previsão é representativa de possibilidades de regulamentação que vão ao encontro da proposta do trabalho de reconstrução das categorias tradicionais da Teoria Geral do Direito. Em outras palavras, a categoria tradicional do sujeito de direito individualizado, vinculado à perspectiva de atuação legalista e formal definida pelo direito objetivo, não oferece respostas para os novos problemas de dimensão coletiva.

A mera proteção individual não é suficiente para assegurar a preservação dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, que são produzidos e gerados de forma coletiva e transmitidos informalmente de uma geração para a outra. Proteger individualmente os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade significa possibilitar que com a morte do indivíduo detentor da maior parte dos conhecimentos tradicionais de uma comunidade nativa (figura desempenhada pelo *pajé* numa comunidade indígena), se percam as garantias sobre um patrimônio que é coletivo e que pertence a toda a comunidade nativa.

Em outras palavras, qualquer tentativa de regulamentação jurídica do conhecimento tradicional deve levar em consideração suas especificidades coletivas e a

diversidade social e cultural que são inerentes aos povos e comunidades que detêm esses saberes¹⁵⁹.

Nesse sentido, os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade são novos direitos, coletivos, transindividuais, que para serem efetivados dependem da reconstrução de categorias tradicionais da teoria geral do direito. E a efetivação desses novos direitos implica no reconhecimento de pretensões que ultrapassam o sujeito como indivíduo singular, mas quando esses novos direitos são reconhecidos, ainda que na condição de direitos subjetivos coletivos, não deixam de transitar e satisfazer, de forma individual, os interesses de cada indivíduo que integra a cultura que engloba o conhecimento tradicional.

Verifica-se, portanto, na análise dessa temática, que o reconhecimento dos direitos coletivos significa o fortalecimento dos direitos individuais. Ou seja, a proposta maior do presente trabalho não é demonstrar a derrocada dos direitos individuais, muito pelo contrário, a proposta é enfatizar que a necessidade fundamental de realização e efetivação dos direitos individuais passa a depender cada vez mais da proteção dos direitos coletivos. Nenhum cidadão, de forma individualizada, pode pensar em sadia qualidade de vida se não estiver inserido numa dimensão coletiva de meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nenhum membro de uma comunidade tradicional tem sua dignidade individual assegurada, se não houver uma preservação dos conhecimentos tradicionais, de origem coletiva, da comunidade onde ele vive e que sempre foram gerados e transmitidos através das gerações.

¹⁵⁹ É interessante ressaltar também que o mencionado Anteprojeto define significativos princípios norteadores para disciplinar a relação de acesso aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Segundo o art. 41 do Anteprojeto, o acesso a conhecimentos tradicionais associados nortear-se-á pelos seguintes princípios: I- a proteção da integridade e diversidade intelectual, cultural e dos valores espirituais relacionados aos conhecimentos tradicionais associados; II- o reconhecimento da vulnerabilidade dos povos indígenas, comunidades locais e quilombolas, em razão de suas especificidades culturais, e facilitação da defesa de seus direitos, com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil e administrativo; III- o reconhecimento do valor intrínseco dos conhecimentos tradicionais associados e da sociodiversidade, bem como da relevância do papel desempenhado pelos povos indígenas, comunidades locais e quilombolas na conservação e utilização sustentável da diversidade biológica; IV- o estímulo e o fortalecimento de políticas públicas que promovam a produção, reprodução, manutenção, proteção e valorização dos conhecimentos tradicionais associados, e a sua mais ampla aplicação com a aprovação e participação de seus detentores; V- as normas de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica são de ordem pública e de interesse social; VI- o tratamento equitativo da ciência ocidental e do saber tradicional, e reconhecimento de que os sistemas tradicionais de conhecimento têm os seus próprios fundamentos científicos e epistemológicos.

E essa necessidade de proteção da dimensão coletiva dos novos direitos, vai contra a formalidade e abstração das categorias tradicionais de sujeito de direito, relação jurídica e propriedade. O sistema tradicional do direito moldou uma estrutura para assegurar valores individualistas e patrimonialistas: uma figura do sujeito de direito formal e abstrata capaz de integrar uma dimensão também técnico-formal de relação jurídica, com o fim último de assegurar o patrimônio. Uma lógica que privilegia muito mais o *ter* patrimônio, do que o *ser* sujeito de direitos¹⁶⁰, sendo certo que resultado último das categorias do sistema jurídico tradicional sempre foi assegurar segurança jurídica aos titulares, determinados, de bens com valor econômico.

No universo das complexidades da realidade contemporânea, esta lógica não oferece mais as soluções necessárias. E preciso, portanto, reconstruir esses conceitos tradicionais da ciência jurídica; é preciso semear outras soluções.

Nessa ordem de idéias, assim afirma José Antônio Peres Gediel:

O norte dessa reconstrução teórica e instrumental aponta, sobretudo, para a redefinição do regime de titularidade dos sujeitos sobre as coisas, para o estabelecimento de limites à autonomia corporal, para a revitalização de formas da contratualidade moderna e, também, para o reconhecimento da pluralidade de fontes dos instrumentos jurídicos, tomando, sempre, como ponto de partida a noção jurídica de dignidade humana estampada nos textos das Declarações Universais de Direitos e das Constituições de países do Ocidente.

Levantadas essas premissas e realizado o inventário inicial de problemas, podemos afirmar que as formulações jurídicas contemporâneas, que têm por finalidade regular relações decorrentes da biotecnologia, ainda não constituem novo modelo jurídico, mas sugerem uma severa revisão principiológica do Direito vigente. A *revi-sitação crítica* das categorias e conceitos com vistas à readequação dos instrumentos jurídicos e sua possibilidade de superação se inserem nesse movimento teórico. A par disso, o sentido e alcance dessas novas fórmulas jurídicas dependem de opções éticas e políticas que a sociedade ocidental toma diante dos avanços da ciência, em sua relação com o apelo do mercado.¹⁶¹

No contexto dessa dimensão que demanda por uma *revi-sitação crítica das*

¹⁶⁰ “A excessiva preocupação com o patrimônio, que ditou a estrutura dos institutos basilares do Direito [...], não encontra resposta na realidade contemporânea, mais voltada ao ser humano na sua total dimensão ontológica, cujos interesses de cunho pessoal se sobrepõem à mera abstração que o situava como simples pólo de relação jurídica.” MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 111.

¹⁶¹ GEDIEL, 2000, p. 160.

categorias e conceitos tradicionais do direito, além das iniciativas legais mencionadas anteriormente, devem também ser consideradas algumas propostas teóricas que procuram dar um novo direcionamento para os direitos de dimensão coletiva. Propostas que levam em conta a necessidade de reconstrução das categorias tradicionais da ciência do direito.

Sob essa perspectiva, debate-se em âmbito nacional e internacional, a necessidade de criação de um regime legal *sui generis* de proteção dos direitos coletivos das comunidades sobre seus conhecimentos tradicionais. A proposta, defendida, dentre outros, por Vandana Shiva e por Gurdial Nijar, propõe a eliminação de qualquer tipo de monopólio ou apropriação exclusiva sobre conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Essa proposta teórica, que depende para sua efetivação da reconstrução crítica de categorias tradicionais do direito, prega, em síntese, que os conhecimentos tradicionais devem circular de forma livre e que a sua utilização comercial ou industrial deve ser remunerada e previamente consentida por seus detentores, que como já visto, integram um universo coletivo.

Por essa nova óptica, os conhecimentos tradicionais associados deixam de fazer parte da órbita jurídica regulatória das relações privadas, que opera com a noção de sujeito de direito individualmente considerado, cujo principal papel seria assegurar a segurança jurídica e o valor econômico dos bens tutelados.

Cabe salientar que o próprio Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual), já mencionado anteriormente de forma crítica, em seu artigo 27, 3, admite que os países signatários excluam plantas e animais da patenteabilidade, sendo-lhes facultado dispor de um sistema *sui generis* para a proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado.

No sentido de exemplificar tais propostas teóricas, serão mencionadas algumas sugestões para um regime legal *sui generis* de proteção dos direitos intelectuais coletivos das

comunidades nativas sobre seus conhecimentos tradicionais¹⁶²:

1. previsão expressa de que são nulas de pleno direito, e não produzem efeitos jurídicos, as patentes ou quaisquer outros direitos de propriedade intelectual concedidos sobre processos ou produtos direta ou indiretamente resultantes da utilização de conhecimentos de comunidades indígenas ou tradicionais, como forma de impedir a apropriação exclusiva sobre aqueles; 2. previsão de inversão do ônus da prova em favor das comunidades tradicionais em ações judiciais que visem anular patentes concedidas sobre processos ou produtos resultantes de seus conhecimentos, de forma que competiria à pessoa ou empresa demandada provar o contrário; 3. a previsão de não-patenteabilidade dos conhecimentos tradicionais permitiria o livre intercâmbio de informações entre as várias comunidades, o que seria essencial para a manutenção da própria geração de tais conhecimentos; 4. obrigatoriedade legal do consentimento prévio das comunidades tradicionais para o acesso a quaisquer recursos genéticos situados em suas terras, com expresse poder de negar, bem como para a utilização ou divulgação de seus conhecimentos tradicionais para quaisquer finalidades e, em caso de finalidades comerciais, previsão de formas de participação nos lucros gerados por processos ou produtos resultantes deles, por meio de contratos assinados diretamente com as comunidades tradicionais, que poderão contar com a assessoria de órgão representativo da comunidade, de organizações não-governamentais e do Ministério Público Federal, devendo ser proibida a concessão de direitos exclusivos para determinada pessoa ou empresa; 5. criação de um sistema nacional de registro de conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, como forma de garantia de direitos coletivos relativos a eles. Tal registro deverá ser gratuito, facultativo e meramente declaratório, não se constituindo condição para o exercício de quaisquer direitos, mas apenas um meio de proteção e comprovação da origem; 6. tal sistema nacional de registro deve ter a sua administração supervisionada por um conselho com representação paritária de órgãos governamentais, não-governamentais e associações nativas representativas, além de um quadro de consultores ad hoc que possam emitir pareceres técnicos, quando for o caso; 7. estabelecimento de uma definição alternativa de sistemas de conhecimento, capaz de reconhecer o sistema de inovação informal, coletivo e cumulativo dos povos indígenas e comunidades locais; 8. transformação dos povos indígenas e comunidades locais em guardiões dessas inovações, definindo tais direitos como não exclusivos e não monopolísticos.

Verifica-se, através da análise de algumas premissas sugeridas para a construção de um regime legal *sui generis* de proteção dos direitos coletivos das comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos aplicados à biodiversidade, interessantes propostas e mecanismos técnico-jurídicos de resistência contra o regime hegemônico de proteção da propriedade intelectual, que através da sua perspectiva patrimonialista e individualista, desqualifica e desconsidera os saberes tradicionais ligados à biodiversidade.

De outra parte, tem-se como condição fundamental para a implementação de um

¹⁶² Nesse sentido, serão seguidos os passos da pesquisa realizada por Juliana Santilli, revelada no artigo Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção, 2003, p. 89 e ss, bem como do artigo de Laymert Garcia dos Santos, Quando o conhecimento tecnocientífico torna-se predação high-tech. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4. p. 122.

novo regime jurídico de proteção dos direitos intelectuais coletivos, o reconhecimento da titularidade coletiva das comunidades nativas sobre os saberes tradicionais aplicados à biodiversidade. Não faz sentido, por exemplo, a proposta de *obrigatoriedade legal do consentimento prévio das comunidades tradicionais para o acesso a quaisquer recursos genéticos situados em suas terras*, se a dimensão coletiva desses novos direitos não for incorporada pela ciência jurídica e repassadas aos aplicadores do direito. A forma de produção e a natureza dos conhecimentos tradicionais não se enquadram nas molduras do sistema jurídico clássico, que como já mostrado, possui uma perspectiva de proteção preponderantemente individualista.

Além disso, um sistema de proteção aos direitos das comunidades tradicionais deve assegurar também o direito coletivo destas comunidades de exercer um controle sobre todas as investigações que se efetuem em seus territórios ou que utilizem seus costumes ou conhecimentos tradicionais. Nessa seara de idéias, é imprescindível também, como condição de efetividade desses novos direitos, reconhecer e valorizar o direito coletivo interno dessas comunidades tradicionais e fomentar sua participação na discussão e formulação dessas leis de proteção aos seus saberes associados à biodiversidade.

Ou seja, a instituição de um regime legal *sui generis* de proteção dos direitos intelectuais coletivos das comunidades tradicionais, depende do reconhecimento das populações tradicionais como novos sujeitos coletivos de direitos. Condição essa que remete ao propósito maior do presente trabalho de apontar perspectivas para uma Teoria Geral dos Novos Direitos, dentro de um cenário de transição paradigmática, o que leva à reconstrução das categorias tradicionais do sujeito de direito, da propriedade e da relação jurídica, no sentido de reconhecer e efetivar a dimensão coletiva dos novos direitos como requisito de sobrevivência dos mesmos para as gerações presentes e futuras.

Assim, as premissas lançadas para a construção de um regime legal de proteção

dos saberes tradicionais ligados à biodiversidade, defendidas por autores como Vandana Shiva e Gurdial Singh Nijar, bem como por organizações não-governamentais de proteção ambiental espalhadas pelo mundo afora, e que representam influência significativa aos pontos de proteção traçados pelo Anteprojeto de Lei de Acesso ao Material Genético e seus Produtos, de Proteção aos Conhecimentos Tradicionais Associados e de Repartição de Benefícios derivados de seu uso, representam avanços teóricos importantes que dependem para sua real efetivação da reconstrução, em termos coletivos, dos conceitos fundamentais da Teoria Geral do Direito.

Em suma, não há ainda portos seguros de chegada para a questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Os documentos legais e os aportes teóricos apresentados representam sinais ainda incertos, porém animadores de propostas de construção de um novo direito, de uma nova teoria geral do direito, que vai sendo construída e reconstruída de forma dialética, de acordo com as contingências do nosso tempo, um vir a ser sendo, para que o futuro tenha a possibilidade de ser projetado de forma mais solidária e coletiva.

3.5.2 A biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados como perspectivas para uma globalização alternativa, contra-hegemônica

Os confrontos que ocupam as primeiras páginas dos jornais de muitos países decorrem dos avanços da biologia, da biotecnologia e da microeletrônica, os quais transformaram a reserva da biodiversidade num dos recursos naturais mais preciosos e mais procurados. Como grande parte desta biodiversidade está localizada nos países do Sul e é sustentada por conhecimentos populares, camponeses ou indígenas, a questão (e o conflito) reside em como defender essa biodiversidade e esses conhecimentos da voracidade com que o conhecimento científico-tecnológico-industrial transforma uma e outros em objetos e conhecimentos patenteáveis.

Boaventura de Sousa Santos¹⁶³

Nos itens anteriores foram feitas considerações sobre algumas possibilidades para

¹⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolismo multicultural*. V.3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b. p. 12.

a construção de um novo regime jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Foi constatado que as expressões imateriais das comunidades tradicionais criadas a partir dos elementos da biodiversidade dependem, para serem protegidas, da reconstrução de categorias fundamentais da ciência jurídica em termos coletivos. Em outros termos, sob a perspectiva de uma leitura crítica da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, de forma integrada com o desenvolvimento do trabalho, foram semeados novos delineamentos para os conceitos fundamentais de sujeito de direito, propriedade e relação jurídica, como condição para o reconhecimento e a efetivação desses novos direitos de dimensão coletiva.

Além dessa dimensão do trabalho, já caminhando para os apontamentos finais do estudo, devem ser feitas algumas considerações sobre o potencial emancipatório decorrente do reconhecimento e da efetivação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados na condição de novos direitos coletivos.

Ou seja, ainda que este não seja o foco central do trabalho, cabe situar a proposta de um reconhecimento pelo direito da biodiversidade (na condição de um novo direito de dimensão coletiva) no contexto de uma globalização alternativa ao modelo neoliberal. Segundo Boaventura de Sousa Santos, a globalização neoliberal, apesar de hegemônica,

[...] não é a única e de fato tem sido crescentemente confrontada por uma outra forma de globalização, uma globalização alternativa, contra-hegemônica, construída pelo conjunto de iniciativas, movimentos e organizações que, por intermédio de vínculos, redes e alianças locais/globais, lutam contra a globalização neoliberal mobilizados pelo desejo de um mundo melhor, mais justo e pacífico que julgam possível e a que sentem ter direito¹⁶⁴.

Dentro dessa proposta de uma globalização alternativa, defendida, dentre outros, por Boaventura de Sousa Santos na Coleção Reinventar a Emancipação Social – Para Novos Manifestos, é importante mencionar o papel de destaque conferido à biodiversidade e aos

¹⁶⁴ SANTOS, 2003b, p. 13-14.

conhecimentos tradicionais, sendo que o quarto volume da referida Coleção, *Semear Outras Soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*, lançado em Portugal em setembro de 2004¹⁶⁵, trata o tema, através de artigos e relatos de estudos de casos realizados em diversos países, como tendo um grande potencial transformador no sentido de possibilitar uma globalização alternativa.

É importante frisar que esse potencial contra-hegemônico conferido à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados, na condição de alternativas para a construção de um futuro mais sustentável e justo, é colocado também, nos artigos e estudos de casos apresentados na obra acima referida, de forma condicionada ao reconhecimento da dimensão coletiva desses novos direitos. Na análise da colombiana Margarita Flórez Alonso, no artigo *Proteção do Conhecimento Tradicional*, temos que:

A globalização hegemônica pretende conferir um estatuto às comunidades indígenas e tradicionais, colocando-as num determinado lugar de destaque enquanto sujeito individual de direitos, equiparando-as com o sujeito ocidental e desconhecendo a luta que essas mesmas comunidades travaram para serem reconhecidas como sociedades diferentes da sociedade nacional. No afã de encontrarem proprietários para recursos que anteriormente pertenciam à humanidade, os direitos são coarctados e acomodam-se à lógica dominante, provocando distorções do esforço coletivo e aniquilando os espaços de regulação¹⁶⁶.

Portanto, a proteção da biodiversidade como uma perspectiva de globalização alternativa, implica no rompimento das molduras do sistema jurídico clássico, de cunho formalista e individualista, para que seja reconhecida a dimensão coletiva das comunidades tradicionais na sua relação com a natureza (biodiversidade), para que com isso, seja possibilitada a abertura de novos espaços de regulação.

¹⁶⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4.

¹⁶⁶ ALONSO, Margarita Flórez. *Proteção do conhecimento tradicional*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4. p. 243.

A preocupação com o reconhecimento da dimensão coletiva dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade na perspectiva de uma globalização alternativa, também é tratada por Laymert Garcia dos Santos, no artigo Quando o Conhecimento Tecnocientífico torna-se Predação High-Tech. Para o autor, o ponto de partida para a discussão sobre os direitos coletivos das comunidades tradicionais é o reconhecimento da diferença entre as culturas e a existência de uma nova dimensão coletiva de direitos ligados a essas comunidades e manifestados através das relações, ocorridas através de gerações, dos membros dessas comunidades tradicionais com a natureza. Nas suas palavras: “apesar de já existir um quadro formal no qual os direitos coletivos se inscrevem, há ainda todo um caminho a ser percorrido para transformar a sua existência legal em existência efetiva¹⁶⁷”.

A interessante solução semeada pelo Autor, no sentido da efetivação dos direitos coletivos, no caso direitos intelectuais coletivos das comunidades tradicionais sobre seus conhecimentos associados à biodiversidade, é no sentido da realização de uma aplicação hermenêutica extensiva aos conhecimentos tradicionais da previsão do art. 231 da Constituição Federal brasileira, que “reconhece os direitos originários das sociedades indígenas às terras que tradicionalmente ocupam”. Ressalta-se que referido processo hermenêutico está inserido na proposta de transformação social através da aplicação do direito sugerida, dentre outros, por Christiano José de Andrade, na sua obra *Hermenêutica Jurídica no Brasil*, no sentido que “na indagação do significado da lei o intérprete deve ater-se às exigências da realidade social e do bem comum¹⁶⁸”.

Assim, de referida previsão legal (art. 231 da CF) decorreriam duas importantes características para a construção de um regime de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos associados: em primeiro lugar, os *direitos originários seriam direitos*

¹⁶⁷ SANTOS, L.G., 2004, p. 125.

¹⁶⁸ ANDRADE, Cristiano José de. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 150.

coletivos que concernem comunidades e sociedades tradicionais; em segundo lugar, neles a terra não é concebida como propriedade dos índios (ou das comunidades tradicionais), a terra é da União, mas seu usufruto permanente, imprescritível e inalienável permanece com as comunidades tradicionais, sendo que a mesma interpretação deveria ser ampliada aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade existente nos territórios ocupados pelas comunidades nativas. Para Laymert,

[...] seria conveniente explorar a articulação entre os direitos intelectuais coletivos e os direitos originários das sociedades indígenas à terra, como maneira de ancorar, num todo legal e coerente, terra, conhecimentos e inovação. Se fosse o caso de realmente proteger a biodiversidade e seus recursos, e de efetivamente respeitar a sociodiversidade, esta talvez fosse a melhor alternativa¹⁶⁹.

Verifica-se que tal perspectiva hermenêutica de proteção dos conhecimentos tradicionais sobre a biodiversidade por meio da prática interpretativa da previsão legal do art. 231 da Constituição Federal, depende também da reconstrução das categorias fundamentais da Teoria Geral do Direito. Ou seja, depende do reconhecimento de uma nova perspectiva coletiva de sujeito de direitos, de uma nova perspectiva de propriedade, bem distante da concepção tradicional, e de uma nova perspectiva de relação jurídica, que deixa de ser um espaço seguro dos titulares de bens com valoração econômica, para ser um garantia genérica de novos e complexos direitos coletivos, que uma vez efetivados representam a satisfação de direitos individuais.

Finalmente, cabe ressaltar que a perspectiva de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade está diretamente relacionada com a perspectiva, já mencionada no transcurso do trabalho, de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹⁶⁹ SANTOS, L. G., 2004, p. 122.

Ou seja, só há possibilidades de manutenção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade se forem assegurados espaços de proteção ambiental. De outra parte, a garantia de áreas de preservação permanente e unidades de conservação ambiental capazes de recepcionar as comunidades tradicionais, significa aumentar as possibilidades de preservação ambiental, uma vez que os povos tradicionais, de gerações para gerações, sempre mantiveram uma relação harmoniosa com a natureza. Nesse sentido, Margarita Flórez Alonso se posiciona da seguinte maneira:

Outra forma de proteção poderia consistir na garantia de que esses povos indígenas e comunidades tradicionais conservem e enriqueçam as bases territoriais, sociais e culturais que tornaram possível a sua sobrevivência. Para essas culturas se desenvolverem e se conservarem é necessário que exista uma adequada distribuição da terra que lhes permita a reprodução social plena. E é ainda necessário que, uma vez que tomem posse dos seus territórios, nem as grandes obras, nem a exploração dos recursos naturais renováveis e não renováveis, nem os conflitos sociais, nem os conflitos armados os privem do seu direito a disporem do território ou os convertam em deslocados internos ou externos. Há que procurar mecanismos para garantir que qualquer variação sobre o estatuto legal desses conhecimentos seja objeto de um amplo processo de participação e consulta, respeitando sempre as noções de tempo que essas culturas têm em vez de as submeter aos prazos ocidentais¹⁷⁰.

Pelo que se vê, há toda uma teia intrincada e complexa de valores e interesses para a qual deve-se buscar novas perspectivas de proteção no direito. Um campo que, segundo as lições de Boaventura de Sousa Santos,

[...] oferece oportunidades de participação cidadã que, em domínios relacionados com a ciência, a tecnologia e os conhecimentos rivais – e apesar de serem desde há duas décadas objeto de estudo – têm sido ainda pouco explorado em termos das suas implicações epistemológicas e teóricas no direito e no judiciário¹⁷¹.

Em outros termos, há um novo paradigma sendo delineado que exige um novo direito. Essa nova realidade descrita pelo trabalho através de uma leitura da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, exige a reconstrução das categorias fundamentais

¹⁷⁰ ALONSO, 2004, p. 261-262.

¹⁷¹ SANTOS, B. S., 2004, p. 72.

da ciência jurídica; exige a superação das concepções individualistas e legalistas que regeram a aplicação do direito no paradigma da modernidade.

As perspectivas para uma Teoria Geral dos novos direitos devem partir de novos vetores epistemológicos. Os novos direitos devem ser compreendidos de forma mais plural, flexível, aberta e multidisciplinar. Como foi visto, a construção de um regime de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados a ela implica no fortalecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Da mesma forma que o fortalecimento dos direitos e garantias de preservação ambiental representam a possibilidade para que as comunidades tradicionais conservem e enriqueçam seus saberes locais, fundamentais para a sobrevivência desses povos. Trata-se de uma situação de reciprocidade, de ganho mútuo para natureza e para a cultura tradicional, sendo que a reconstrução das categorias fundamentais da teoria geral do direito é condição essencial para o reconhecimento e efetivação desses novos direitos de dimensão coletiva, que uma vez efetivados, representam o fortalecimento de direitos individuais, como a garantia de uma sadia qualidade de vida que ostenta cada cidadão.

E, em última análise, no plano sociológico, o reconhecimento e a efetivação dessa mutação epistemológica do direito representam uma importante forma de resistência a certos efeitos perversos do processo de globalização neoliberal. Em outras palavras, o reconhecimento e a efetivação dos direitos coletivos, representam uma possibilidade de reação aos processos de destruição ambiental, erosão da biodiversidade e do conhecimento tradicional sobre ela, decorrentes de um regime global de acumulação de capital que sempre considerou a natureza e os conhecimentos tradicionais a ela associados, como questões *à margem da lei, à margem do direito*.

Assim, o novo paradigma, que vem sendo construído através das lutas e práticas diárias, tendo em vista a própria finitude dos recursos naturais globais e a importância

ecológica, social, cultural e econômica da biodiversidade, deve ser pensado sob a óptica da sustentabilidade, do crescimento econômico com responsabilidade social e direcionado para a garantia de uma sadia qualidade de vida, em termos individuais e coletivos, para as gerações presentes e futuras.

Nas palavras conclusivas de Vandana Shiva,

[...] em vez do relacionamento hegemônico do Norte com o Sul, das empresas com os cidadãos, da espécie humana com as outras, do global com o local e do moderno com a tradição surge, das lutas pela biodiversidade, uma política que cria um contexto de cooperação, mutualidade, igualdade e sustentabilidade ecológica. Em última análise, o movimento pela biodiversidade é um movimento que reconhece o valor de todas as espécies, de todas as pessoas, de todas as culturas, de todas as comunidades e de todos os países nos seus próprios termos e não nos do cálculo hegemônico dos lucros, da pirataria e da pilhagem¹⁷².

¹⁷² SHIVA, Vandana. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4. p. 261-262.

CONCLUSÕES

Depois de dois séculos de insistência sobre as prerrogativas individuais, chegou o momento de perceber que uma sociedade só é viável quando as tarefas são assumidas coletivamente pelos cidadãos: nesse sentido, propomos uma nova maneira de entender os direitos coletivos.

François Ost¹⁷³

No percurso realizado nesse trabalho buscou-se, introdutoriamente, contextualizar a discussão central num momento *de transição paradigmática da ciência do direito*. Em outras palavras, buscou-se contextualizar o trabalho num momento de crise de alguns postulados da ciência jurídica tradicional que se confundem com os aspectos da crise da modernidade, no sentido de que a razão instrumental, positivista, individualista e patrimonialista, que sempre norteou a ciência jurídica tradicional, já não consegue mais dar respostas para a complexidade dos problemas contemporâneos, como são os problemas socioambientais, preponderantemente a questão da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. E toda crise abre espaço para o novo, para a reconstrução de categorias e conceitos tradicionais da Teoria Geral do Direito.

Nesse sentido, o trabalho elegeu como objetivo central a necessidade de se reconstruir, em termos coletivos e de forma crítica, os conceitos tradicionais do sujeito de direito, propriedade e relação jurídica, como condição de reconhecimento dos novos direitos de dimensão coletiva.

E nessa perspectiva de reconstrução é que no Capítulo I foram definidas as Referências Metodológicas do Trabalho, com acento na Teoria Crítica do Direito, como linha

¹⁷³ OST, François. Derecho, tecnología, medio ambiente. un desafío para las grandes dicotomias de la racionalidad occidental. *Revista de Derecho Público*. Santa Fé de Bogotá, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, n. 6, jun. 1996. p.11.

metodológica mais ampla, que não se limita aos confins dos dogmatismos e da análise das legislações positivadas. Definiu-se, portanto, para o desenvolvimento da pesquisa o método dialético e interdisciplinar, como forma de reconstruir o já dado para dar espaço ao novo, sendo definido como fontes da presente pesquisa jurídica além da dimensão normativa, também a dimensão social, histórica, política e cultural. Uma perspectiva metodológica que procura abrir espaço na dogmática tradicional, para que a proposta de reconstrução das categorias tradicionais da ciência jurídica tenha possibilidade de ser recepcionada pelo ensino jurídico e repassada aos aplicadores do direito.

Ultrapassadas as cautelas metodológicas do Capítulo I, que são de fundamental importância para a compreensão do desenvolvimento do trabalho, no Capítulo II, buscou-se fazer uma leitura crítica de conceitos tradicionais da Ciência Jurídica, como do Sujeito de Direito, da Propriedade e da Relação Jurídica, para que, através do diagnóstico das insuficiências e limitações das categorias tradicionais da dogmática jurídica, pudessem ser apontados alguns elementos indicativos de possibilidades de reconstrução desses conceitos em sintonia com as especificidades e complexidades dos novos direitos de dimensão coletiva.

Nesse sentido foram feitas considerações históricas e filosóficas sobre a Construção da Noção Moderna de Sujeito. Foi feita também uma análise da construção pela Dogmática Tradicional da Noção de Direito Subjetivo, com abordagem das Teorias Negativistas, Teoria da Vontade, Teoria do Interesse e Teoria Mista. Fez-se ainda uma leitura crítica dos usos da noção moderna, abstrata, legalista e individualista de sujeito de direito que são feitos pela dogmática jurídica tradicional, com a abordagem das incapacidades desse sujeito enquanto ente abstrato (enquanto uma moldura legal) e de suas incapacidades para resistir às mais variadas opressões contemporâneas enquanto ente individualizado, sempre procurando enfatizar que a plena efetivação dos direitos individuais passa a depender cada vez mais da proteção e realização dos direitos coletivos. Procurou-se demonstrar que novas

perspectivas de reconhecimento e proteção de direitos coletivos representam possibilidades de fortalecimento dos direitos individuais.

Na seqüência, foi feita uma análise crítica da Propriedade, enquanto principal objeto do Sujeito de Direito Moderno, com a análise de aspectos históricos e filosóficos da categoria e sua perspectiva de transição de um conceito de propriedade plena a irrestrita, típica do paradigma moderno, para uma propriedade que deve atender sua função social, como uma condição que representa um potencial transformador necessário para a realização dos direitos coletivos, no contexto das complexidades do paradigma da pós-modernidade.

Da mesma forma, foi feita uma leitura crítica da concepção tradicional de relação jurídica, como espaço seguro, livre e individualizado para os sujeitos de direitos realizarem suas vontades e assegurarem seus patrimônios, suas propriedades, seus bens que possuem repercussão econômica. Uma concepção que também se encontra em crise frente aos novos direitos coletivos.

Ou seja, foi feita uma leitura crítica no sentido que a relação jurídica tradicional, tida como campo seguro e preciso, determinado por uma norma legal, no qual se podia atuar independentemente de qualquer vontade alheia, consistindo num espaço garantidor de segurança jurídica aos titulares de bens materiais com valor econômico, deixa de ser tão somente uma referência precisa da posição dos agentes na relação, passando a ter que ser também identificada, como uma garantia genérica de obrigações coletivas, que deve, acima de tudo, assegurar a proteção dos direitos coletivos e difusos, que uma vez efetivados representam a satisfação de direitos individuais.

No Capítulo III, procurou-se localizar historicamente esses novos direitos, em específico os direitos ambientais, que clamam por uma reconstrução dos conceitos fundamentais da Teoria Geral dos Direitos. Dessa forma, foi feita uma análise detalhada das 3 (três) principais dimensões dos direitos fundamentais, para culminar com a análise das

especificidades dos Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão, Direitos Transindividuais, Difusos, que não são nem públicos e nem privados, mas se realizam através da ação integrada da sociedade civil e poder público e, ao se realizarem, transitam na esfera dos direitos individuais de cada cidadão.

Em seguida, procurou-se delinear os conceitos de direitos coletivos, difusos e transindividuais, fazendo-se algumas distinções teóricas e normativas, sempre com a pretensão mais ampla de definir perspectivas para uma Teoria Geral dos *novos direitos de dimensão coletiva*, procurando, com essa categoria mais ampla dos novos direitos coletivos, enfatizar as imperfeições de conceitos fundamentais da dogmática tradicional, que por estarem ligados de forma visceral a valores individualistas e patrimonialistas, típicos do paradigma da modernidade, não atendem mais às complexidades inerentes às sociedades de massas, sobretudo no que se refere aos problemas socioambientais.

Nessa perspectiva, a questão da biodiversidade foi definida como o viés prático da dissertação, que, por sua manifesta complexidade e por apresentar aspectos nitidamente coletivos, haja vista ser representativa das mais variadas manifestações de vida no planeta, bem como por ser referência para a geração e transmissão de saberes tradicionais, clama pela reconstrução de conceitos tradicionais da ciência jurídica, em termos coletivos, como condição para a proteção desse novo direito de dimensão coletiva.

Assim, o trabalho buscou semear algumas perspectivas normativas e teóricas para a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados na condição de novos direitos coletivos, concluindo com algumas considerações no sentido de que a efetivação de um novo regime de proteção da biodiversidade e dos conhecimentos associados, é uma importante via para o fortalecimento dos direitos individuais e para a construção de um futuro com maiores possibilidades de justiça social e de sustentabilidade ecológica.

Por fim, cabe enfatizar a característica de síntese provisória da pesquisa, que se

justifica pelo propósito maior do estudo de tentar se aproximar da realidade material e histórica que envolve o tema proposto, considerando no processo de construção do conhecimento a perspectiva intermitente de criação e de transformação da vida e dos saberes. Somente um trabalho que levasse em conta a concepção formal, linear, neutra e abstrata do direito, poderia ter a pretensão de concluir de forma definitiva, unilateral e autoritária o tema em questão. Essa não é a nossa proposta. Para o estudo realizado, não existem verdades certas e acabadas; existem sim perspectivas para uma Teoria Geral dos Novos Direitos, que são colocadas como condições para o reconhecimento e a efetivação de novos direitos de dimensão coletiva, como são a biodiversidade e o conhecimento tradicional associado. Nesse sentido, o trabalho representa uma semente de mudança plantada no campo de incertezas e complexidades da pós-modernidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, M. F. Protecção do conhecimento tradicional. In: SANTOS, B. de S. (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4.

ANDRADE, C. J. de. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ARAÚJO, I. L. *Introdução à filosofia da ciência*. Curitiba: UFPR, 1993.

ARAÚJO, R. C. de. *Direitos da natureza no Brasil*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1992.

ARAÚJO, A. V.; COPOBIANCO, J. P. R. (org.). *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1996.

ARRUDA JUNIOR, E. L.; RAMOS, A.(orgs.) *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: EDIBEJ, 1998.

ASCENÇÃO, J. O. *O Direito: introdução e teoria geral*. Lisboa: Verbo, 1987.

BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Interesse Público*. Sapucaia do Sul: Notadez, ano 3, n. 11, jul./set. 2001.

BASTOS, C. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 1981.

BERGEL, J.L. *Teoria geral do direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BEVILAQUA, C. *Theoria geral do Direito Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1953.

_____. *Teoria geral do Direito Civil*. Campinas: Red Livros, 2001.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. *A constituição aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

BRASIL. Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Poder Executivo. Brasília, DF, 17 mar. 1998. Seção 1. p. 1. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/legis/decretos/2519_98.htm>. Acesso em: 23 set. 2004.

_____. Decreto nº 2652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1998. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Poder Executivo. Brasília, DF, 2 jul. 1998. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/legis/decretos/2652_98.htm>. Acesso em: 23 set. 2004.

_____. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Protocolo de Quioto*. Brasília, [2001?]. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/clima/quioto/pdf/Procolo.PDF>>. Acesso em: 23 set. 2004.

CAMARGO, M. M. L. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1999.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPRA, F. *O ponto de mutação*. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARNEIRO, F.; EMERICK, M. C. (orgs.). *Limite: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz, 2000.

COELHO, L. F. *Teoria da ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. *Teoria crítica do direito*. 2.ed.. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DESCARTES, R. *Discurso do método*. Tradução J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria geral do Direito Civil. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. I.

DUPAS, Gilberto. Lógica global, estado e legitimidade social. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 29 maio 2004, Caderno 1, p. A2.

DUSSEL, E. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

ESCOBER, Herton; KNAPP, Laura. Quanto valem a fauna e flora brasileiras? *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 8 abr. 2002, Caderno 1, p. A8.

FACHIN, L. E. *Função social da posse e a propriedade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, J. E. *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: UNB, 1988.

_____. (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.

FIGUEIREDO, G. J. P. (org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FONSECA, R. M. A História no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba, v. 17, jul./set. 2000.

_____. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: Ltr, 2002.

FONSECA, M. A. da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FONTES, C. *Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: mais proteção já!* Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/tradibio>>. Acesso em: 23 set. 2004.

FOUCAULT, M. *História da sexualidade*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

FREIRIA, R. C. Direito internacional e biodiversidade: limites e possibilidades para os contratos internacionais de bioprospecção, In: FIORATI, J. J.; MAZZUOLI, V. de O. *Novas vertentes do direito do comércio internacional*. Barueri/SP: Manole, 2003.

FREITAG, B. *A teoria crítica ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

GEDIEL, J. A. P. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (org.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. A declaração universal sobre o genoma e direitos humanos: um novo modelo jurídico para a natureza? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Porto Alegre: Síntese, v. 34, p.51-58, 2000a.

_____. Declaração universal do genoma humano e direitos humanos: revisão crítica dos instrumentos jurídicos. In: CARNEIRO, F.; EMERICK, M. C. (orgs.). *Limite: a ética e o debate jurídico sobre o acesso e uso do genoma humano*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz, 2000b.

_____. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GIANETTI, E. *Felicidade: diálogos sobre o bem-estar na civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOMES, O. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci*. Tradução Dario Canali. 12. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 1980.

GUIMARÃES, Y. J. de M. *Direito natural: visão metafísica e antropológica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

IANNI, O. *Teorias da globalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JAPIASSU, H. *O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro: Imago Ltda, 1975.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KUHN, T. *A Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1975.

LOPES, M. M. de S. *Curso de Direito Civil (introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos)*. 3.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, v. I.

LOPES, J. R. L. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Direito subjetivo e direitos sociais. In: FARIA, J. E. (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LYRA FILHO, R. *O que é o direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MACHADO, A. A. *Ministério público, democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MANCUSO, R. C. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Liberdade e outros direitos. In: NOVAES, A. (org.). *O avesso da liberdade*. Petrópolis/São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

MARQUES NETO, A. R. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEIRELLES, J. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MIAILLE, M. *Introdução crítica ao direito*. 2.ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MILARÉ, E.; COIMBRA, J. de Á. A. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 9, n. 36, out./dez. 2004.

MONREAL, E. N. *Elementos para una crítica y desmistificación del derecho*. Buenos Aires: Ediar, 1985.

MONTEIRO, W. de B. *Curso de Direito Civil*. Direito das coisas. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1963, v. III.

_____. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1984, v. I.

MORAIS, J. L. B. de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORAN, M. R. P. *Exclusão do condômino nocivo em condomínios em edifícios: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Direito Ltda, 1996.

MULLER, F. *Direito linguagem violência: elementos de uma teoria constitucional*, I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

NERO, P. A. D.. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORGAARD, R. B. O crescimento da economia global de trocas e a perda de diversidade biológica. In: WILSON, E. O. (org). *Biodiversidade*. Tradução Marcos Santos e Ricardo Silveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

NOVAES, A. Experiência e destino. In: _____ (org.). *A descoberta do homem e do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NOVAIS, J. R. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1997.

OLIVEIRA JUNIOR, J. A. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/documentos/tratado/cupula_onu/declaracao_de_estocolmo.html>. Acesso em: 23 set. 2004.

_____. *Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/se/agen21/ag21global/declar_rio.html>. Acesso em 23 set. 2004.

OST, F. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

OST, F. Derecho, Tecnologia, medio ambiente. un desafío para las grandes dicotomias de la racionalidad occidental. *Revista de Derecho Público*. Santa Fé de Bogotá, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, n. 6, jun. 1996.

PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de Direito Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. I.

PERLINGIERI, P. *Perfil do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PAR AO MEIO AMBIENTE. *Agenda 21*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/se/agen21/doc/ag21.zip>>. Acesso em: 23 set. 2004.

RÁO, V. *O Direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1961, v. 2.

RODRIGUES, S. *Direito Civil*. Direito das coisas. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. V.

SANTILLI, J. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, jan./mar. 2003.

SANTOS, B. S. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Afrontamento, 1987.

_____. Reinventar a democracia. In: OLIVEIRA, F.; PAOLI, M. C. (orgs). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Afrontamento, 2001.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9.ed. São Paulo: Cortez, 2003a.

_____. (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003b. v.3.

_____. (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4.

SANTOS, B. S.; MENESES, M. P. G.; NUNES, J. A. Para ampliar o cânone do reconhecimento, a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, B. S. (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4.

SANTOS, L. G. A encruzilhada da política ambiental brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 38, p. 172-176, mar. 1994.

_____. Tecnologia, perda do humano e crise do sujeito do direito. In: OLIVEIRA, F.; PAOLI, M. C. (orgs). *Os sentidos da democracia : políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis: Vozes, 1999.

- _____. Quando o conhecimento tecnocientífico torna-se predação high-tech. In: SANTOS, B. S. (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4.
- SANTOS, M. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SEVCENKO, N. *A corrida para o século XXI: no loop da montanha-russa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- SEVERI, F. C. *O princípio da autonomia privada contratual e os direitos transindividuais*. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca.
- SHIVA, V. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- _____. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, B. S. (org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Afrontamento, 2004. v. 4.
- SILVA, G. E. do N. *Direito ambiental internacional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Thex, 2002.
- SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SOARES, G. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.
- SOUZA FILHO, C. F. M. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, F.; PAOLI, M. C. (orgs). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- _____. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2000.
- _____. Liberdade e outros direitos. In: NOVAES, A. (org.). *O avesso da liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002a.

_____. Introdução ao direito socioambiental. In: LIMA, A. (org.). *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002b.

STAUT JR., S. S. *Percurso e crise dos direitos autorais: uma leitura crítica da expressão patrimonial e do conteúdo moral*. Curitiba: UFPR, 2002.

TELLES, G. da S. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1957.

TRINDADE, A. A. C. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VIEIRA, P. F. Erosão da biodiversidade e gestão patrimonial das interações sociedade-natureza - oportunidades e riscos da inovação tecnológica. In: VARELLA, M. D.; BORGES, R. C. B. (org.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1997.

WILSON, E. O. A situação atual da diversidade biológica. In: _____ (org). *Biodiversidade*. Tradução Marcos Santos e Ricardo Silveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 2. ed. São Paulo: Acadêmica, 1995.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2001.

WOLKMER, A. C.; LEITE, J. R. M. (orgs). Introdução aos Fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: _____. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básicas das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.