

**DIREITO PESQUEIRO: A ESQUIZOFRENIA LEGISLATIVA E O FETICHE
KELSENIANO***

**DERECHO PESQUERO: LA ESQUIZOFRENIA LEGISLATIVA Y EL FETISH
KELSENIANO**

FISHING LAW: LEGISLATIVE SCHIZOPHRENIA AND THE KELSENIAN FETISH

Johnattan Martins Pinheiro**

Denison Melo de Aguiar***

Resumo: A atividade pesqueira é quase tão antiga quanto a sociedade humana, formando um mercado alimentício promissor e até o século XX tinha-se a errônea ideia de que os recursos pesqueiros eram ilimitados. Todavia, no quartel final do século XX percebeu-se a redução da qualidade e quantidade dos recursos extraídos. Portanto, para evitar um colapso ecológico e econômico, criou-se legislações que regulassem as relações naturais e humanas relacionadas a pesca. Todavia, não foram vislumbrados resultados proeminentes. À vista disso, o presente artigo tem por objetivo discorrer as dificuldades brasileiras no contexto da efetivação da legislação pesqueira e os fenômenos que a impedem. Estudou-se a vasta literatura sobre a temática, baseando-se na herança romano-germânica dos países civil-law, e a Norma Fundamental Kelseniana com o fito em criar-se um paralelo fenomenológico capaz de possibilitar a relação legal- natural, bem como a divergência entre o juspositivismo e o jusnaturalismo e sua influência no estabelecimento de uma legislação coadunante com a expectativa do legislador. Além de descrever a problemática atual de normatizar não apenas condutas humanas, mas um complexo ecossistema que não respeita as normas criadas pela sociedade humana. E por fim, apresentar possíveis soluções para a esquizofrenia legislativa, como os acordos de pesca.

Palavras-chave: legislação pesqueira, normas jurídicas e normas técnicas, Hans Kelsen, pesquisa científica.

Resumen: La actividad pesquera es casi tan antigua como la sociedad humana, formando un

* Versão de trabalho apresentado no VII Congresso Mundial de Bioética e Direito Animal, realizado em 2020, em formato virtual. Este artigo obteve a menção honrosa do 2º Prêmio Tobias Barreto de Direito Animal.

** Discente do curso de Direito do Estado do Amazonas. Membro da Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos da Universidade do Estado do Amazonas (MARbiC-UEA). Discente vinculado a projeto de Pesquisa no Programa de Aperfeiçoamento e Iniciação Científica da UEA (2018-2019) e (2019-2020). Professional Forensic Neurolinguistic (IMNF HARERY/2020). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1748253388615087>.

*** Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Advogado. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (PPGD-UFMG). Clínica de Direito dos animais da Universidade do Estado do Amazonas (YINUAKA-UEA). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9956374214863816>.

prometedor mercado de alimentos y hasta el siglo XX existía la idea equivocada de que los recursos pesqueros eran ilimitados. Sin embargo, a finales del siglo XX, se produjo una reducción en la calidad y cantidad de los recursos extraídos. Por lo tanto, para evitar un colapso ecológico y económico, se creó una legislación para regular las relaciones naturales y humanas relacionadas con la pesca. Sin embargo, no se observaron resultados destacados. En vista de esto, este artículo tiene como objetivo discutir las dificultades brasileñas en el contexto de la implementación de la legislación pesquera y los fenómenos que la impiden. Se estudió la vasta literatura sobre el tema, basada en la herencia romano-germánica de los países de derecho civil, y la Norma Fundamental Kelseniana con miras a crear un paralelo fenomenológico capaz de posibilitar la relación jurídico-natural, así como la divergencia entre el juspositivismo y el jusnaturalismo y su influencia en el establecimiento de una legislación acorde con las expectativas del legislador. Además de describir el problema actual de estandarizar no solo la conducta humana, sino un ecosistema complejo que no respeta las reglas creadas por la sociedad humana. Y finalmente, presentar posibles soluciones para la esquizofrenia legislativa, como los acuerdos pesqueros.

Palabras clave: legislación pesquera, normas legales y técnicas, Hans Kelsen, investigación científica.

Abstract: The fishing activity is almost as old as human society, forming a promising food market and until the 20th century there was a mistaken idea that the fishing resources were unlimited. However, in the late quarter of the twentieth century, there was a reduction in the quality and quantity of the extracted resources. Therefore, to avoid an ecological and economic collapse, legislation was created to regulate natural and human relations related to fishing. However, no prominent results were seen. In view of this, this article aims to discuss the Brazilian difficulties in the context of the implementation of fisheries legislation and the phenomena that prevent it. The vast literature on the subject was studied, based on the Roman-Germanic heritage of the civil-law countries, and the Kelsen Fundamental Rule with the aim of creating a phenomenological parallel capable of enabling the legal-natural relationship, as well as the divergence between juspositivism and jusnaturalism and their influence in the establishment of legislation in line with the legislator's expectations. In addition to describing the current problem of standardizing not only human conduct, but a complex ecosystem that does not respect the rules created by human society. And finally, to present possible solutions for legislative schizophrenia, such as fisheries agreements.

Keywords: fisheries legislation, legal norms and technical norms, Hans Kelsen, scientific research.

Sumário: 1 Introdução; 2. A pesca e o direito pesqueiro; 3. O direito e normas técnicas; 4. A questão deontológica do ser e do dever ser; 5. Norma kelseniana e as leis naturais; 6. Herança romano-germânica e a atividade legislativa; 7. O Legislativo e a Esquizofrenia; 8. Considerações finais; 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO:

O direito pesqueiro é um ramo relativamente novo do direito que tem como objetivo

regular as relações entre o ser humano e todo o conglomerado ictiológico, abarcando as formas de vida, peixes crustáceos e vegetais, e formas não-vivas, bacias hidrográficas e minerais, com o um todo complexo vislumbrado em uma relação simbiótica indivisível e necessária para a manutenção do *habitat* fluvial, fluvial deltaico e marinho (GONÇALVES,2011).

Todavia, por conta da herança positivista kelseniana perpetuada, principalmente, em países da família jurídica do *civil-law*, onde há uma tentativa estabelecer a neutralidade do direito ante as influências exteriores à norma, a legislação que deveria regulamentar a relação humana-ictiológica não consegue lograr o resultado pretendido. Transformando-se, faticamente, em letra morta (GONÇALVES, 2011).

Dessa forma, o objetivo deste artigo é compreender a importância do direito pesqueiro como um ramo essencial para gerir a relação entre meio ambiente ictiológico- ser humano- Estado, de modo a fomentar a extração sustentável dos recursos pesqueiros caso este limbo legal venha a ser dirimido, uma vez que é sisifesco, regular o bom convívio do conjunto humano, comumente intitulado de sociedade, quiçá esta relação ecológica.

Disto, propõem-se analisar as possíveis influências puristas kelsenianas na problemática legal ictiológica acerca da ausência de consonância entre a realidade e a norma brasileira, e qual é uma possível alternativa para convergir, harmonicamente, as disciplinas legais e biológicas (KELSEN,1998 e DARWIN, 2018).

Esta pesquisa é socialmente relevante uma vez que a partir do quartel final do século XX, após as atrocidades cometidas por países extremamente positivistas, Alemanha e Itália, observa-se que um direito alheio as relações sociais e ecológicas, pode vir a tornar-se fonte de legitimação de regimes autoritários e totalitários, advindo à neutralidade das normas, bem como todas as catástrofes ambientais provenientes de um país onde a obediência irrestrita às normas, sem qualquer questionamento quanto a seu conteúdo. Sendo impraticável, em um Estado Democrático de Direito que busca o desenvolvimento do país alinhado à sustentabilidade, o uso de uma legislação anacrônica (DAVID,2014).

A metodologia utilizada foi teórica-bibliográfica e documental. Pesquisou-se o conteúdo sobre pesca e direito, a herança romano-germânica kelseniana, a teoria pura do direito, em razão da dicotomia “ser” e “dever ser”, além do limbo legislativo acerca do tema pesqueiro no ordenamento jurídico brasileiro e a tentativa legislativa em aplicar o mesmo conceito de norma legal para uma situação natural.

Dessa forma, neste artigo questiona-se o seguinte: Como se pode interpretar o direito

pesqueiro dentro de uma leitura jurídico-social de um país de tradição romano-germânica? Como tal leitura pode afetar a eficácia das leis acerca do tema? Qual o efeito da aplicação de normas legais na tentativa de reger um fenômeno natural? Qual a influência e possibilidade de seu estabelecimento e reflexos no conjunto social e ecológico. Caso demonstre-se sua inviabilidade, qual seria uma alternativa eficaz?

2. A PESCA E O DIREITO PESQUEIRO:

Por ser um ramo relativamente novo, é salutar estabelecer o que este campo do direito regula, de forma perfunctória rege a atividade pesqueira. No entanto, o que é a pesca?

A pesca, muito embora seja proveniente do termo latino *piscare*, o qual é derivado do substantivo latino *piscis*, o qual significa peixe (HOUAISS; VILLAR, 2009) é a atividade estabelecida em retirar um ser vivo do seu habitat, obrigatoriamente aquático. Todavia não se aplica somente a estes, se não à grande diversidade de animais aquáticos como crustáceos, moluscos e até mamíferos.

Isocronicamente, aplica-se não somente aos habitats onde os pescados são encontrados. Podendo ser aplicado às técnicas de aquicultura, cultivo dos animais aquáticos, divergindo-se em diversas especificidades, à depender do cultivo (GONÇALVES, 2011).

É uma atividade surgida à aproximadamente 2,5 milhões a 200.000 anos atrás, no período conhecido como Idade da Pedra Antiga e acompanha o desenvolvimento humano. E foi com o advento da Revolução Industrial, e as inovações em métodos de conservação e captura que a atividade pesqueira se tornou muito rentável, por isto, investiu-se muito em tecnologias voltadas para este setor, v.g. a introdução da fibra sintética na produção das redes nas décadas de 1950 e 1960 e a pesca elétrica na Rússia, aumentando a quantidade de peixes capturados. (GONÇALVES, 2011; CLARK, 2007)

No entanto, a partir do momento em que o ser humano percebeu que os recursos naturais advindos da atividade pesqueira não são infinitos, fora concretizada, sobre o setor, a crise pesqueira. Uma vez que se notou a diminuição da quantidade e qualidade dos peixes pairou a possibilidade de escassez (CLARK, 2007).

Tal crise, nada mais é que uma das faces do grande hecatônquiuro, que é o desequilíbrio ambiental. Os hecatônquiros, em grego: *Ἑκατόνχειρες*: Hekatonkheires, os de cem mãos, ou *centimani* em latim, na mitologia grega, eram três gigantes filhos de Urano e Gaia e irmãos dos

doze titãs e dos três ciclopes. Possuíam cem mãos e cinquenta cabeças (GRIMAL, 1993).

Todavia, possui a peculiaridade proveniente de o produto extraído, não depender da produção humana. Pois a produção de peixes é regida por leis biológicas, normas técnicas, e não pelas leis do trabalho humano. Desaplumando o frágil equilíbrio do sistema de pesca, o qual alimenta uma grande porção da humanidade (CLARK, 2007; GONÇALVES, 2011; DARWIN, 2018).

À título exemplificativo, em 1996, quando foram retirados mais de 87 milhões de toneladas de pescados dos oceanos, bateu-se o recorde de extração de recursos marinhos. Posteriormente, em 1996, os números de extrações começaram a diminuir, e a indústria pesqueira seque, até a atualidade, insustentável. O padrão de consumo pós moderno de peixe e frutos do mar tem destruído diversas espécies, o *Thunnus orientalis*, atum, é apenas um destes casos (GONÇALVES, 2011 e CASTELLO; CALIXTO, 2016).

A sobrepesca é a responsável por essa situação. O *Thunnus orientalis*, conhecido como atum azul do Pacífico, é amplamente distribuído no Oceano Pacífico. Em decorrência de seu grande valor econômico alcançado. É a marca preferencial para a produção de sushi e o sashimi, sendo o alvo de diferentes pescarias que se encontram administradas por diferentes entidades nacionais e internacionais no Pacífico. Isso tem provocado problemas na adoção de medidas conjuntas, coordenadas, integradas e efetivas de controle. (CASTELLO; CALIXTO, 2016).

Tentando evitar os desequilíbrios ambientais provenientes da pesca desregada, o governo brasileiro estabeleceu diversas normas tanto federais como estaduais, bem como projetos como o Defeso, objetivando lograr a sustentabilidade desta atividade, mas tal fim ainda encontra-se como um sonho de uma noite de verão.

Pois, antes de efetivar qualquer texto legal, deve-se colocar o dedo no pulso da sociedade e aferir a sua pressão, para que sejam criadas não apenas boas leis, mas sim leis que se coadunem com o *momentum* social (PINHEIRO, AGUIAR, LIMA, 2019). Dessa feita, faz-se mister entender o que obsta lograr a convergência entre o objetivo do legislador, a norma legal e o contexto ambiental.

3. O DIREITO E NORMAS TÉCNICAS:

Primeiramente, é imperioso, ao debruçar-se sobre a interdisciplinaridade entre o direito e a atividade pesqueira, definir a extensão dos campos de estudos. Somente assim torna-se

Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 3, n. 1, p. 86-101, jan.-jun., 2020.

Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, 3, n. 1, p. 86-101, ene.-jun., 2020.

Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 3, n. 1, p. 86-101, jan.-jun., 2020.

possível estabelecer os pontos de convergência e, dessa forma, realizar uma análise profícua capaz de trazer benefícios práticos.

Definir o que é Direito é uma obra deveras sisifésca de realizar. Existe uma gama de definições, todavia, para este estudo estabelece-se o Direito como um conglomerado sistemático de normas que possuem como diferencial a imposição coercitiva institucionalizada da sanção como fruto de seu descumprimento (KELSEN,1998).

Depreende-se, portanto, que todo o dever tem como gênese uma norma, e dentre estas normas existem as jurídicas. Há deveres provenientes de normas sociais difusas, axiológicas, técnicas e jurídicas. Possuindo uma estrutura básica composta por uma trinca elemental formada por i) hipótese; ii) preceito e; iii) sanção. Onde na hipótese descreve-se a conduta, a valoração da conduta em forma negativa ou positiva é papel do preceito e a consequência para o descumprimento preceitual é expandida na sanção (KELSEN,1986, p. 68/76).

Pode-se distinguir as categorias normativas através do meio pelo qual sua sanção é aplicada. Em normas axiológicas, as sanções são impostas pelo próprio indivíduo que não a seguiu, v.g. culpa moral. Em lugar disto, as normas sociais difusas são aplicadas de formas assistemática e desordenada pela comunidade, v.g. regras do trato social. No caso das normas técnicas a resposta ao seu descumprimento é simplesmente não lograr o resultado pretendido. Já as normas jurídicas, tem seu diferencial na aplicação institucional e coercitiva da sanção (LYRA FILHO, 1993, p. 55-60).

Ocorre uma aplicação institucional quando o conjunto sistemático de normas possui eficácia objetiva, a adesão dos destinatários aos comandos mandamentados pela norma, percebendo-a como válida, e subjetiva, quando a mesma tem força o suficiente para impor as sanções determinadas mesmo que para isso precise valer-se do monopólio estatal da violência (KELSEN,1998). Podendo compartilhar os elementos valorativos dos outros conjuntos, dependendo do dinamismo ou estaticidade de cada sistema jurídico.

No caso de normas técnicas, as mais simples e cotidianas, tem sua constituição integrada por imperativos hipotéticos sem conteúdo valorativo, se deseja “x” então faça “y”, limita-se à frustração da obtenção do resultado pretendido, caso sejam desobedecidas, um exemplo claro das leis naturais, aqui utilizadas como vocativo às questões físicas, químicas e biológicas, em nada comungam com o Direito Natural. O hiperativo hipotético kantiano (KANT, 2008, p. 64).

Não é necessário poder coercitivo as normas técnicas pois, normalmente, tais leis são provenientes da observação da realidade, v.g. a água nas Condições normais de temperatura e

pressão começa a ferver aos 100C° ou a redução da quantidade e qualidade dos cardumes em vista a sobrepesca, não de uma convenção.

4. A QUESTÃO DEONTOLÓGICA DO SER E DO DEVER SER:

Para compreender melhor o fenômeno de convergência entre o Direito e a regulamentação da atividade pesqueira é necessário compreender a deontologia por trás desta amalgama. A deontologia é o campo do conhecimento onde analisa a parte da vida onde residem as normas portadoras de uma carga de dever- ser, onde ocorre a gênese dos direitos, deveres, obrigações, responsabilidade e pretensões (CANARIS, 1996).

Dentre os diversos modelos deontológicos, o que mais se amolda ao Estado de Liberdades Constitucionais advindo de uma sociedade civilizada, é o que estabelece as necessidades e os desejos como matéria prima do ser humano (FREUD, 2005, p. 8). Simplesmente, é o princípio do prazer que traça o programa do propósito da vida. Este princípio domina a operação do aparelho mental desde o início; não pode haver dúvida sobre sua eficiência, e ainda assim seu programa está em conflito com a execução de seus termos, pois é obstaculizado pelo propósito alheio. (FREUD, 2005)

Como um meio de prover a satisfação dos desejos, a humanidade passou a viver em grupos. No grupo, para que as necessidades sejam atendidas e os desejos possam ser realizados, é necessário alguém para atendê-los ou os suportar. Não haveria sociedade se os desejos não fossem satisfeitos. Portanto, o funcionamento do grupo social depende da criação de métodos para a satisfação, em alguma medida, de todos os membros.

Todavia, a satisfação não é distribuída de maneira igualitária, pela própria infinidade de desejos e a finitude dos recursos (TROSTER, 2002), portanto, regras que regulam a distribuição dos benefícios e frustrações são desenvolvidas através do projeto do que desejam ser (cultura) o que busca-se implementar (pela via política) na organização efetiva (civilização). Gera-se, através deste modelo dinâmico, direitos, deveres, pretensões e responsabilidades. Há o direito de ver suas necessidades e desejos saciados, assim como há o dever de contribuir para a satisfação alheia (FOUCAULT, 1987; FREUD, 2005). A satisfação dos desejos depende da sociedade, cumprir deveres é o meio pelo qual os desejos alheios são satisfeitos. Cada desejo (direito) é atendido através de um dever (desejo alheio) imposto à outra pessoa.

A decisão de cumprir os deveres e obrigações advém de um cálculo de custo-benefício,

aceita-se frustrações (deveres) para gozar de alguns desejos (direitos). No entanto, há momentos em que o cálculo de custo-benefício pende para o custo, sendo necessário o uso da força para equalizar o cálculo, mas na maior parte do tempo, a força simbólica é suficiente para a imposição dos deveres (FOUCAULT, 1987, p.153). Sendo uma sociedade considerada civilizada quando existe uma introspecção dos deveres e das punições por seus membros evitando tanto quanto o possível o recurso da opressão externa.

É fulgurante que os deveres não são (não fazem parte do ser), devem ser. Pois não precisa dever ser aquilo que já é, lembrando-se de excluir o inevitável e impossível. Faz sentido, tolerar aquilo que não se tolera, dar aquilo que se pertence ou devolver o que foi emprestado. Resumem-se nisto as prescrições normativas 1) dar 2) fazer e 3) não fazer. (KELSEN, 1987, p. 6). Eles precisam dever ser, e, portanto, sua criação é realizada por intermédio da elaboração normativa. Pela qual um ato de vontade é dirigido a conduta humana, estabelecendo parâmetros à conduta social normal. Nas palavras do mestre Kelsen (1987) o dever-ser é o sentido subjetivo de quaisquer atos humanos de vontade direcionado à conduta alheia. Todavia, este dever ser só será designado como norma se vier acompanhado de objetivamente do sentido de dever ser.

5. NORMA KELSENIANA E AS LEIS NATURAIS:

Para Kelsen, o direito é um sistema de normas que pode ser entendido através da díade proposição normativa (ser) e sentido da norma (dever ser). Divergindo cabalmente o arguido pela ciência do direito, voltada para a preposição normativa, e os comandos provenientes da norma, afeto ao sentido da norma. Enquanto o primeiro, ciência do direito, descreve, o segundo, a norma (direito propriamente dito) prescreve (KELSEN, 1998).

Estabelece, Kelsen, tal distinção pois tinha por objetivo estabelecer uma terceira via ao direito natural, utópico, e o positivismo clássico, regrado na obediência absoluta simplesmente pelo peso da lei, como se a mesma fosse uma lei natural, todos em sua visão, decorrentes de processos, relativamente inevitáveis, natural, social ou metafísico. Todavia, são fatos decorrentes de outros fatos e nunca normas advindas de outras normas (KELSEN, 1986; GÖDEL, 2009). Para Kelsen, tanto o direito natural como o positivismo pecavam em não possuírem um sustentáculo fático sobre o sustentar o ordenamento jurídico. O primeiro é baseado nos direitos imanentes do ser humano, embora louvável não é possível quantificá-los, tornando-se uma panaceia sem sentido. Já o positivismo clássico funda-se no pressuposto que a lei deve ser cumprida por que é

Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 3, n. 1, p. 86-101, jan.-jun., 2020.

Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, 3, n. 1, p. 86-101, ene.-jun., 2020.

Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 3, n. 1, p. 86-101, jan.-jun., 2020.

a representação do poder do Estado e similares, podendo ser resumida no brocardo latino *sed lex dura lex*.

Para evitar as falhas recursividade, inconsistência e completude advindas da formulação de sistemas axiomáticos complexos, Kelsen cria o campo da ciência do direito com o fito em estabelecer uma espécie de lei natural, descritiva, ao direito normativo estabelecendo a norma pressuposta fundamental última do ordenamento jurídico (KELSEN, 1986; GÖDEL, 2009).

Portanto, estabelece um ser sob o qual o dever ser fulcrado. Um dever ser não pode reduzir a um ser, um ser não pode ser reduzido a um dever ser, portanto, não pode um ser deduzir um dever ser, quicá um dever ser deduzir um ser. “Dever e ser são dois sentidos completamente diferentes um do outro – aqui a palavra “sentido”, se quer dizer tanto quanto “significação”, é linguisticamente desusado ou são conteúdos diferentes” (KELSEN, 1986, p.70), v.g. o legislador vem a criar uma lei que possui uma norma estabelecadora de um tributo. O ato que estabelece a norma, lei (o texto escrito), é da esfera do ser, já o dever de pagar o imposto, é o sentido, o que constitui a norma.

A norma kelseniana tem como objeto um dever ser, diferente das leis naturais. Estas, são fixadas através da generalização indutiva (EL-HANI, 2006). Desta feita, quando um fenômeno é vislumbrado de em determinado intervalo de tempo e de sua causa decorre sempre a mesma consequência, o efeito será verificado quando estiver presente a causa ou seu conjunto. Trata-se de constatações aferidas dentro de um modelo de mundo segundo suas regras ontológicas e epistemológicas (EL-HANI, 2006; LYRA FILHO, 1993).

As leis naturais, não comunga significância com a lei como ato portador de dever, lei/norma no sentido kelseniano, pois esta, deontológica, trata de algo que não é mas deve ser, já aquela, epistemológica ou ontológica, retrata, descreve, de situações e coisas que são.

6. HERANÇA ROMANO-GERMÂNICA E A ATIVIDADE LEGISLATIVA:

A Teoria Pura do Direito, como demonstrado anteriormente, foi um paradigma jurídico que balançou as estruturas do conhecimento científico relacionado à execução e criação das leis em todo o mundo. Mas foi nos países da família jurídica do *civil law* que ganhou mais apoiadores. Entretanto, o real contorno descrevido por Kelsen fora perdido, e sua teoria acabou tornando-se uma nova faceta do positivismo jurídico (KELSEN, 1998; WAMBIER, 2009).

A família jurídica românico-germânica, ou direito continental, diferente da família

Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 3, n. 1, p. 86-101, jan.-jun., 2020.

Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, 3, n. 1, p. 86-101, ene.-jun., 2020.

Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 3, n. 1, p. 86-101, jan.-jun., 2020.

jurídica da *common law* onde a atividade judiciária tem poder de modificar o ordenamento, cultura dos precedentes (DAVID, 2014), é um conjunto de países os quais formaram uma concepção forense fulcrada no direito romano, onde as regras de conduta são preocupadíssimas com a justiça e a moral. Tendo a ótica doutrinária para a formação do regramento jurídico. Onde pouco se importa com a aplicação do *ius*, assunto à para os práticos do direito e da administração (DAVID, 2014, p. 23).

Foi elaborada entre os séculos XII e XIII, principalmente no meio universitário, utilizando os florilégios do Imperador Justiniano, que, até então, era a concepção forense comum e, por ser visto como a inovação ocidental jurídica, foi incorporado às regiões circunvizinhas ao domínio romano por conta de sua eficiência (DAVID, 2014, p.25). Uma vez que amparou a mudança paradigmática social, o Renascimento cultural e comercial, permitindo o progresso dos países. Sendo a pedra de toque à revolução francesa pois havia forte conexão entre a igualdade e a lei entabulada, pois a cognição vigente estipulava que quando a lei impera a igualdade é garantida. Todavia, quando reina a vontade humana, a arbitrariedade é favorecida (WAMBIER, 2009, p. 56).

Devendo-se levar em consideração que o poder havia sido transferido ao Parlamento que não podia confiar no judiciário, imperioso, portanto, a certeza jurídica nas decisões para que não divergissem aos propósitos (MARINONI, 2009). Devido o rompimento com o antigo regime romano, o novo modelo ideal *civil law*, satisfaz diretamente as necessidades da sociedade da época, uma visão contemporânea, onde a necessidade do povo era prioridade. Dessa forma a lei passou a ser o espírito da justiça, ou seja, representava a vontade do povo, restringindo qualquer meio de interpretação, obrigando-se o magistrado a ficar restrito o texto legal. (WAMBIER, 2010, p. 34-38).

É hialino, o predomínio do direito positivado, criado através da atividade legislativa, em detrimento das outras fontes do direito, que possuem uma posição normativa supletiva, utilizadas somente quando a legislação não oferece solução, em países sob a égide da tradição romano-germânica, como no caso do Brasil. Além de a legislação seguir a hierarquia: Constituição, lei complementar, ordinária, decretos, portarias. (LIMA, 2013).

Na tradição romano-germânica, o legislativo possui mais responsabilidade para o bom andamento do país do que os outros poderes. Pois, tanto o executivo, quanto o judiciário estão encadeados pela lei. E tornar-se-ia uma pantomima, o país, caso as leis estipuladas pelo congresso não possuíssem a técnica jurídica necessária, a observância ao conjunto do ordenamento e a sua

conformação ao momento social e fático (DAVID, 2014; WAMBIER, 2010).

Portanto, a atividade legislativa deve ser realizada com qualidade capaz de ajustar-se as necessidades do país, *mutatis mutandis*, caso contrário a lei rapidamente torna-se letra morta (PINHEIRO; AGUIAR, ALMEIDA, 2019).

Tais pré-requisitos, eram amplamente cumpridos, a princípio, nos primeiros países regidos pela *civil law*, uma vez que a elite social e cultural era quem regia o legislativo. Todavia, atualmente em países como o Brasil, onde há uma heterogeneidade étnico-cultural não existe barreiras culturais ou acadêmicas para a elegibilidade dos congressistas percebe-se o déficit legislativo. Aqui, critica-se não o livre acesso eleitoral, mas as consequências de não se ter criado um plano de contingência à carência de tato legislativo advindo da louvável abertura política *erga omnes*. Principalmente observando as sessões legislativas onde o congresso não aparenta ser o local onde a voz do povo é ouvida, mas sim um palanque para discussões privadas e campanha política (DAVID, 2014; MARINONI, 2009).

É tão hialina esta observação que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário é visto como a esperança da ação política, conferindo-o o poder de exigir do Estado, poder executivo, as promessas constitucionais não cumpridas (SILVA, 2017) e por conta da desídia legislativa, tenta, da melhor forma possível mitigar a ausência, déficit ou anacronismo legal via jurisprudencial por meio da cultura dos precedentes (GUBERT, 2018).

7. O LEGISLATIVO E A ESQUIZOFRENIA:

O déficit legislativo também atinge o ramo pesqueiro, e este, sofre por conta da esquizofrenia legislativa. Embora seja assunto de extrema importância para o desenvolvimento salutar e sustentável do país, não recebe atenção necessária para que seja regido com eficiência e eficácia, pois não é um assunto politizado capaz de angariar votos ou servir como carro forte de campanhas como armas, aborto, política criminal e impostos o são (PINHEIRO; AGUIAR, 2020).

A legislação pesqueira, é totalmente descentralizada, os estados podem legislar acerca dela em virtude de sua competência concorrente, consoante o art. 24 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), algo que é profícuo, todavia falta uma lei federal que realmente estabeleça os parâmetros fáticos de implementação. A Lei nº 11.959, de 29 de junho de 2009, que dispõe sobre a política nacional de desenvolvimento sustentável da aquicultura e da pesca, regulando as atividades pesqueiras (BRASIL, 2009) é mais descritiva (definidora) do que normativa, algo que

uma portaria do Ministério da agricultura e do meio ambiente poderia estabelecer.

Soma-se a isto, o fato que, embora a Lei Pesqueira seja bastante descritiva, esquece-se de analisar e organizar o *modus operandi* do meio ambiente. Estabelece-se muito o que é a pesca, quem pode exercer a atividade, qual o período do defeso e qual o tamanho mínimo do pescado, mas não leva em consideração o fugaz equilíbrio instável existente nas relações ecológicas interespecíficas e intraespecíficas, harmônicas e desarmônicas estabelecidas no *habitat*, o que prejudica a convergência entre o objetivo da lei (a proteção dos recursos naturais e o desenvolvimento sustentável) e sua efetividade (SILVA,2011).

Embora exista pesquisas em diversas bacias hidrográficas brasileiras, não existe pesquisas conjuntas entre os diversos estados, prejudicando a análise do comportamento dos peixes, v.g. migração, relações faunísticas e abióticas, limite da capacidade reprodutiva. Dessa forma, deixa-se à desejar uma legislação coadunante em que pese o impacto ambiental e conflitos possíveis (DARWIN,2018). Não se consegue resolver os conflitos pesqueiros por vias legais, por esta razão os acordos pesqueiros são cada vez mais necessários pois garante a efetivação da proteção ambiental e do desenvolvimento sustentável em respeito as peculiaridades socioambientais locais (AGUIAR, 2012).

Ausente tal conhecimento, fica patente a falta de relação entre a lei e seu objetivo. Esquece-se da díade kelseniana, ser e dever ser, e, torna o pensamento positivista clássico em que a lei *per se* resolve os problemas sociais e cria-se ordenamento eivado de inconsistências lógico-científico-jurídicas. Tal problema não é somente da área pesqueira. Existe em todos os campos jurídicos do tributário ao ambiental (PINHEIRO, AGUIAR, 2020) Todavia, diferente das relações jurídicas, onde se houver umas falhas pode-se pleitear a reparação no Judiciário, nas relações ambientais o prejuízo é dificilmente reparado e suas consequências podem levar à extinção de diversas espécies e, se não houver mudança, um dia não tão distante a espécie humana também pode vir à extinguir-se (DARWIN, 2018).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Diante dessa análise sobre a (div)convergência entre o as relações ambientais, especificamente às ictiológicas, e humanas, atividade pesqueira, regidas pela legislação pesqueira brasileira, através de uma perspectiva kelseniana, percebe-se a ausência de consonância entre as leis naturais, ontológicas, e as normas legais, deontológicas (LYRA FILHO,1993).

Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 3, n. 1, p. 86-101, jan.-jun., 2020.

Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, 3, n. 1, p. 86-101, ene.-jun., 2020.

Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 3, n. 1, p. 86-101, jan.-jun., 2020.

Por conta disto, as diversas leis pesqueiras, estaduais e federais, não se coadunam com o objetivo a elas imposto. Uma vez que conforme a teoria kelseniana, o comando legal é um dever ser imposto à sociedade como condição ideal para a vivência comunitária e por conta disto não pode vir a ser fatos inevitáveis ou impossíveis (KELSEN, 1998 e SILVA, 2011). Para que haja uma prescrição legal é necessário observar o meio onde esta prescrição será estipulada, de modo que tal norma não venha a ser uma conduta inevitável ou impossível para aquele conjunto humano.

Em sua Teoria Pura do Direito, Kelsen não estabeleceu que o direito não deve se utilizar dos fatos sociais e naturais para ser realizado. Pelo contrário, ele concorda com essa multidisciplinaridade, todavia o que ele afirma, é que o direito não precisa dela para ser considerado uma ciência autônoma. Uma vez que seus pressupostos fundamentais estão dispostos em um aparato ontológico próprio, a ciência do Direito, que amparará a parte deontológica normativa, dever ser, o conteúdo da norma. (KELSEN, 1998 e WAMBIER, 2009)

O ponto fulcral da problemática encontra-se na esquizofrenia legislativa consubstanciada no déficit da atividade legislativa dos países de herança romano-germânica. Pois, tais países, depende de um poder legislativo pró-ativo na resolução de conflitos sociais e socioambientais, uma vez que a lei é a fonte absolutamente prevalente do direito e seu resultado último é representado pela codificação (BOBBIO, 2006, p. 119).

E é hialino a desídia legislativa em relação à diversos temas relevantes, dentre eles a legislação pesqueira. Embora sejam eleitos para tratar desta atividade vital para o Estado Democrático de Direito, é perceptível a esquiva em tratar de temas com alta complexidade (PINHEIRO, AGUIAR, 2020). Dessa feita, olvida-se da multidisciplinaridade proveniente de uma visão holística necessária para legislar acerca da vida em comunidade e suas relações ecológicas com os recursos naturais. Cria-se leis como se fossem um fim em si mesmo e não um meio para chegar a um fim, embora mencione-se a pesquisa e atividade científica, elas não passam de uma forma de fundamentar o pensamento pré-fixado e não com vias a fomentar o aprimoramento legal (BRASIL, 2009 e BOBBIO, 2006).

Além disto, a nova cultura dos precedentes não consegue resolver o óbice legislativo pesqueiro, uma vez que o dano ambiental já foi concretizado no momento em que a ação adentra a esfera judicial não efetivando sua característica profilática. Pois no que tange a responsabilidade finalizar-se-á a ação com perdas e danos, mas o dano não poderá ser desfeito e será comprado pela natureza cedo ou tarde. (MARINONI, 2009 e SILVA, 2017)

Revista Latino-Americana de Direitos da Natureza e dos Animais, Salvador, v. 3, n. 1, p. 86-101, jan.-jun., 2020.

Revista Latinoamericana de los Derechos de la Naturaleza y de los Animales, Salvador de Bahía, 3, n. 1, p. 86-101, ene.-jun., 2020.

Latin American Journal of Nature Rights and Animal Law, Salvador, v. 3, n. 1, p. 86-101, jan.-jun., 2020.

Percebe-se a ineficácia da atual legislação romano-germânica para o regramento pesqueiro, também, mostra-se fulgurante a ineficácia do *common law* pois no caso em questão pois, como expendido, é necessário a existência de precedentes o que não existe, terminando a ação judicial em perdas e danos o que não é o ideal buscado (DAVID, 2014).

Todavia, os acordos pesqueiros mostram-se uma provável saída para a recursividade do conflito pesqueiro, pois quando confere poder as partes para alcançarem soluções, esta resolução tende a ser respeitada e efetivada (AGUIAR, 2012), embora seja imperioso um estudo ambiental conjunto entre a União e os Estados da Federação para mapear as bacias hidrográficas nacionais com vias a compreender o ciclo de vida ictiológico e o modo de vida das comunidades pesqueiras e as indústrias, para, desta forma estabelecer uma legislação efetiva que amolde-se com a realidade social e não meramente um dever-ser que em nada comunga com a realidade.

9. REFERÊNCIAS:

- AGUIAR, Denison Melo de. **Do princípio da dignidade da pessoa humana e o conhecimento tradicional associado ao manejo pesqueiro:** um estudo de caso na comunidade Santo Antônio do Rio Urubu, no município de Boa vista do Ramos – Amazonas. Orientador Serguei Aily Franco de Camargo, - 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Amazonas, Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental. 2012.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico:** Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bibi e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. **Lei nº 11.959 de 29 de junho de 2009.** Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, regula as atividades pesqueiras, revoga a Lei nº 7.679, de 23 de novembro de 1988 e dispositivos do Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 2009. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/aquicultura-e-pesca/legislacao/legislacao-geral-da-pesca/lei-no-11-959-de-29-06-2009.pdf/view> Acesso em: 21 ago. 2020
- CANARIS, Claus-Wilhen. **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996.
- CASTELLO, Jorge Pablo; CALIXTO, Bruno. **O atum está ameaçado de extinção. E a culpa é do sushi:** a sobrepesca do atum azul colocou a espécie na lista vermelha. Devemos parar de comer comida japonesa? ÉPOCA. 2016. Disponível em: <https://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/blog-do-planeta/noticia/2014/11/o-atum-esta-ameacado-de-extincao-be-culpa-e-do-sushib.html#:~:text=A%20mais%20recente%20atualiza%C3%A7%C3%A3o%20da,principalmente%20por%20conta%20da%20sobrepesca>. Acesso em: 11 ago. 2020.
- CLARK, Colin W. **The worldwide crisis in fisheries:** economic models and human behavior.

- Cambridge University Press. 2007.
- DARWIN, Charles. **A origem das espécies**. São Paulo: Edipro. 2018
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes. 2014.
- EL-HANI, Charbel Niño. **Generalizações ecológicas**. Oecologia Brasiliensis(II Simpósio de Ecologia Teórica). Vol. 10, n. 1. 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2883509> Acesso em: 24 ago. 2020.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FREUD, Sigmund. **Civilization and its discontents**. Buckinghamshire: Chrysoma Associates Limites. 2005. Disponível em: <http://w3.salemstate.edu/~pglasser/Freud-Civil-Disc.pdf> Acesso em : 15 ago. 2020.
- GÖDEL, Kurt. **O teorema de Gödel e a hipótese do contínuo**. Lisboa; Calouste Gulbenkian. 2009.
- GONÇALVES, Alex Augusto. **Tecnologia do pescado, ciência, tecnologia, inovação e legislação**. São Paulo: Editora Atheneu. 2011
- GRIMAL, Pierre. **Dicionário da mitologia grega e romana**. 3ª ed. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil.1993 Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/Dicion%C3%A1rio_da_mitologia_grega_e_romana.html?id=F7O5AAAACAAJ&source=kp_book_description&redir_esc=y. Acesso em 11 ago. 2020.
- GUBERT, Roberta Magalhães. **Os desafios para a implementação de um Tribunal Constitucional brasileiro**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Guanambi, v.5, n. 01, p-94-114, 31 jul. 2018. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/210/86> Acesso em: 20 jun. 2020.
- HOUAISS, A; VILLAR, M. S. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva. 2009
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro.2008
- KELSEN, Hans **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores. 1986.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes,1998. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2020.
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva.2013.
- LYRA FILHO, Roberto. **Normas jurídicas e outras normas sociais**. In : Jose Geraldo de Sousa Jr (org.) O Direito Achado na Rua : Introdução Crítica ao Direito. 4ª ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília. 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. n.49. p. 11-58. 2009.
- PINHEIRO, J. M.; AGUIAR, D. M. ; LIMA, A. A . **A influência da pós verdade e da modernidade líquida na resolução consensual de conflitos**. In: Alessandra Bentes T. Vivas; Rodrigo Chaves; Rosângela Tremel; Sérgio Souza Salles. (Org.). Interdisciplinaridade das políticas públicas. 1ed.Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2019, v. 1, p. 774-790.
- PINHEIRO, Johnattan Martins; AGUIAR Denison Melo de. **Inadimplência fiscal e a apropriação indébita tributária no RHC 163.334/SC**. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v.7, n. 01, e287, jan/jun.2020. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i01.287>. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/287>. Acesso

em: 24 ago. 2020.

SILVA, Diogo Bacha e. **A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law.** Revista de direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v.4, n. 01, p. 63-88, 13 out. 2017. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/129/59> Acesso em: 20 jun. 2020.

SILVA, Luís Maurício Abdon da. **A relação entre peixes e habitat: métodos de análises.** Estação Científica UNIFAP. Macapá. v.1, n.2, p-17-29. 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/estacao/article/view/186/mauriciov1n2.pdf> Acesso em: 20 ago. 2020

TROSTER, R. L. **Introdução à economia.** São Paulo: Makron Books. 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito – Civil law e common law.** Revista Jurídica. Porto Alegre. v. 57. n.38. p 53-62. 2009.