
20 ANOS DEPOIS DA OVELHA DOLLY: TUTELA JURÍDICA DA CLONAGEM DE ANIMAIS EM FACE DA NATUREZA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO GENÉTICO COMO BEM AMBIENTAL.

20 YEARS AFTER THE DOLLY SHEEP: LEGAL PROTECTION OF THE CLONING OF ANIMALS IN VIEW OF THE LEGAL NATURE OF THE GENETIC HERITAGE AS AN ENVIRONMENTAL GOOD.

CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO

É o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil bem como Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (pela PUC/SP). Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca (ESPANHA) e Miembro colaborador del Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM: Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca (ESPANHA). Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar (PORTUGAL) e Professor Visitante/Pesquisador da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli (ITALIA) .Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UINOVE-SP. Elaborador, coordenador e professor do Curso de Especialização de Direito Ambiental da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Advogado militante há mais de 30 anos é Presidente da Comissão Permanente do Meio Ambiente da OAB/SP (por duas vezes 2013/2015 e 2016/2018) bem como do Comitê de Defesa da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito do Meio Ambiente Digital da Comissão de Direitos Humanos assim como Integrante da Comissão Especial de Direito Civil da OAB/SP. Representante da OAB/SP no Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos da Secretaria da Justiça ,no Fundo Estadual para Prevenção e Remediação de Áreas Contaminadas e no Comitê da Bacia Hidrográfica do Tiete. Chanceler da Academia de Direitos Humanos. Membro Titular da cadeira 43 da Academia Paulista de Direito. Assessor científico da FAPESP, parecerista ad hoc

do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, professor efetivo da Escola de Magistratura do TRF da 3ª Região e professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados-Enfam. Professor convidado do Curso de Especialização em Engenharia Sanitária Ambiental da Universidade Mackenzie. Professor das Escolas Superiores da Magistratura Federal do RGS e dos MPs de SP, SC, MT e RJ . Elaborador/coordenador/professor do Curso de Pós Graduação em Direito Ambiental da Escola Paulista da Magistratura-EPM. Professor MBA Direito Empresarial /FUNDACE vinculada à USP. Coordenador Científico do periódico Direito Ambiental Contemporâneo/Ed.Saraiva e membro convidado do Conselho Editorial da Revista Aranzadi de Derecho Ambiental (ESPAÑA). Integrante do Comitato Científico do periódico Materiali e Studi di Diritto Pubblico da Seconda Università Degli Studi Di Napoli bem como do Comitê Científico do Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns, com sede em Paris/FRANÇA (Institut International Etudes et de Recherches sur les Biens Communs) e Roma/ITALIA(Istituto Internazionale di Ricerca sui Beni Comuni). Membro da UCN, the International Union for Conservation of Nature.

RENATA MARQUES FERREIRA

Pós-Doutora em Engenharia Ambiental e Hidráulica (Contaminação e remediação de solos) - Escola Politécnica - POLI/USP. Doutora em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo . Mestre em Direito das Relações Sociais (sub área de Direitos Difusos e Coletivos-Direito Ambiental Tributário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora, Orientadora e Pesquisadora do Programa de Mestrado em Saúde Ambiental da FMU - Tutela Jurídica do Meio Ambiente. Professora convidada da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo (ESA-OAB/SP). Coordenadora do Grupo de Trabalho de Tutela Jurídica da Saúde Ambiental bem como de Tutela Jurídica da Governança Corporativa Sustentável da Comissão do Meio Ambiente da Ordem dos Advogados do Brasil- Seção de São Paulo (OAB/SP). Membro Titular da Comissão de Ética no Uso de

Animais (CEUA) da FMU. Líder e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa TUTELA JURÍDICA DA SAÚDE AMBIENTAL - CNPq. Pesquisadora do grupo de pesquisa MEIO AMBIENTE CULTURAL E A DEFESA JURÍDICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO MUNDO VIRTUAL - CNPq (Linha de Pesquisa Direito eleitoral em face da sociedade da informação) Pesquisadora do grupo de pesquisas NOVOS DIREITOS; da Universidade Federal de São Carlos - UFSCar. Parecerista da Revista de Direito da Cidade Qualis A1-UERJ e da Revista Quaestio Iuris Qualis A2 - UERJ. Professora convidada do Curso de Especialização em Saneamento Ambiental da Universidade Mackenzie. Professora de Direito Ambiental Tributário do curso de extensão universitária da Escola Paulista da Magistratura. Professora convidada da Escola da Magistratura Federal da 3a. Região. Professora Titular das Faculdades Integradas Rio Branco (Fundação Rotary). Coordenadora Científica do periódico Direito Ambiental Contemporâneo/ Editora Saraiva. Integrante do Conselho Editorial da Revista Atas de Saúde Ambiental.

RESUMO

Realizada como feito científico há 20 anos e se desenvolvendo até os dias de hoje no âmbito das atividades negociais, a clonagem de animais, definida na legislação brasileira como um processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética, passou a ter proteção constitucional em face de seu balizamento ambiental conforme estabelece o Art. 225, parágrafo 1º, inciso II passando a ser interpretada juridicamente no âmbito do direito brasileiro em face da natureza jurídica do patrimônio genético como bem ambiental constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Clonagem de animais; Patrimônio Genético; Bens ambientais; Direito Ambiental Constitucional.

ABSTRACT

The cloning of animals, defined in Brazilian legislation as a process of asexual reproduction, artificially produced, based on a single genetic patrimony, with or without The use of genetic engineering techniques, became constitutional protection in the face of its environmental beacon as established in Art.225, paragraph 1, item II becoming legally interpreted under Brazilian law in view of the legal nature of the genetic heritage as well Environmental protection.

KEYWORDS: Cloning of animals; Genetic Heritag;. Environmental good;. Constitutional Environmental Law.

INTRODUÇÃO

Conforme matéria divulgada pela mídia¹ “em 5 de julho de 1996, uma ovelha nasceu em um estábulo do Instituto Roslin, da Universidade de Edimburgo, Escócia, num evento que iria assombrar o mundo quando anunciado poucos meses depois, em fevereiro de 1997. Batizada Dolly, ela não era uma ovelha comum, mas o primeiro clone de um mamífero produzido a partir de uma célula de um animal adulto, ou seja, numa cópia genética perfeita deste.

De lá para cá, a clonagem de animais passou de feito científico a grande negócio, revolucionando a criação de rebanhos e, mais recentemente, ganhando força no mercado de animais de estimação, em que o preço de uma cópia de um cachorro pode chegar a US\$ 100 mil (cerca de R\$ 350 mil).”. Com efeito.

Definida juridicamente em nosso País (Art.3º, VIII da lei 11.105/05)) como um processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética, **a clonagem**, como bem explicado por Celso Fiorillo e Renata Ferreira (FIORILLO/FERREIRA, 2016) passou a ser balizada no plano normativo mais

¹ Disponível em:<http://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/clonagem-um-grande-negocio-20-anos-depois-da-ovelha-dolly-19580298>. Acesso em: 29.jun.2017.

importante “em face da opção de nossa Carta Magna de inserir a tutela jurídica das informações de origem genética dentro do que estabeleceu ser a tutela constitucional do patrimônio genético, ou seja, estabelecer a tutela jurídica do patrimônio genético no âmbito da tutela constitucional dos bens ambientais (inciso II do parágrafo 1º do Art.225 da Constituição Federal)” ,fixando pois a Lei Maior ,de maneira clara e didática ,a tutela jurídica da clonagem em face da natureza jurídica do patrimônio genético como bem ambiental.

Cabe, pois estabelecer a natureza jurídica do bem ambiental.

2 O BEM AMBIENTAL CRIADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO TERCEIRO GÊNERO DE BEM, A CONTRIBUIÇÃO DADA PELA DOUTRINA ITALIANA EM FACE DA ANÁLISE DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS E O ENQUADRAMENTO DA TUTELA JURÍDICA DA CLONAGEM EM FACE DA TUTELA JURÍDICA CONSTITUCIONAL DOS BENS AMBIENTAIS.

Ao estabelecer a existência de um bem, como explica Celso Fiorillo (FIORILLO, 2017, p. 170) que tem duas características específicas, a saber:

[...] ser essencial à sadia qualidade de vida e de uso comum do povo, a Constituição de 1988 formulou inovação verdadeiramente revolucionária, no sentido de criar um terceiro gênero de bem que, em face de sua natureza jurídica, não se confunde com os bens públicos e muito menos com os bens privados.

Em vários estudos anteriores adaptado ao tema, registramos a enorme contribuição dada pela doutrina italiana em face da análise dos direitos meta individuais, trazendo à colação as importantes lições de Carlo Malinconico (MALINCONICO, 1991) vinculadas aos bens ambientais e desenvolvidas na clássica obra “ I beni ambientali”, na medida em que o referido autor destaca importante contribuição teórica destinada a aprofundar o tema.

Explica Malinconico (MALINCONICO, 1991) que a noção tradicional de bem ambiental está disposta na Lei italiana n. 1.497, de 29 de junho de 1939, que delimita

seu campo de aplicação a certo tipo de bem que se distingue muito mais em razão de uma valoração técnico-discricionária de caráter prevalentemente estético ou cultural do que em virtude de suas próprias características físicas.

Todavia, apontando a evolução doutrinária vinculada à interpretação do tema, explicava o mestre italiano que o uso do termo “ambiente”, nos dias de hoje, estaria se difundindo na linguagem comum, como consequência da acentuada atenção pública à ecologia e às fontes de poluição, dentro de uma acepção de bem da coletividade, que se deve proteger justamente da agressão dos agentes poluentes.

Diante da evolução antes apontada, Malinconico apresentava algumas teorias do ambiente como bem jurídico unitário que merecem ser mencionadas conforme detalhadamente indica Celso Fiorillo (FIORILLO,2017), a saber: “1) Teoria da especificação do elemento unificador no direito subjetivo individual (direito de propriedade, direito à saúde, direito ao ambiente)”

A primeira base tendente à composição unitária dos componentes ambientais isoladamente tomados em um único bem jurídico move-se sob a intenção de reencontrar tal elemento de ligação na posição do sujeito, individual ou coletivo, que possui interesse na tutela do ambiente. Em primeiro lugar, a posição subjetiva que aparece tutelável relativamente à poluição é aquela do direito de propriedade. Recorre-se, portanto, ao instinto da imissão na propriedade de outrem e dos conexos limites à tutela da salubridade dos bens fundiários (arts. 844 e 890 do Código Civil italiano). O relacionamento entre o indivíduo e o ambiente vem assim desenvolvido sob uma ótica de propriedade.

A doutrina italiana não deixou de evidenciar as consequências negativas que derivaram da aceitação da chamada “técnica proprietária” de tutela do ambiente. Antes de mais nada, a ligação entre tutela ambiental e propriedade fundiária introduz uma clara disparidade de tratamento entre os sujeitos tutelados. Além disso, é inerente, nessa perspectiva, a possibilidade de introduzir condicionamentos na tutela do direito à saúde, que é próprio do instituto em questão, se se considerar que a tutela do proprietário é subordinada à composição dos vários interesses de relevância diversa. Finalmente, para a incidência — na teoria das imissões — da situação do “lugar”. Dado que este último tem condições de influenciar a citada composição,

introduzir-se-iam discriminações na base do diferente desenvolvimento ou da diversa “possibilidade” da área de que se trata.

Outra reconstrução unitária do meio ambiente foi tentada com referência à diferente posição subjetiva individual e particularmente a um direito personalíssimo: o direito à saúde, na sua configuração de direito ao ambiente saudável. O fundamento de tal direito foi reconhecido no art. 32 da Constituição. Outrossim, mesmo tendo tido tal teoria uma acolhida favorável, principalmente na jurisprudência, esse fundamento encontrou na doutrina críticas que surgem como insuperáveis.

Se, de fato, pode resultar excessiva a tese que reduz a eficácia do art. 32 da Constituição a um mero direcionamento da Administração, negando assim que tal norma constitucional assuma relevo nas relações privadas e também nos relacionamentos existentes entre os cidadãos e a Administração Pública, o direito à saúde não surge em todo o caso em condições de assegurar a unidade do meio ambiente no sentido jurídico. O valor daquela norma foi muitas vezes enfatizado pela jurisprudência italiana, mesmo quando a tutela de um determinado interesse podia ser assegurada recorrendo-se aos instrumentos previstos no Código Civil italiano, particularmente nos seus arts. 844 e 890 (quando substituíam os pressupostos) ou então 2.043. E de fato o objeto da pretensão individual não pode dizer respeito à integridade psicofísica do sujeito, assegurada justamente por aquelas normas, sobretudo se “revisitadas” à luz da disposição constitucional. Não, todavia, como foi sublinhado, condições ambientais, não apenas prejudiciais, mas inclusive propícias ao desenvolvimento psicofísico do indivíduo. Faltaria, se se quisesse adotar a tese contrária, qualquer especificação do objeto de direito, assim como instrumentos idôneos de tutela judicial.

A tais convincentes considerações deve-se acrescentar que, da noção de bem jurídico, acolhe-se a definição usual na teoria geral do direito, sendo essencial a tal configuração a conjugação dos dois requisitos — da utilidade que se pode obter do bem e da posição subjetiva atribuída pelo ordenamento à fruição daquela utilidade. Conseqüentemente, não se pode duvidar que a utilidade que deriva do específico recurso ambiental normalmente não assume valor unitário (p. ex., a água poderá ser usada com fins industriais, agrícolas etc.) , assim como a utilidade que advém do

complexo equilíbrio dos componentes ambientais não se reduz ao benefício particular do indivíduo, de modo que nem mesmo é possível configurar posições subjetivas que assegurem tal benefício.

2.1 TEORIA DO AMBIENTE COMO OBJETO UNITÁRIO DE INTERESSES DIFUSOS

Outra perspectiva utilizada para a elaboração de um conceito unitário do ambiente como bem jurídico é o chamamento à figura do interesse difuso. Tradicionalmente, com essa expressão faz-se referência ao interesse que cada membro da comunidade atribui a determinadas utilidades, não em consideração de sua específica posição, mas por pertencer à generalidade dos indivíduos que compõem aquela coletividade (*uti civis*). Conclui-se disso que o interesse difuso, justamente porque não se refere exclusiva e inteiramente a um sujeito público ou privado, nem a um “centro de imputação” de interesses coletivos (ainda que não elevado pelo ordenamento a pessoa jurídica), é um interesse adespota (sem dono). Não há, substancialmente, nessa hipótese um sujeito que se possa definir como seu titular e que seja por essa razão legitimado a fazê-lo valer como próprio. Em consideração ao seu sentido indiferenciado e pelo fato de pertencer à coletividade no seu conjunto, nega-se geralmente que esse interesse constitua posição subjetiva tutelada pelo ordenamento, e daí se faz derivar uma nova compreensão entre os interesses de mero fato.

Mesmo sem pretender enfrentar de modo completo nesta sede a temática dos interesses difusos, deve-se observar que, no estado atual da evolução legislativa e jurisprudencial, não parece ser possível configurar o interesse difuso como posição subjetiva relevante em linha geral pelo ordenamento. Se, de fato, este último requer, para uma tal figura, a individualidade da posição e a sua atribuição particular a um sujeito ou, quando menos, a um “centro de imputação”, deve-se concluir que tais requisitos estão apenas no direito subjetivo (interesse individual tutelado pelo direito de modo direto e imediato) e no interesse legítimo (diferenciado porque pessoal e qualificado pela imposição à Administração do ônus de dar o valor no exercício de

seus poderes públicos). Nem parece suficiente para superar esse relevo a tese — mesmo que estimulante — de que a relevância coletiva de um interesse tira a necessidade de um relacionamento direto entre a apropriação de uma situação e a possibilidade de obtenção da tutela .

Isso não retira o fato de que o surgimento de valores coletivos (em função de um complemento ou de uma alternativa relativamente àqueles públicos ou privados) seja um fenômeno de particular relevo no mundo contemporâneo. Apesar de tal importância, da qual o legislador teve consciência no período entre 1980-1986 , sobretudo com a lei que foi instituída pelo Ministério do Ambiente italiano (Lei n. 349, de 8-7-1986, art. 18) e com as iniciativas em tema de reforma no procedimento administrativo (disposições que levam à melhoria do relacionamento entre cidadãos e Administração Pública no desenrolar da atividade administrativa), não parece para o momento superar o limite da gestão participativa da função pública e da previsão de ações populares do tipo substitutivo ou corretivo das dos poderes públicos, ações cuja natureza excepcional impõe expressa previsão normativa.

Nem pode surgir redutora a limitação de relevo dos interesses difusos, não apenas pelos problemas que eles trazem sob o perfil da legitimação para exprimi-los e da eficácia das decisões que lhes dizem respeito, mas também porque justamente o interesse público, que a tais interesses se liga, postula a intervenção de um sujeito que seja capaz de superar os detalhes inevitavelmente conexos às iniciativas da parte. Esse papel não pode ser conferido, pelo menos com os instrumentos processuais atualmente disponíveis, exclusivamente ao juiz, distorcendo-se em caso contrário “a tipologia histórica das situações subjetivas deduzíveis em relação à administração” e introduzindo-se “uma forma nova e anômala de participação do privado no procedimento de formação da vontade administrativa por meio do juiz”.

Deve-se ainda acrescentar que dificilmente pode trazer um resultado útil a sobredita figura para introduzir uma característica de unidade à noção de ambiente, justamente porque a incerta delimitação daquela não permite a individualização de um objeto preciso da tutela, enquanto não se pode nem ao menos colocar-se em dúvida que um interesse difuso subsiste mesmo em relação aos componentes (água, ar etc.)

do ambiente. Igualmente por essa via permaneceria indeterminado o bem que se pretende definir.

3 TEORIA DO AMBIENTE COMO OBJETO UNITÁRIO DE PLANEJAMENTO URBANO

Outra perspectiva unitária para o meio ambiente foi formulada com referência ao planejamento urbano. O instrumento de programação do setor seria idôneo para reunir todos os aspectos de tutela ambiental, de modo que se poderia atribuir a esse último conceito uma característica unitária.

Todavia, foram opostas fundadas objeções, pois o planejamento urbanístico, como qualquer outro procedimento de planejamento, é voltado para delinear modalidades de composição dos vários interesses que ali estão representados, que resultam já individualizados por outras normas, e não para especificar novos interesses substanciais, assegurando sua proteção. Desse modo, nem mesmo a existência de um procedimento relativo ao planejamento, sede ideal para uma análise não limitada dos problemas ambientais, é por si só idônea para atribuir unitariedade ao meio ambiente, no caso de este já não possuir tal requisito por força de outras disposições.

4 TEORIA DO AMBIENTE COMO BEM PÚBLICO (E PORTANTO DO ERÁRIO) NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE DE CONTAS (TRIBUNAL DE CONTAS) ITALIANA

A partir da Decisão n. 39 , de 15 de maio de 1973, o Tribunal de Contas italiano, ao afirmar a responsabilidade de um funcionário do Estado, do presidente do Parque Nacional d'Abruzzi e de alguns administradores locais porque tornaram possível, com o seu consentimento, a edificação de vários complexos no território do parque, individualizou o dano ao erário na lesão do patrimônio público (ambiental), objeto de específicas disposições de tutela.

Essa orientação foi reforçada na sucessiva Decisão n. 61 , de 8 de setembro de 1979, na qual se afirmou a responsabilidade de funcionários públicos pelo dano conseqüente ao descarregamento de resíduos poluentes no mar, por parte da Monteedison di Scarlino, reconhecido no prejuízo trazido ao meio ambiente, definido como:

[...] o conjunto de bens e utilidades economicamente apreciáveis que estão à disposição e em uso pela coletividade, e a respeito dos quais o Estado (ou o ente territorial) assume a obrigação de tutela, concedendo a esses bens, nos diversos níveis legais, uma proteção especial.

Característica dessa orientação é a conotação do bem ambiental como bem patrimonial do Estado e da conseqüente natureza pública (no sentido de erário) do dano que lhe é provocado. Por outro lado, essa característica não explica como a “patrimonialidade” de tal complexo de recursos pode assegurar unidade ao ambiente na sua complexidade, porquanto o fenômeno poderia igualmente justificar-se imaginando a inserção no patrimônio do Estado das riquezas naturais, no seu sentido singular, em vez do ambiente na sua complexidade. A isso deve-se acrescentar que, com essa configuração, o Estado assume a aparência de sujeito exponencial de toda a coletividade organizada e, portanto, de intérprete dos interesses difusos que são inerentes a esta última, com todas as implicações dessa construção. Além disso, não é possível deixar de dizer que a presença de normas específicas de tutela de determinados recursos no âmbito do direito objetivo, cujo respeito é confiado também ao poder (de controle e de repressão) da administração, se é válida para configurar o objeto da tutela particular como interesse público, não é circunstância por si só suficiente para que a posição da administração se forme como direito sobre um bem no sentido jurídico.

5 A TESE DA UNIFORMIDADE DO MEIO AMBIENTE NO QUE TANGE AO DANO AMBIENTAL, A TEOR DO ART. 18 DA LEI N. 349, DE 8 DE JULHO DE 1986

Com a entrada em vigor da Lei n. 349/86, instituidora do Ministério do Ambiente italiano, parte da doutrina peninsular — depois de atenta reflexão acerca dos precedentes doutrinários e jurisprudenciais em matéria ambiental — especificou, no seu art. 18, a norma reconhecedora do valor unificador do meio como bem imaterial

Foi particularmente observado que os pressupostos de tal configuração como bem jurídico autônomo são: a) subsistência de uma disciplina do meio ambiente autônoma e distinta em relação ao regime jurídico dos bens, privados ou públicos, e das res communes omnium que o compõem; b) título jurídico autônomo da proteção do meio ambiente em relação à proteção dos seus componentes; c) funcionalidade dessa específica disciplina em benefício da coletividade, com o conseqüente limite ao exercício dos direitos dominiais ou da atividade privada e pública. A norma que contém os necessários requisitos foi reconhecida no art. 18 da lei instituidora do ministério italiano, que, na ótica da reparação do dano, considera como objeto da própria proteção o ambiente globalmente considerado e como sujeito da pretensão indenizatória o Estado: respectivamente objeto e sujeito, diversos daqueles relevantes na tutela dos componentes do ambiente individualmente considerados. O pressuposto de tal especificidade de disciplina deveria ser individuado justamente na diversidade do bem tutelado, conclusão esta última que sublinharia a utilidade da nova disciplina enquanto não substantiva, mas integrante daquela, quer administrativa, quer civilmente, relativa aos vários componentes ambientais .

A tese segundo a qual a disciplina específica da ação de ressarcimento do dano ambiental é idônea, sob o perfil objetivo e subjetivo, a integrar os extremos do bem jurídico autônomo, mesmo que habilmente exposta, não parece que possa ser partilhada. Antes de mais nada, sob o perfil objetivo, não é sem significado o fato de que justamente a lei que institui o Ministério do Ambiente italiano não delimita o âmbito do ambiente. Em segundo lugar, mesmo se essa lacuna fosse colmatada com o recurso da interpretação sistemática, esta é essencialmente descritiva. Nem se pode diversamente arguir a circunstância da presença de uma nova disciplina específica do

dano ambiental, porque a utilidade e a finalidade desta última não podem ser específicas na introdução de um novo bem imaterial, mas em uma nova técnica de repressão aos danos causados aos vários recursos naturais, por meio da ação reparatória, que possui — como parâmetro de valor — não apenas o peculiar recurso natural atingido, mas o ambiente na sua complexidade. Em substância, pela nova previsão ampliam-se, antes de mais nada, os efeitos da disciplina que tutela os bens singularmente analisados, porquanto a violação de uma norma em particular não determinará apenas a obrigação de ressarcir o dano causado àquele específico recurso natural, mas a tudo o que compõe o meio ambiente, por força dos efeitos decorrentes da inter-relação existente.

Quanto ao perfil subjetivo, ao revés, não parece decisiva a atribuição (por sua vez não exclusiva) ao Estado da legitimação para o exercício de tal ação reparatória, na medida em que se liga não tanto à propriedade do meio ambiente, mas à natureza dos interesses gerais da coletividade, que pelo sistema diz respeito ao Estado, para surgir preferencialmente conexa — aquela legitimação — ao mesmo poder do Estado de perseguir o interesse (público) à conservação ambiental.

Deve-se assinalar além disso que a teoria da natureza unitária do meio ambiente, como valor distinto dos bens que o compõem, foi acolhida após a entrada em vigor da Lei n. 349/86 por civilistas de monta . Nos seus comentários há uma gradativa diminuição da incerteza, como quando o dano ambiental é especificado na lesão de um interesse público à salvaguarda do meio ambiente e ressalta-se que tal interesse tem natureza não patrimonial . Permanecem desse modo a esclarecer, sob o perfil teórico, se a lesão daquele interesse público, a respeito do qual o novo ordenamento legal comina uma responsabilidade civil estruturada diversamente dos cânones tradicionais e mais próxima do modelo penal , é lesão de uma entidade suscetível de ser objeto de direitos (e, portanto, de um bem no sentido jurídico) ou, ao contrário, de um interesse público que permanece como tal e a cuja tutela da autoridade, por meio do exercício do poder administrativo , acresce-se a ação de ressarcimento dos danos provocados ao meio ambiente.

De resto deve-se ainda sublinhar que à sugestão terminológica do ambiente como bem jurídico unitário não escapou nem mesmo a Corte Constitucional. Assim,

na Sentença n. 641, de 30 de dezembro de 1987 , a Corte observou que na lei que instituiu o Ministério do Ambiente (Lei n. 349, de 1986) não apenas está prevista a criação de um “centro de referência do interesse público ambiental”, que realiza a recondução à unidade das ações político-administrativas que têm como finalidade a sua tutela, mas também configurado o ambiente como:

[...] um bem imaterial unitário se bem que com vários componentes, cada um dos quais pode igualmente constituir, isoladamente e separadamente, objeto de tutela; mas todas, no seu conjunto, podem ser reconduzidas à unidade. O fato de que o ambiente pode ser fruído sob várias formas e diferentes modos, assim como pode ser objeto de várias normas que asseguram a tutela dos vários aspectos nos quais se exprime, não diminui nem ataca a sua natureza e a sua substância como bem unitário que o ordenamento toma em consideração... O ambiente é, assim, um bem jurídico enquanto reconhecido e tutelado por normas”.

Não é, porém, sem significado que a mesma sentença logo depois acresça:

Não é certamente possível como objeto que pode ser intencionalmente apropriado: mas como objeto que pertence à categoria dos assim chamados ‘bens livres’, sendo possível sua fruição pela coletividade e pelos indivíduos”, e ainda: “A legitimação para agir, que é atribuída ao Estado e aos entes ‘menores’, não encontra seu fundamento no fato de que estes enfrentaram despesas para reparar o dano ou no fato de que estes tenham sofrido uma perda econômica, mas na sua função de tutelar a coletividade e a comunidade no próprio âmbito territorial e em razão do interesse no equilíbrio ecológico, biológico e sociológico do território.

Em síntese:

As violações se traduzem em substância na ineficácia das finalidades protetivas e que por si sós constituem dano. A responsabilidade que se contrai é corretamente inserida no âmbito e no esquema da tutela aquilina (art. 2.043 do Código Civil)”, dotada não apenas da função geral de reintegração do patrimônio do que sofreu o dano, mas igualmente de “deveres preventivos e sancionadores.

Destarte, do desenvolvimento das teorias do ambiente como bem jurídico unitário ,concluiu Malinconico que, de tudo o que foi observado, sobressai que do bem ambiental pode-se falar apenas com referência a coisas suscetíveis de ser objeto de direitos, segundo a definição que se retira do art. 810 do Código Civil italiano . O direito

subjetivo, de outro lado, é configurado como interesse tutelado pela norma em vista da utilidade que ele pode garantir ao seu titular. É verdade que, quando o titular do bem é um ente público, a fruição pode ser estendida à generalidade dos cidadãos (exemplo típico é aquele dos bens dominicais de fruição direta por parte da comunidade), mas, igualmente em tais hipóteses, o instrumento por meio do qual citado objetivo é realizado pelo ordenamento consiste na atribuição do bem em propriedade (pública) a um ente, que exercita sobre ele os poderes dominicais, eventualmente em concurso com aqueles administrativos de autotutela.

A particularidade da construção dogmática do bem ambiental em sentido próprio está nisto: o bem não apenas pode ser objeto de direitos (propriedade) — referentes, segundo o caso, a um ente público ou privado —, mas, nesta segunda hipótese, tem como escopo a fruição pública, atribuindo direitos que são relativos a um ente público. Além disso, a subsistência desse necessário e específico interesse público não é reconhecível empiricamente, mas sim através de um provimento da Administração, que o especifica sobre a base de uma previsão legal de utilidade igualmente coletiva do bem.

Tal construção não parece adaptar-se à noção de ambiente conforme adverte Celso Fiorillo(2017), do qual se pode dizer apenas que o ordenamento tende a configurá-lo como uma entidade unitária e a garantir-lhe uma disciplina global pelas diversas interações que se estabelecem entre seus componentes. Todavia, nem o ente privado nem o público podem dizer-se titulares de direitos sobre o ambiente ou sobre as riquezas individualmente consideradas que o compõem. Não o primeiro (privado), que, além do mais, arguirá um direito de propriedade sobre os bens fundiários, com as conexas faculdades de desfrute, sempre — e para todos os bens — delimitadas pelo ordenamento à tutela dos interesses dos vizinhos e da coletividade. Não o ente público, a quem não é devolvida pela norma a função de individualizar um específico interesse público, imanente ao bem de propriedade privada, tanto mais se se considerar que o objeto do poder do indivíduo e o objeto do Poder Público seriam de qualquer modo entidades absolutamente diversas. O indivíduo arroga-se o direito de utilizar o bem nos limites consentidos pelas leis,

enquanto o ente público exercita poderes para tutelar a globalidade dos recursos naturais, não apropriáveis por um sujeito único, público ou privado que seja.

Com tais observações não se pretende contestar a utilidade de uma consideração unitária do ambiente, inclusive sob o perfil jurídico, mas unicamente sublinhar a diversidade conceitual dos fenômenos. Se sobre tal perspectiva de fundo houver acordo, pode-se efetivamente concluir que a questão do caráter unitário do “bem” ambiente arrisca tornar-se mera exercitação dialética.

Para concluir sobre esse ponto, não se deve nem ao menos esquecer o relevo que assume a noção de ambiente na normação comunitária, em consideração à prevalência que esta última assume nos confrontos da legislação nacional. Assim, a Diretiva comunitária n. 85/337, de 27 de junho de 1985, concernente à avaliação do impacto ambiental de determinados projetos públicos e privados, em seu art. 3º, prescreve que essa estimativa deve resguardar os seguintes fatores:

- a) o homem, a fauna e a flora;
- b) o solo, a água, o ar, o clima e a paisagem;
- c) a interação entre os fatores que digam respeito ao primeiro e ao segundo item;
- d) os bens materiais e o patrimônio cultural.

Não há dúvida, pois que no ordenamento comunitário o ambiente tem uma valência meramente descritiva, dissolvendo-se depois na pluralidade dos fatores que o compõem.

Assim, com apoio nos estudos de Celso Fiorillo (FIORILLO, 2017), vimos, pela importante contribuição da doutrina italiana e principalmente em face da análise de Carlo Malinconico (MALINCONICO, 1991), a dificuldade de se estabelecer um critério unívoco a respeito do bem ambiental, particularmente em decorrência da existência de várias teorias do ambiente como bem jurídico unitário (teoria da especificação do elemento unificador no direito subjetivo individual, teoria do ambiente como objeto unitário de interesses difusos, teoria do ambiente como objeto unitário de planejamento urbano, teoria do ambiente como bem público e, portanto, do erário, na jurisprudência da Corte de Contas italiana, e a tese da uniformidade do meio ambiente no que tange ao dano ambiental, a teor do art. 18 da Lei italiana n. 349, de 8-7-1986).

No Brasil, todavia, e esse é um aspecto curioso no desenvolvimento histórico de nosso direito, a Constituição Federal de 1988, de forma paradigmática, não só define o que é bem ambiental como possibilita seja verificada sua natureza jurídica como bem destacam Celso Fiorillo e Renata Ferreira(FIORILLO/FERREIRA,2015).

Com efeito.

O art. 225 da Constituição Federal estabelece, como já observava Celso Fiorillo desde o final do século XX , que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Dessarte, ao enunciá-lo como essencial à qualidade de vida, o dispositivo recepcionou o conceito de meio ambiente estabelecido na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), qual seja, “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I), dentro de uma concepção que determina uma estreita e correta ligação entre a tutela do meio ambiente e a defesa da pessoa humana.

A expressão “sadia qualidade de vida” faz com que o intérprete, com segurança, associe o direito à vida ao direito à saúde (na exata medida do que sustentam Malinconico em sua obra clássica e mesmo Ruiz), dentro de uma visão da legislação brasileira destinada a impedir que o meio ambiente viesse a ser apenas uma questão de sobrevivência, mas, efetivamente, “algo mais” dentro de um parâmetro, vinculando o direito à vida em face de uma tutela à saúde com padrões de qualidade e dignidade.

Nota-se, portanto que, dentro de uma “divisão” doutrinária do meio ambiente em PATRIMÔNIO GENÉTICO, MEIO AMBIENTE CULTURAL, MEIO AMBIENTE DIGITAL, MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL, MEIO AMBIENTE DO TRABALHO, SAÚDE AMBIENTAL E MEIO AMBIENTE a visão dele estabelecida não possui outra função senão delimitar seu espectro, a que se está referindo dentro de uma aparente dissociação vinculada a um sentido meramente expletivo, na medida em que o conceito de meio ambiente, por tudo o que temos defendido, é indissociável da inexorável lição adaptada ao direito à vida.

Exatamente nesse sentido, a lição de Giannini , quando afirma que o meio ambiente não pode ter um tratamento fragmentalizado ou isolado em setores estanques, ou mesmo as ideias de Prieur mencionadas por Celso Fiorillo (FIORILLO,2017) , dentro de uma concepção em que o ambiente seria “a expressão das alterações e das relações dos seres vivos, incluindo o homem, entre eles e o seu meio, sem surpreender que o direito do ambiente seja, assim, um direito de interações que tende a penetrar em todos os setores do direito para aí introduzir a ideia de ambiente”.

Com fundamento nessas considerações preliminares acerca do direito ao meio ambiente podemos identificar a natureza jurídica do chamado bem ambiental.

6 NATUREZA JURÍDICA DO BEM AMBIENTAL EM FACE DO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NA CLONAGEM.

Foi principalmente a partir da segunda metade do século XX, em decorrência do surgimento dos fenômenos de massa, quando se observou a formação da denominada “sociedade de massa”, que os bens de natureza difusa passaram a ser objeto de maior preocupação do aplicador do direito e mesmo dos cientistas e legisladores como um todo. Observados pela doutrina italiana, principalmente a partir da visão de Cappelletti , do abismo criado entre o “público e o privado”, preenchido pelos direitos metaindividuais, emergiram os denominados bens de natureza difusa como uma alternativa fundamental em face da dogmática jurídica estabelecida até o século XX.

Em decorrência da tradicional contraposição entre o Estado e os cidadãos, entre o público e o privado, iniciou-se no Brasil, a partir do advento da Carta Magna de 1988, uma nova categoria de bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida.

Referidos bens, como se nota, não se confundem com os denominados bens privados (ou particulares) nem com os chamados bens públicos. Se não, vejamos.

A Lei Federal n. 3.071/16 (Código Civil), ao ser criada sob a égide da Constituição Republicana de 1891 (tratava-se do texto da Carta norte-americana completado com algumas disposições das Constituições suíça e argentina, conforme lembra José Afonso da Silva), estabeleceu em seu art. 65 interessante dicotomia a respeito dos bens particulares e públicos, a saber: “Art. 65. São Públicos os bens de domínio nacional pertencentes à União, aos Estados ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Destarte, já advertia na oportunidade Maria Helena Diniz, bem particular “é o pertencente a pessoa natural ou a pessoa jurídica de direito privado”, enquanto bem público “é o que tem por titular do seu domínio uma pessoa jurídica de direito público interno, podendo ser federal, se pertencente à União, estadual, se do Estado, ou municipal, se do Município”. O atual Código Civil em nada alterou a visão antes apontada.

Claro está que a dicotomia antes estabelecida por força de norma infraconstitucional, ou seja, o Código Civil, tem razão de ser hoje no contexto constitucional em vigor apenas em face do que a Carta Magna efetivamente tenha recepcionado.

Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, nosso sistema de direito positivo traduziu a necessidade de orientar um novo subsistema jurídico orientado para a realidade do século XXI, tendo como pressuposto a moderna sociedade de massas dentro de um contexto de tutela de direitos e interesses adaptados às necessidades principalmente metaindividuais. Foi exatamente através do enfoque antes aludido que em 1990 surgiu a Lei Federal n. 8.078, que, além de estabelecer uma nova concepção vinculada aos direitos das relações de consumo, criou a estrutura que fundamenta a natureza jurídica de um novo bem, que não é público nem privado: o bem difuso.

Definidos como transindividuais e tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, os denominados interesses ou direitos difusos (art. 81, parágrafo único, I, da Lei n. 8.078/90) pressupõem, sob a ótica normativa, a existência de um bem “de natureza indivisível”. Criado pela Constituição Federal de 1988, conforme estabelece o art. 129, III, o direito difuso passou, a partir

de 1990, a possuir definição legal, com evidente reflexo na própria Carta Magna, configurando nova realidade para o intérprete do direito positivo.

De fato, a atual Carta Magna aponta dispositivos modernos versando sobre interesses difusos em face de uma concepção desenvolvida pela doutrina brasileira que, com a edição da Lei n. 8.078/90, passou a assumir contornos mais claros no direito positivo.

Destarte poderíamos indicar na atual Constituição Federal do Brasil, ao contrário da italiana, em que a doutrina tem que elaborar grande esforço para “interpretar” normas constitucionais no sentido de lhes atribuir valor de “direito difuso”, como vimos anteriormente, uma série de normas que assumem claramente a característica de direito transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Assim, o princípio de que todos são iguais perante a lei, o direito à vida digna, o uso da propriedade adaptado à sua função social, a higiene e a segurança do trabalho, a educação, o incentivo à pesquisa e ao ensino científico, o amparo à cultura, a saúde, o meio ambiente natural, o consumidor, a proteção ao patrimônio cultural, a própria concepção vinculada à proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso e principalmente algumas regras vinculadas à comunicação social pressupõem, necessariamente, a existência do bem ambiental, observada sua natureza jurídica de bem difuso.

Daí podermos reiterar a visão de Celso Fiorillo (FIORILLO, 2017) no sentido de que o art. 225 da Constituição, ao estabelecer a existência jurídica de um bem que se estrutura como sendo de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, configura uma nova realidade jurídica, disciplinando bem que não é público nem, muito menos, particular.

Referido bem e sua natureza jurídica claramente afetam a interpretação destinada a balizar juridicamente a clonagem.

CONCLUSÃO

Conforme aduzido anteriormente, o art. 225 de nossa Carta Magna estabelece, a existência de uma norma constitucional vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como reafirma que todos, e não tão somente as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privado ou mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno, são titulares desse direito, não se reportando, por conseguinte, a uma pessoa individualmente concebida, mas sim a uma coletividade de pessoas indefinidas, no sentido de destacar uma posição para além da visão individual, demarcando critério nitidamente transindividual, em que não se pretende determinar, de forma rigorosa, seus titulares.

O povo, portanto, é quem exerce a titularidade do bem ambiental dentro de um critério, adaptado à visão da existência de um “bem que não está na disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada nem de pessoa pública”.

O bem ambiental criado pela Constituição Federal de 1988 é, pois, um bem de uso comum, a saber, um bem que pode ser usado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais.

Além disso, para que o bem tenha a estrutura de ambiental, deve ser, além de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida.

Quais seriam no ordenamento positivo os bens essenciais à sadia qualidade de vida?

A resposta está nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito: são os bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana.

Assim referidos bens encontram correlação com os direitos fundamentais da pessoa humana apontados no art. 6º da Constituição Federal, a saber: os direitos a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, todos eles comentados exaustivamente em face das obras de todos os autores antes mencionados.

É, portanto da somatória dos dois aspectos aqui comentados, a saber, ser de uso comum de todos e essencial à sadia qualidade de vida, que se estrutura constitucionalmente o bem ambiental criado pela Constituição Federal de 1988 e indicado no art.225 da Constituição Federal.

Destarte, interpretar juridicamente a clonagem em face do direito brasileiro significa em conclusão observar a tutela jurídica da clonagem em face da natureza jurídica do patrimônio genético como bem ambiental em face de nosso sistema normativo em vigor.

REFERÊNCIAS

ASTBURY, W. T.; BELL, F. O. *X-ray study of thymonucleic acid*. Nature, v. 141, p. 747-748, 1938.

CRICK, F. H. C. *What mad pursuit*. Cambridge, Massachusetts: Basic Books, 1988. 182 p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Biodiversidade, Patrimônio Genético e Biotecnologia no Direito Ambiental**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Princípios do direito processual ambiental - A defesa judicial do patrimônio genético, do meio ambiente cultural, do meio ambiente digital, do meio ambiente artificial, do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural no Brasil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. ;Comentário ao Art.170,VI in : CANOTILHO,J.J.Gomes; MENDES,Gilmar F; SARLET,Ingo W;STRECK,Lenio L.(Coords).**Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo;Saraiva/Almedina,2013.

_____. FERREIRA, Renata Marques **Tutela Jurídica do Patrimônio Genético em face da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. **Direito Ambiental Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de direito da energia - Tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares, do vento e do sol**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

_____. **Direito ambiental tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Comentários ao Estatuto da Cidade — Lei 10.257/01 — Lei do Meio Ambiente Artificial**. São Paulo: Saraiva, 6ª edição, 2014

_____. **Comentários ao —Código Florestal Lei 12.651/2012**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

_____. Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro 2012, p. 867, in **Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**.

_____.; FERREIRA, Paulo; MORITA, Dione Mari. **Licenciamento Ambiental**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

FRANKLIN, R. E.; GOSLING, R. G. **Evidence for 2-chain helix in crystalline structure of sodium deoxyribonucleate**. *Nature*, v. 172, p. 156-158, 1953.

_____. **Molecular configuration in sodium thymonucleate**. *Nature*, v. 248, p. 766-769, 1974.

KUHN, T. **The structure of the scientific revolutions**. 2. ed. Chicago: The University of Chicago, 1970. 210 p.

JUDSON, H. F. **The eighth day of creation**. Cold Spring Harbor: Cold Spring Harbor Laboratory Press, 1996. 714 p.

MADDOX, B. Rosalind Franklin, **The Dark Lady of DNA**. London: HarperCollins Publishers, 2002. 380 p.

MALINCONICO, Carlo I beni ambientali in **Tratato di Diritto Amministrativo**, Padova; CEDAM,, Vol,05,1991.

PERUTZ, M. **I wish I'd made you angry earlier: essays on science, scientists, and humanity**. Cold Spring Harbor: Cold Spring Harbor Laboratory Press, 2003. 486 p.

SAYRE, A. Rosalind **Franklin and DNA**. New York: W. W. Norton, 1975. 201 p.

VIGNAIS, P. **La biologie des origines à nos jours**. Les Ulis: EDP Sciences, 2001. 478 p.

WATSON, J. D. **The double helix**. New York: Atheneum, 1968. 143 p.

_____. CRICK, F. H. C. **Genetical implications of the structure of deoxyribonucleic acid**. *Nature*, v. 171, p. 964-967, 1953.

_____. ***A structure for deoxyribose nucleic acid.*** Nature, v. 171, p. 737-738, 1953.

WILKINS, M. H. F. ***The third man of the double helix.*** Oxford: University Press, 2003. 274 p.

_____. STOKES, A. R.; WILSON, H. R. ***Molecular structure of deoxypentose nucleic acids.*** Nature, v. 171, p. 738-740, 195p