



---

**Revista  
Brasileira de  
Direito Animal**

---





*Relação de membros da Revista Brasileira de Direito Animal*

**Coordenação:**

Heron José de Santana  
Luciano Rocha Santana

**Conselho Internacional:**

Bonita Meyersfed (África do Sul), David Favre (EUA), Gisela Vico Pesch (Costa Rica), Gustavo Larios Velasco (México), Helena Striwing (Suécia), Jean-Pierre Marguenáud (França), Jesus Mosterín (Espanha), Magda Oranich Solagrán (Espanha), Norma Alvares (Índia), Song Wei (Rep. Popular da China), Tom Regan (EUA).

**Conselho Editorial:**

Anaiva Oberst Cordovil, Ana Rita Tavares Teixeira, Alzira Papadimacopoulos Nogueira, Antonio Carlos Brasil Pinto, Antonio Herman V. Benjamin, Arivaldo Santos de Souza, Antonio de Freitas Coelho, Carmen Velayos Castelo, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, Celso Castro, Cléia Fernandes, Cynthia Maria dos Santos Silva, Edna Cardozo Dias, Elizabeth MacGregor, Emanuelle Carvalho, Fernanda Sena Chagas de Oliveira, Fernando Galvão da Rocha, Gislane Junqueira, Georgia Seraphim Ferreira, Haydée Fernanda, Jane Justina Maschio, Jarbas Soares Júnior, Jonhson Meira, José Antônio Tietzmann e Silva, Laerte Fernando Levai, Luciana Caetano da Silva, Lucyana Oliveira Porto Silvério, Maria de Fátima de Araújo Ferreira, Maria Luiza Nunes, Maria Metello, Mariângela Freitas de Almeida e Souza, Matheus Carvalho, Paulo de Bessa Antunes, Renata de Freitas Martins, Ricardo Rangel de Andrade, Rosely Teixeira Orlandi Pita, Sales Eurico Melgarejo Freitas, Samuel Santana Vida, Sandra Royo, Sara Rios Barbosa, Shelma Lombardi de Kato, Simone Gonçalves de Lima, Sônia Terezinha Felipe, Tagore Trajano Almeida, Tarin Mont'Alverne, Tatiana Marcellini Gherardi, Thiago Pires Oliveira, Vânia Maria Tuglio, Vanice Teixeira Orlandi.



---

**Revista  
Brasileira de  
Direito Animal**

---

*Brazilian Animal Rights  
Review*

*Coordenação:  
Heron José de Santana  
Luciano Rocha Santana*

Ano 2 - Número 2 - jan/jun 2007

©2006, by Instituto de Abolicionismo Animal

OS CONCEITOS EMITIDOS NOS ARTIGOS SÃO DE EXCLUSIVA  
RESPONSABILIDADE DE SEUS AUTORES

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS, PROIBIDA A REPRODUÇÃO,  
PARCIAL OU TOTAL, SEM A CITAÇÃO DA FONTE.

*SOLICITA-SE PERMUTA  
WE ASK FOR EXCHANGE  
PIEDESE CANJE  
ON DEMANDE LECHANGE  
SI RICHIERLE LO SAMBO  
AUSTRACH WIRD GEBETEN*

Capa

*Heron José de Santana  
Luciano Rocha Santana*

Editoração eletrônica e arte final de capa

*Lúcia Valeska de S. Sokolowicz*

Tradução

*Arivaldo Santos de Souza  
Heron José de Santana  
Thiago Pires Oliveira*

Revisão

*Heron José de Santana  
Thiago Pires Oliveira*

*Biblioteca Teixeira de Freitas*

---

Revista Brasileira de Direito Animal. – Vol. 1, n.1 (jan. 2006).  
– Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006-  
Anual.

I. Instituto de Abolicionismo Animal

---

## Sumário/ Index

### **Doutrina Internacional/Internacional Articles**

**Animales reales en el arte, o sobre los límites éticos de la capacidad creadora**

Carmen Velayos Castelo ..... 11

**La Responsabilidad Medioambiental en relación con la Prevención y Reparación de Daños Ambientales en la unión europea, con especial referencia a los Daños causados a las Especies y Hábitats Naturales Protegidos**

Georgia Seraphim Ferreira ..... 37

**El derecho ambiental comunitario, la Protección de la fauna y su aplicación por parte de los países miembros de la Unión Europea.**

Francesca Bernabei Mariani ..... 79

### **Doutrina Nacional/Brazilian Articles**

**Proteção jurídica dos animais**

Silma M. Berti, Edgard Audomar M. Neto ..... 107

**Os animais e o Direito. Novos Paradigmas**

Haydée Fernanda Cardoso ..... 115

**A Defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil**

Edna Cardozo Dias ..... 149

**Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo**

Sônia T. Felipe ..... 169

**O bem-estar dos cães domiciliados em apartamento**

Marcia Graça Graminhani ..... 187

<b>A Plataforma do “mínimo realizável” e as “linhas” de Wise</b> Daniel Braga Lourenço .....	207
<b>Habeas Corpus para animais: admissibilidade do HC “Suíça”</b> Fernando Bezerra de Oliveira Lima .....	225
<b>O Status ecológico da Arara-Azul-de-Lear (<i>Anodorhynchus leari</i>)</b> Pedro Cerqueira Lima .....	263
<b>Redefinindo o status jurídico dos animais</b> Thiago Pires Oliveira .....	273
<b>Sacrifício animal em rituais religiosos: liberdade de culto versus direito animal (parte 1)</b> Samuel Santana Vidal .....	289
<b>Notas Técnicas/Notes</b>	
<b>Uso de Animais em Rituais Religiosos e Legislação Brasileira em Vigor</b> Gislane Junqueira Brandão .....	309
<b>Projecte Gran Simi: Llibertat per a les persones no humanes</b> Josep Lluís Viladot .....	319
<b>Literatura/ Essays &amp; Arts</b>	
<b>O Boi Balão</b> Cora Coralina .....	327
<b>A viagem e volta do boi Milonga</b> Newton Navarro .....	333
<b>A Filosofia do outro</b> Heron Santana .....	339
<b>Jurisprudência/ Cases</b>	
<b>Decisão (liminar/antecipação da tutela) de ação ordinária em que se discute sobre objeção de consciência do autor à sua participação em aulas práticas com uso de animais</b> Juiz Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior .....	345
<b>Denúncia em Acção Penal pública contra as rinhas de galo promovidas por um grupo de particulares no município de Salvador (Bahia)</b> Heron J. de Santana, Luciano Rocha S. e Eduardo J. S. Filho .....	359

<b>Ação civil pública em face da crueldade praticada pelo centro de controle de Zoonoses de Aracajú (Sergipe)</b>	
Sandro Luiz da Costa .....	369
<b>Obras Indicadas/ <i>Annoucement</i></b> .....	387



**Doutrina**  
**Internacional/**  
***Internacional***  
***Articles***





# **Animales reales en el arte, o sobre los límites éticos de la capacidad creadora**

Carmen VELAYOS CASTELO\*

Resumen: Este trabajo versa sobre los límites éticos de la utilización de animales reales (vivos o muertos) en el arte contemporáneo. Para ello, parte de la defensa de obligaciones éticas directas hacia los animales y de la revisión de cualquier forma de “humanismo” que pretenda construirse de espaldas a la naturaleza no humana. Algunos de los riesgos éticos debatidos al hilo de diferentes manifestaciones artísticas son: la presunta instrumentalización del animal, la separación de su hábitat, la crueldad innecesaria hacia él o la amenaza posible a su bienestar o dignidad específica.

## **1. EL ARTE Y LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD CREADORA**

Dicen que Leonardo liberó a todos los pájaros presos en un mercado de Florencia. Seguramente lo hizo porque los conocía. Admiraba el prodigio de su vuelo y trató, incluso, de imitarlo mediante la construcción de máquinas voladoras.

---

\* Profesora y Doctora en Filosofía Moral y Política. Facultad de Filosofía. Universidad de Salamanca.

Leonardo amaba a los animales. No entendía la imparcialidad de la madre naturaleza cuando entregaba a la esclavitud para el uso humano a algunos de sus hijos y les pagaba los servicios prestados con crueles sufrimientos. De todos modos, y pese al gran Leonardo u otros muchos artistas, pasados y presentes, el amor por los animales no es una nota que pueda caracterizar a todo artista *per se*. Ni tampoco lo es su contrario: el desprecio o la simple indiferencia hacia el animal.

A principios de 2006, era denunciado ante el Seprona de la Guardia Civil el Museo Reina Sofía de Madrid por apología del maltrato animal. La denuncia provenía del Grupo *Amnistía Animal*. Entonces se estaba exhibiendo en dicho museo un vídeo del artista conceptual Jordi Benito, dentro de la exposición “El arte sucede”. Aunque el vídeo fue creado en los años ochenta, se estaba exhibiendo en la primera década de 2000, bajo el Código Penal de 1996 que tipifica ya como delito la apología del maltrato y la violencia hacia el animal.

El Museo alega que se somete siempre a la legislación vigente y que “no se desprende del vídeo una incitación directa a perpetrar un delito, ni se ensalza la comisión de un crimen.”<sup>1</sup> Pero un vídeo en el que el artista pega cinco martillazos en la cabeza a una vaca viva, dentro de una sala en ruinas, para después acuchillar su garganta, ya en el suelo, y recoger su sangre en una copa, crea la sospecha de haber traspasado los límites legales vigentes. Y los morales, en cualquier caso.

La dificultad de fijar límites colectivos al uso de animales reales, incluso en un caso tan aparentemente claro como éste, da muestra, como poco, de la urgente necesidad de replantear públicamente el problema. Recordemos que también en cine hemos visto escenas similares de sacrificios de animales, como el de la vaca de “Apocalypse now”, de F. Coppola, sin demasiado eco crítico. Pero en el caso que nos ocupa, el vídeo de Jordi Benito volvió a formar parte de la exposición “El arte sucede”, sin problema alguno, en el centro donostiarra Koldo Mitxelena. Se echa de menos que los propios artistas asuman esa tarea y empiecen a hablar en serio de lo que no parece aceptable hacer –moralmente hablando– tampoco en el terreno de la creación, como no parece serlo en otros ámbitos.

Es verdad que la ley ha avanzado mucho en cuanto a protección del animal no humano en los últimos tiempos, pero sigue debatiéndose

su alcance en este caso, en concreto en cuanto al maltrato animal y su tipificación. Precisamente, en la actualidad se discute seriamente sobre ello a nivel nacional, autonómico y europeo. Como queda patente con el ejemplo anterior, en nuestro país todavía no es fácil tener éxito al denunciar una obra como la de Benito por maltratar al animal, sin más, sino sólo por incitar a otros a hacerlo. Con todo, es curioso observar que, a medida que la ley evoluciona en el sentido de una mayor restricción respecto a los límites de la utilización de animales, aumenta en el arte la inclinación (junto a las posibilidades técnicas) a utilizar animales reales frente a un pasado en que bastó –generalmente– con representarlos. Pero, de nuevo, al artista no le es propia la tendencia a someter con crueldad al animal, como tampoco lo es la tendencia a cuidarlos o a denunciar la crueldad a la que les sometemos.

Algo sí está claro, sin embargo. En la obra artística de todos los tiempos aparece el animal no humano, con todo el miedo y la atracción que nos provoca; con la hilaridad y la risa; con la apariencia de seguridad y de fortaleza, o de fragilidad..., para darnos siempre una imagen directa de sí mismos y un recurso infalible para vernos reflejados. En concreto, diversas corrientes artísticas de la pasada y la presente centuria han permitido la proliferación de algo inusual en el arte precedente. Me refiero a la utilización de animales reales (vivos o muertos) frente a la mera representación de los mismos. El trabajo presente se centrará precisamente en el debate actual acerca de las implicaciones éticas del uso de animales reales en el arte contemporáneo.

La introducción de animales vivos en la obra artística le debe mucho a corrientes de la segunda mitad del siglo XX, como el arte *povera*, la *performance*, el *happening*, el arte ecológico, el *land art* o el *aktionismus* vienes. A pesar de sus importantes diferencias, todas ellas permiten que el animal entre a formar parte de la obra. El efímero resultado es, así, tan vivo y espontáneo como la vida del propio animal y su capacidad de interactuar con el contexto físico y humano que el creador le brinda. El mismo Marcel Duchamp, inspirador fundamental de muchas de estas corrientes artísticas, nos ofrecía ya algún ejemplo, como su “Torture-morte” (1959), en la que mostraba la planta de un pie cubierta de moscas. El debate actual sobre cuidado de los animales

no puede excluir, por tanto, al arte, en la medida que éste también hace uso de los mismos.

Lógicamente, este uso no ha despertado casi en ningún caso la discusión ética y social que despiertan otras prácticas, como la experimentación científica y cosmética, o la crianza intensiva. Quizás se debe a que sólo en el menor de los casos, aunque suficientemente representativo, el arte incluye prácticas dolorosas o claramente agresivas para el animal (su muerte, su sufrimiento, su tortura). En otros casos, en cambio, es reivindicativo, crítico y comprometido con su bienestar. Por ello, valga de entrada una aclaración. El presente trabajo está destinado a continuar un diálogo poco conocido respecto a algunos de los usos artísticos de los animales que provocarán, en la mayoría de los casos, una reflexión ética mucho más sutil que la que originan otros usos. No aludiremos, en casi ningún caso, al uso artístico de prácticas agresivas y dañinas para el animal, porque, de hecho, casi todas las leyes de los países de nuestro entorno prohíben, de una manera o de otra, la exhibición del dolor provocado al animal si no es para satisfacer una necesidad esencial del ser humano. No obstante, tal limitación no parece triunfar, por ejemplo, en la totalidad de los casos en los que lo “artístico” es, a su vez, considerado como práctica cultural tradicional, pues en ocasiones la ley ha introducido cláusulas que pueden evitar la prohibición de las mismas para preservar dichas tradiciones. La Constitución europea se manifestaba así, por ejemplo en su artículo III-121: “(...) la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias del **bienestar de los animales** como seres sensibles, al tiempo que respetarán las disposiciones legales o administrativas y **los usos de los Estados miembros**, en particular por lo que respecta a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y los patrimonios regionales”.

Además, hay que contar con que lo legal y lo moral no tienen por qué coincidir tampoco en este caso. Por ejemplo, no es ilegal mantener encerrado a un animal en un museo, como ha ocurrido en ARCO este mismo año. Sin embargo, mantener a un animal en una jaula, o en cautividad, para ser exhibido artísticamente, sí constituye una conducta enormemente debatida desde un punto de vista moral.

Además, la preocupación moral por el resto de los animales no humanos, no se queda en la garantía de su pervivencia y en la evitación

de su dolor y su sufrimiento. Otras cosas se alzan al debate acerca del alcance de nuestra responsabilidad y cuidado de los animales. En concreto, y por lo que al arte se refiere, nos interesarán aquí aspectos tales como la separación de un animal de su hábitat natural, la pérdida de libertad, la cosificación o instrumentalización innecesaria respecto a demandas humanas o su manipulación genética. La discusión colectiva, abierta y no clausurada, de casos conflictivos que afectan a determinados de estos usos artísticos, pone de manifiesto que el arte no es sólo *producción* (*poiesis*) sino que está teñido de decisiones *prácticas* (*praxis*). O dicho de otro modo, que la creatividad artística contiene a menudo rasgos propios de la creatividad ética. Ésta tiene que ver con la toma de decisiones en situaciones de incertidumbre y afecta, por lo que a la creación artística se refiere, a la deliberación acerca de sus implicaciones sobre todos aquellos seres vulnerables, afectables y merecedores de consideración, que, o bien participen directamente en el proceso artístico (como los animales vivos), o bien en la recepción del producto como espectadores.

## 2. ¿UNA CUESTIÓN DE HUMANIDAD?

En su instalación “Ein Haus für Schweine und Menschen” (1997), las artistas *performance* Rosemarie Trockel y Carsten Höller, aprovechan el potencial crítico y transformador de la obra de arte para enjuiciar la relación hombre-animal. La construcción aloja a cerdos vivos y también a los espectadores humanos de la instalación, que se convierten en parte del proceso artístico. Todos comparten un mismo hogar. Sin embargo, una pared de cristal divide a los seres humanos de los cerdos y permite que los primeros vean a los segundos, pero no al revés. Además, dentro de la casa, sólo pueden verlos, no interactuar con ellos.

Los cerdos recuerdan, en primer lugar, a muchos humanos marginados en nuestra casa social, que claman en vano por su reconocimiento. Pero, además, la casa dividida de Trockel y Höller representa la barrera artificial entre el animal no humano y el humano. Al otro lado del cristal nos sentimos seguros. Es el lugar de los derechos, del observador aparentemente distanciado de su objeto; un lugar, en suma, que justifica una relación de dominio hacia quienes quedan fuera. Sólo hace falta un leve cambio de perspectiva, sin embargo, para ver al

observador y al observado formando parte de un hábitat común. Es más, fuera de la casa, las barreras no existen y los humanos pueden ya tocar y acariciar a los animales.

La instalación nos recuerda que la justificación moral de nuestras relaciones con el animal es una construcción cultural y, como tal, convencional. La naturaleza no sabe de fronteras morales, éstas las creamos nosotros en su seno. Aunque abierta a modificaciones históricas, la construcción ética dominante de la relación hombre-animal ha sido siempre la de la frontera entre ellos. Ésta tiene un carácter doble. Por una parte, es una escisión abierta en el orden de la naturaleza tal y como es concebido por las diversas cosmovisiones históricas. Por otra, es también una escisión práctica que legitima el dominio y la instrumentalización humanas del animal, entendido como un extraño.

“Soy humano y nada de lo humano me es ajeno”<sup>2</sup> es una hermosa plasmación de un humanismo moral que ha enorgullecido a Occidente, pero que, lamentablemente, se ha solido entender como diferenciación y reacción respecto a lo no humano. Mediante la irracionalidad del animal, mostraba el ser humano su dignidad exclusiva y su supremacía. La construcción de un humanismo antropocentrista cuenta con apoyos filosóficos como los siguientes:

(1) Según la concepción teleológica grecocristiana, todo ha sido creado por causa del ser humano (los vegetales por causa del animal y éste por causa del hombre). Aunque esto no significa necesariamente que todo haya sido creado “para el uso del hombre”, la fuerte lectura utilitarista de la concatenación de fines naturales en una gran y armoniosa *cadena del ser*, ha sido, quizás, la dominante. Éste es el caso de Cicerón, cuando le atribuye a Balbo, un supuesto estoico, uno de los más conocidos alegatos a favor del instrumentalismo utilitarista con respecto a los animales: “¿Necesito acaso mencionar a los bueyes? Vemos que... la curva de sus cuellos se adapta al yugo, y para tirar del arado son anchas sus espaldas”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> De Natura Deorum, II. Es justo recordar interpretaciones mucho más matizadas que ésta de la teleología organicista. Así, los estoicos (no el estoico ficticio creado por Cicerón) recuerdan que, si bien el animal se subordina al ser humano, éste se subordina

(2) Una segunda escisión es la derivada de la filosofía mecanicista de la naturaleza propuesta por Descartes. La mecanización de la vida animal marca la frontera respecto al espacio humano del alma y del pensamiento. Para Descartes, los animales no poseen alma, aunque sí sensibilidad.

Son cuerpo extenso. Los seres humanos, por el contrario, sí poseen cuerpo (concebido también mecánicamente), pero su identidad viene dada por el pensamiento. Si la teoría cartesiana legitimaba el sometimiento del animal al hombre, esto no era “más cruel con los animales que manifiestamente piadoso con los hombres, libres de las supersticiones de los pitagóricos, porque los absuelve de la sospecha de delito siempre que comen o matan a animales”.<sup>2</sup>

La historia moderna de Occidente posterior a Descartes, aunque con matices y reseñables excepciones, siguió aferrada desde entonces a cierto dualismo naturaleza-cultura que hacía muy difícil derribar la barrera entre el animal y el hombre, así como las consiguientes relaciones instrumentalistas de uno para con el otro. A principios del siglo XXI, sin embargo, hay razones para pensar que esa barrera está dando paso a nuevas formas arquitectónicas que estructuran espacios de diferencia en el seno de un espacio común de convivencia. El cambio es lento y complejo y exige reformulaciones extensas de los presupuestos tradicionales. Entre las claves científicas que apoyan el cambio, destacan el reconocimiento en el XIX tanto de nuestro origen evolutivo común como de las complejas interdependencias ecológicas que relacionan al hombre y al animal. Pero también ha sido crucial el avance en el análisis etológico del comportamiento animal, en el estudio comparado de la mente, etc. Con todo ello, la ciencia viene a respaldar las aún minoritarias intuiciones morales de hermandad y cercanía, así como a

---

al orden general de la naturaleza, que ha de imitar, y que ésta tiene valor y belleza en sí misma y no sólo en vistas a alguna utilidad humana. Para una crítica aguda de una teleología antropocentrista ciega, ver SÉNECA: De Ira, II, 27, 2, y para una de la teleología en general, T. LUCRECIO: De la naturaleza de las cosas, libro V.

<sup>2</sup> DESCARTES: “Carta a Morus”, 21 de febrero de 1649, en Correspondance, Charles Adam y Gérard Milhaud, París, P.U.F., 1963, pág. 138.

matizar la dualidad dominante. El ser humano reconoce su condición animal e hibridada y descubre analogías y no sólo disanalogías entre él y los demás animales.

Claro está, sin embargo, que la ética occidental no estaba preparada para asumir la tarea de su renovación desde un paradigma antropocéntrico a otro más abierto e inclusivo. En el momento actual creemos que el respeto a los animales es también una cuestión básica de humanidad y que su dolor o malestar “no puede sernos totalmente ajeno”, parafraseando la vieja sentencia latina. La cuestión es, no obstante, cómo se justificaría ese respeto y cuál sería su alcance.

La mayoría de las tradiciones éticas actuales, sobre todo las de inspiración kantiana, siguen abogando por la defensa de meros deberes indirectos con respecto al animal o de meros deberes de compasión y humanidad, pero no morales (véase, John Rawls o J. Habermas, entre otros<sup>3</sup>).

Por mi parte, creo necesario trascender esta línea y acoger la justificación de deberes morales directos hacia los animales. Esto no significa necesariamente defender la existencia de obligaciones hacia ellos estrictamente idénticas a las que tenemos hacia los seres humanos, lo que implicaría presuponer una vulnerabilidad al daño idéntica a la nuestra. Significa la defensa de obligaciones directas específicas y basadas en criterios éticos plurales.

Según Kant, el respeto se refiere siempre sólo a las personas y nunca a las cosas, incluidos los animales. Éstos pueden hacer nacer en nosotros una tendencia, ya sea el miedo, ya el amor, u otras, pero jamás el respeto. De ahí que el hombre no pueda tener “ningún deber hacia cualquier otro ser más que hacia el hombre, y en el caso de que se imagine que tiene un deber semejante, esto sucede por una *anfibología de los conceptos de reflexión*, y su presunto deber hacia otros seres es sencillamente un deber hacia sí mismo”<sup>6</sup>.

Para Kant, sólo es posible tener obligaciones hacia otros sujetos morales con los que podemos mantener relaciones morales de

---

<sup>3</sup> HABERMAS, J.: “Die Herausforderung der ökologischen Ethik für eine anthropozentrisch ansetzende Konzeption”, en *Erläuterungen zur Diskursethik*, Francfort, Suhrkamp, 1991, pp. 219-26., RAWLS, J.: *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971.

reciprocidad. No es éste el caso de los animales. Con respecto a los mismos, tenemos únicamente deberes indirectos, esto es, *en relación a ellos, no hacia ellos*.

Esto significa, por lo que aquí nos ocupa, que aquellos usos artísticos de animales que pudieran merecer, si llega el caso, nuestra sospecha moral, serían usos en contra de la humanidad del espectador y del creador, y no en contra del animal cuyo uso causa la sospecha. Significa también que la motivación moral única para evitar el daño a un animal sería que el ser humano se degrada a sí mismo y se deshumaniza con dichos actos. Por lo tanto, los deberes indirectos resultan al mismo tiempo un instrumento de la educación moral del hombre y supuestamente garantizan un trato adecuado de los animales.

Estoy de acuerdo con Kant en que dañar a un animal significa de hecho dañar la humanidad de aquel que hace el daño pero esto es así, precisamente, porque hay un animal que sufre dolor, la separación de su hábitat o su reducción a cosa. Apesar de no ser un sujeto moral, el animal sí es un paciente de nuestros actos libres y morales contra o a favor de él. Que el ser humano sea, en principio, el único sujeto moral en sentido estricto, no significa que sólo él merezca consideración moral. Así, por ejemplo, un recién nacido tampoco es –salvo potencialmente– un sujeto moral y nadie dudaría que es, en sí mismo, el objeto de nuestros deberes morales.

Creo que Kant no negaría que se puedan ejercer daños físicos al animal. De ahí la repercusión de éstos en nosotros mismos, endureciéndonos un poco más. Lo que sí niega es que éstos constituyan daños morales. El animal es incapaz de reconocer un daño como agravio moral y, mucho menos, de coaccionar mediante su voluntad al cumplimiento de deberes directos. Estoy de acuerdo. No obstante, resulta difícil admitir, con Kant y la mayoría de las tradiciones éticas basadas en el postulado de la reciprocidad, que el ser humano no falta a su deber con el animal si le hace daño. Su riesgo fundamental consiste en que la única razón moral para elegir entre un comportamiento correcto hacia los animales, o uno cruel, es el efecto de éstos sobre las personas.

En mi opinión, nuestros deberes para con los animales son directos, aunque ellos no sean sujetos morales ni puedan, en consecuencia, tener

obligaciones morales hacia nosotros. En suma, puede haber deberes morales sin reciprocidad.

Las dos tradiciones más conocidas en la defensa de deberes morales hacia los animales, son, en la actualidad, el utilitarismo de Peter Singer, por ejemplo, y la teoría de los derechos de Tom Regan<sup>7</sup>, entre otros. Lo característico de ambas es la defensa tanto de un criterio único de relevancia moral como de la igualdad formal de trato para todos los animales que cumplan ese criterio. El *status* moral es reclamado por Singer para todos quienes tengan la capacidad de sentir placer y dolor o, de otro modo, de tener preferencias.

Tom Regan, por su parte, atribuye derechos morales a todos aquellos animales que son, en sus palabras, “sujetos de una vida”.

El problema de ambas tradiciones es que su defensa de un único criterio de relevancia hace difícil la resolución de conflictos interespecíficos.

Así, por ejemplo, Singer reconoce que, en casos de conflicto de intereses, habrá que dar prioridad a los de aquel ser cuyo sufrimiento sea mayor.

Por ejemplo, un ratón con cáncer terminal puede que sufra menos que un ser humano con cáncer terminal que además sabe que va a morir. En su opinión, seríamos *especistas* si ante casos conflictivos como éste, priorizáramos necesariamente al ser humano sobre el animal. No lo somos, sin embargo, si resolvemos el conflicto a favor del animal, humano o no, con más preferencias insatisfechas.

Pero el ejemplo singeriano y su solución pueden estar poniendo de manifiesto que el sufrimiento indiscriminado no puede ser el único criterio para la ética. Ni éste, ni otros tan generales como él (la vida, la agencia moral, etc). No existe un único criterio de relevancia moral, sino varios, así, por ejemplo, la vida, el sentimiento, la agencia moral, las relaciones bióticas y sociales, etc., que se constituyen como criterios combinables.

Es necesario un análisis multicriterial y complejo de la relevancia moral, que se haga cargo de las analogías y de las disanalogías entre unos animales y otros, incluidos los humanos, en función de tales criterios combinados<sup>8</sup>.

Desde este soporte metodológico –que no puedo aquí desarrollar como merece– cabe afirmar que no toda utilización del animal es

necesariamente censurable éticamente hablando, pero, eso sí, siempre habrá de contar con una justificación suficiente, porque el uso de otros animales no es algo justificable de por sí. Muy al contrario de lo que podemos aprender de nuestra historia dominadora sobre el animal, no parece que, en principio, tengamos fundamento originario (natural, racional, o de algún tipo) ni potestad para usar a nuestros compañeros de evolución. Cualquier uso debería contar con una argumentación suficiente.

Los animales no humanos merecen consideración moral en sí mismos. Esta consideración no puede estar basada únicamente en sentimientos como la compasión, sino que solicita una respuesta en el nivel de la argumentación moral y política, y un respaldo institucional.

### **3. CUANDO EL ANIMAL SE HACE ARTE**

#### **3.1. DEL USO A LA COLABORACIÓN**

David Lynch se califica a sí mismo como un “amaestrador de hormigas”. Éstas aparecen en sus lienzos, devorando un bistec crudo, por ejemplo. El resultado es indefinido, pero intencionado por parte del creador. Las hormigas hacen lo que Lynch espera. En una de sus obras, por ejemplo, éstas suben durante días por una percha hasta llegar a las cabezas de arcilla con orificios en la nariz, ojos y boca. Allí se introducen por los orificios hasta acabar con el jamón y el queso que Lynch había colocado en el interior de las cabezas.

En innumerables ocasiones, el animal responde a lo que el artista espera de él. Otras, responde contingentemente convirtiéndose en coautor desinteresado de la obra de arte más que en una mera herramienta de la misma. Es el caso de la obra de Miquel Barceló en Mali cuando solicita la intervención de las termitas ajeno al resultado que su presencia pueda generar en el lienzo.

Cuando las irregularidades del papel adquieren una forma que le gusta, Barceló recoge las hojas de papel previamente situadas en sus termiteros.

Tanto Lynch como Barceló crean un tipo de pintura que surge de un proceso vital. “Fais des choses et point d’images –solicita Barceló–

, des choses qui en passeront jamais par internet”<sup>9</sup>. Ser y pintar, o vida y obra confluyen en sus obras de arte. Hay, sin embargo, diferencias de matiz entre ambos, que afectan fundamentalmente a la intención creadora.

En el primer caso, el artista actúa como un demiurgo planificador que prevé exactamente cuál es el fin esperado del proceso. Por tanto, la intervención animal es calculada desde el principio con más o menos precisión. La intención de Lynch es que las hormigas caigan en la trampa y se coman el manjar. Son sus instrumentos. Como ha expresado en alguna ocasión, “las hormigas son trabajadoras complacientes que hacen lo que se les pide y, encima, no tienen sindicatos”. En el segundo caso, el artista es un demiurgo más abierto al azar de la colaboración con la otra fuerza creadora. El artista se convierte él mismo en espectador del animal, dejándose sorprender.

Barceló espera a ver qué hacen las termitas con el lienzo y entonces elige entre los resultados.

Los animales no son sus instrumentos artísticos, sin co-creadores de la obra. En esta misma línea, Robert Gligorov exhibía en Arco 2007 su instalación “Dollar Notes”, que conecta una jaula con pájaros vivos con un piano que suena con el movimiento de las aves. La diferencia con Barceló, sin embargo, resulta evidente, pues Gligorov requiere separar a los animales de su hábitat, encerrarlos y someterlos a su capricho creador. La colaboración animal-artista es, así, más limitada, pues pasa por la negación de la “libertad” animal, como veremos en el punto siguiente.

Sin embargo, Jorge F. Bazaga convierte a las ovejas en fotografías en su entorno, acercándose –sin selección alguna por su parte– al punto de vista de una oveja ante el mundo circundante. Las ovejas llevan un casco en la cabeza con una cámara fotográfica que se activa cada cierto tiempo para hacer una foto. El reconocimiento del animal es palpable. La colaboración artistaanimal excluye, incluso, en la obra de Bazaga “Veinticuatro horas en la vida de una oveja”<sup>10</sup>, cualquier tipo de decisión artística sobre lo que es más o menos relevante o más bello (las formas más interesantes de los agujeros sobre el lienzo, en el caso de las termitas de Barceló, por ejemplo). El arte se deshumaniza: es la propia vida del animal la que es artística.

### 3.2. LA SEPARACIÓN DEL ANIMAL DE SU HÁBITAT NATURAL

Como acabamos de ver, a veces el animal se hace arte en un ambiente diferente a su hábitat natural, por ejemplo, en la sala de un museo. Sacado de su contexto habitual, el papagallo de la obra de Kounellis “Sin título” (1967, 1996), contrasta con el hierro barnizado y la percha sobre la que reposa. Como muestra del arte *povera*, la instalación se centra en la propia presencia vital del animal frente al estatismo y la pasividad de todo lo demás.

En la instalación de su papagayo en el Reina Sofía de Madrid (19-XI-96/19-II-97), se produjeron varias protestas por parte de grupos animalistas. Muchos de los visitantes del Museo, sin embargo, no entendían bien el porqué de las reclamaciones. El papagallo parecía feliz y estaba bien cuidado. El artista Jean-Marc Bustamante nos acerca al mismo problema en su obra “Suspensión” (1997-98). En ella, unos pájaros negros de pico rojo silban aflautadamente en jaulas blancas, de patas muy altas y barrotes enormemente finos y juntos.

Se crea un efecto óptico extraño sobre el espectador, quien parece caminar sobre “una reunión de soledades”<sup>11</sup>. La exhibición de pájaros o aves enjaulados en el arte contemporáneo empieza a ser más habitual de lo que pudiera parecer, pese a Leonardo o a tantos espectadores actuales que no llegan a poder convencerse de su necesidad. Recuerdo el vídeo “Sibyl’s song” (The Great Hall, Bury Saint Edmunds, 1999), de Karen Knorr, donde dos canarios macho en sus jaulas compiten con su canto por la territorialidad y la seducción. Los canarios proponen estaban bien alimentados y fueron cuidados durante un mes por el personal del Great Hall. En casos como éstos, donde no hay un abuso del animal derivable en muerte, tortura, dolor o sufrimiento físico, el alcance de las exigencias morales con respecto a su trato es muy variable. Quizás en el momento presente, que conoce usos más polémicos del animal, la reivindicación de la libertad del animal sea –para muchos– demasiado exigente. Desde el Museo Sívori, en Buenos Aires, León Ferrari escribía a la Sociedad argentina protectora de los animales en 1991. En una obra en dicho museo, “La Justicia”, Ferrari exponía una gallina viva<sup>12</sup>. Su carta expresa sorpresa por la petición de dicha

Sociedad de que su obra fuera retirada del museo ya que, según él: (1) no es un acto ilegal; (2) de no estar allí, la gallina estaría en una jaula más pequeña antes de ser cocinada; (3) se permiten los escaparates de las tiendas de animales, la caza, los zoos...; (4) tal petición constituye un acto de censura y manifiesta una incompreensión de su obra, que lucha contra delincuentes y torturadores.

Puede que Ferrari tenga razón en que hay conductas con animales vivos, aparte de las artísticas, que serían mucho más crueles que la suya, pero eso no la justifica necesariamente. Tampoco parece adecuado acusar a los críticos de no entender el sentido de su obra. Lo que sí parece claro es que Ferrari representaría una opinión muy generalizada frente a la de los que apoyarían la prohibición del encierro del animal.

Sea como fuere, creo que ésta última reposa en razones que deberían hacernos reflexionar –en términos generales– sobre el sentido de la exhibición y separación del animal de su hábitat para cumplir un fin artístico. El carácter público del arte hace más vulnerable al artista –que al propietario privado de animales en cautividad– ante la crítica. Pero esa misma crítica social, propiciada por el arte y basada en razones, puede impulsar también a muchos propietarios privados de especies exóticas a garantizar en el futuro condiciones de vida más saludables y apropiadas a su animal. En suma, el arte cumple una función social y pública que no tiene el individuo privado en su hogar.

### 3.3. SIMBOLISMO, CONSERVACIÓN Y RESPETO

El potencial simbólico de los animales es bien conocido por un artista. Lo conocen los escritores de cuentos y de fábulas, los guionistas de cine infantil, los pintores de todos los tiempos, los publicistas y también, por lo que aquí nos ocupa, los artistas *performance* a los que me voy a referir a continuación. Basten tres ejemplos:

En las instalaciones de Braco Dimitrijevic, por ejemplo, los animales vivos adquieren protagonismo.

Éstos son algunos ejemplos: en una pradera, un hombre toca el piano mientras dos elefantes pastan felices (“The Last Witnesses of another logic”, 1983); un mono mira el busto de Apolo en “Apolon” (1967, 1983); junto al retrato y el busto del artista en su niñez, reposa una pareja de leones (“Memories of Childhood”, 1983).

Dimitrijevic utiliza a los animales vivos para tratar de comprender al hombre. Los animales simbolizan en su obra lo incognoscible y lo imprevisible frente al afán de clasificación y las taxonomías científicas rígidas. El ojo del animal representa otro espacio lógico, no el de la historia lineal y oficial, que dota de sentido único los acontecimientos, incluidos los autobiográficos, sino el de la historia como campo ilimitado –quizás desordenado e incoherente– de lo posible.

Xu Bing es enormemente crítico en “A Case Study of Transference” (1994), donde dos cerdos tatuados con textos literarios, se aparean en una pocilga llena de libros.

Por último, el famoso *Little Joe*, coyote con el que Beuys conviviera durante varios días en una Galería neoyorkina junto a cincuenta copias del *Wall Street Journal*, simboliza claramente esa América salvaje aniquilada por la cultura americana.

El coyote, animal fetiche de los indios, había sido llevado casi hasta la extinción por esa América que da nombre a la instalación (“I like America and America likes me”). A partir del progresivo habituamiento del animal a él y viceversa, Beuys pretendía la reconciliación simbólica del hombre con la naturaleza.

Algunos conservacionistas vienen proponiendo argumentos de defensa de la naturaleza animal basados en sus valores simbólicos. Según esto, conservar el águila calva, por ejemplo, significa para los estadounidenses conservar al mismo tiempo el valor de la libertad americana que éste representa tan fielmente como su estatua neoyorkina. Sin duda alguna, su carácter simbólico puede ayudar a evitar la extinción de dicho águila.

Uno de los problemas de este argumento es que la capacidad de simbolización no exime de perjuicio al animal. El toro de lidia español está cargado de valor simbólico de carácter positivo, pero esto no evita su corrida.

Muchos sostienen que el mantenimiento de la Fiesta garantiza la perpetuación de la especie, que de otro modo desaparecería, junto con su capacidad simbólica. Sin embargo, el toro, que es criado con sumo cuidado y respeto en medio de la dehesa, ve la muerte en la plaza en condiciones que, al menos para parte de la población española (la mayoría según encuestas recientes<sup>13</sup>, merecerían la desaprobación moral. Ni el sentido ritual, ni el sacrificial ni el valor estético y artístico

de la corrida, parecen en este caso suficientes para justificar el dolor provocado y la crueldad.

No constituyen valores o intereses fundamentales –ni universales– del ser humano. Por supuesto, tampoco constituye justificación de la corrida –o de otras fiestas como el toro de Tordesillas o el de Benavente–, la apelación a la tradición. Muchas otras tradiciones que utilizan animales han sido retiradas tras ser reconsideradas postconvencionalmente de un modo negativo por aquellos que las practican o que las conocen.

Un segundo problema que no resuelve la práctica de la valoración simbólica del animal es el alcance de la misma. Que valoremos positivamente a una especie puede ser bueno para esa especie, pero, ¿qué ocurre con aquellas otras que no alcanzan nuestra capacidad de simbolización?

De hecho, algunas de las especies animales en vía de extinción no aparecen jamás en los cuentos, en las pinturas o en el cine simbolizando valores o cualidades positivas.

Esa misma contingencia y arbitrariedad de la simbolización se refleja perfectamente en el arte de todos los tiempos a la hora de atribuir a determinados animales cualidades negativas. Así, por ejemplo, la simbolización del mal por parte de la serpiente, a pesar de no ser de raíz artística, ha provocado una persecución histórica de la misma que va más allá de lo razonable en virtud de su peligro real.

La utilización de estos animales vivos en el arte debería estar atenta a diversas precauciones de carácter ético:

(a) Un animal no puede ser degradado, humillado o sometido a esfuerzos o condiciones físicas o relacionales dañinas con fines artísticos.

(b) Tampoco deberíamos mantenerlo en cautividad, fuera de su hábitat natural, salvo que sea posible proveerle de un adecuado entorno físico y relacional.

(c) La simbolización, por parte del animal, de cualidades referidas al bien o al mal debería ser cuidadosa, sobre todo cuando reproduce asociaciones perversas que puedan repercutir directamente sobre el trato que el animal merece en una sociedad.

### 3.4. LOS ESPEJOS DEFORMANTES

Acostumbramos a mirar al animal desde el patrón de medida de la humanidad y el resultado es siempre deformante. Dos son las deformaciones más evidentes y dañinas en las que puede participar el arte: la antropomorfización excesiva y la consiguiente ridiculización. Un animal no es una copia deformada del ser humano y, mucho menos, un sustitutivo de él.

Haciendo que se nos parezcan, manifestamos nuestra actitud de superioridad excluyente. Éste es el caso de algunos espectáculos circenses que todavía reproducen actuaciones animales dirigidas a la risa del espectador. Entre las bufonadas más recurrentes –aunque cada vez menos usuales– están las protagonizadas por monos (mono organillero con falda, por ejemplo), pero también por osos (bailarines) etc.

Otras veces, cuando no parece posible humillarlos a ser lo que no son, y los animales muestran cualidades excepcionales en sí mismas, como la fuerza y bravura de los leones, el circo opta por someterlos a la civilización y por mostrarles aquello que les falta mediante la crueldad del proceso de su doma.

Afortunadamente, el por otra parte maravilloso arte circense está cambiando. Así, por ejemplo, uno de los más famosos Circos internacionales, como es el Circo del Sol, ha suprimido por completo los números con animales.

## 4. LA MUERTE ANIMAL Y EL ARTE

A pesar de haberme centrado en el uso de animales vivos, el uso más numeroso de animales reales en el arte actual proviene de animales muertos o que serán matados en el propio proceso artístico.

### 4.1. MATAR HACIENDO ARTE

A este respecto, cabe destacar las *performances* realizadas por el polémico artista austriaco Herman Nitsch. En el marco del accionalismo vienes, Nitsch se cubre con el gesto del chamán o del sacerdote para ofrecernos un ritual catártico que él mismo incluiría dentro del concepto

general de su obra performativa, el “Orgien-Mysterien-Theater”. Como ya hiciera el propio Beuys, el artista se convierte en protagonista de la obra de arte y de la dramaturgia. Aparece, por ejemplo, vestido con una túnica blanca y colgando un crucifijo.

Nitsch nos presenta el ritual de la muerte. Un cordero es descuartizado. Sus vísceras se esparcen sobre el cuerpo del artista extendido sobre el suelo. En otro de sus rituales, se realiza un *via crucis* con las crucifixiones de un animal y de un hombre cubiertos de sangre.

La acción del descuartizamiento del animal supone la sublimación del terror metafísico hacia la muerte y una forma de catarsis y de oración. Nitsch quiere romper con el significado que en nuestros días posee el acto de dar muerte a un animal. Lejos de constituir algo turbio y desagradable, el sacrificio del animal es un acto estético, aunque violento, que recupera la natural agresividad humana taponada por la cultura. Sus ritos se inspiran tanto en los ritos dionisiacos del sacrificio como en la simbología cristiana de la muerte y la resurrección, sin descartar, por supuesto, a la propia tragedia griega.

Consideradas por muchos como orgías de sangre y de violencia, sus acciones han merecido todo tipo de denuncias y protestas públicas. De hecho, grupos diversos de defensa de los animales (austriacos, suizos, alemanes o británicos) han reclamado insistentemente la prohibición de sus rituales.

Es posible que las acciones de Nitsch, o el vídeo antes citado de Jordi Benito, choquen con un sentir ciudadano cada vez más extenso en contra de la crueldad gratuita hacia el animal. La espontaneidad de la denuncia de sus orgías es síntoma inequívoco de los límites que la propia sociedad está imponiendo al uso de los animales.

En la Antigüedad, los ritos paganos incluyeron a seres humanos hasta que las intuiciones morales colectivas se opusieron a dicho uso. Ritos como los de Nitsch deberían ser hoy también replanteados a la luz de la razón y de su uso público en forma de diálogo.

#### 4.2. CREAR DESDE LA MUERTE

La obsesión por la muerte, aunque en un contexto muy diferente, aparece de nuevo en la obra del también polémico y condecorado

Damien Hirst. Esta vez, el inglés utiliza animales muertos suspendidos en tanques de formol, así, una oveja (“Away from the Flock”) o un tiburón bajo el título “The Physical Impossibility of Death in the Mind of Someone Living” (1992). La discusión sobre su obra concita todo tipo de reacciones, desde el entusiasmo hasta la persecución y la destrucción de alguna de sus obras.

Si no me equivoco, Hirst no mata a sus animales para después exhibirlos muertos. Recoge a los animales ya muertos, principalmente de mataderos, y exhibe entonces su presencia cadavérica en tanques de formol.

La cuestión que se nos plantea no es, entonces, si es legítimo matar con fines artísticos, sino otras mucho más sutiles y complejas, como: ¿es razonable la utilización de animales muertos como herramientas de la creación artística?; ¿por qué hacen aflorar sus muestras sentimientos tan encontrados, algunos de indignación?; ¿atenta contra la dignidad de un animal el mostrarlo sin vida o en proceso de putrefacción?

A Hirst le fascina el proceso natural de la muerte. Por eso, en alguna ocasión, ha tenido problemas con los responsables de Sanidad, al querer exhibir en directo y sin formol el proceso de descomposición y putrefacción de sus animales.

Su instalación “Two Fucking, Two Watching”, con una vaca y un toro muertos copulando gracias a un mecanismo hidráulico, fue prohibido en 1995 en una galería de arte neoyorkino. Lógicamente, la ausencia de formol conllevaba condiciones sanitarias inapropiadas. Hirst mantiene hacia el animal una actitud emocionalmente distante. Otra cosa es que sea cruel o inapropiada desde un punto de vista moral.

Personalmente, creo que la evaluación ética de su propuesta es complicada porque –repito– no hay, quizás, en ella un agravio suficiente del animal como para encontrar –al día de hoy– un acuerdo universal sobre su incorrección. Es, entonces, cuando afloran distintas opciones éticas, de diverso alcance, y que, sin embargo, pocas veces aparecen explicitadas en argumentos racionales.

Surgirán interpretaciones benévolas como, por ejemplo, que lo que Hirst provoca es un sentimiento de culpa con respecto a la muerte de los animales, o que su obra engrandece la vida (cualquier vida) desmitificando la muerte y enmarcándola en sus tanques cuadrículados, como no puede hacerse con la vida.



Siempre he creído que cualquier denuncia de carácter moral (sobre todo si es colectiva y repetida) debería ser seriamente considerada, aunque no sea necesariamente compartida. Voy a tratar de hacer explícitas las razones que –creo– podrían estar a la base del sentimiento moral de rechazo, o incluso de indignación, que despierta su obra en muchos ciudadanos.

Algunos autores, como J. Baird Callicott<sup>14</sup>, hablan ya de tres tipos de comunidades relevantes para la ética. Una es la comunidad humana o social, que es la comunidad ética en sí misma, en el sentido de agencia moral. Otra es la comunidad biótica, esto es, el ecosistema global. Y, por último, estarían las comunidades mixtas, basadas en las relaciones entre determinados seres humanos y algunos animales.

Es posible que fueran muy pocos los que presenciaron impasibles a su animal de compañía caminando hacia la putrefacción o expuesto sin vida tras un cristal para fines que no tienen que ver con la veneración, la admiración, o algún otro propósito que pudiera justificar tal uso. Al animal muerto le faltaría precisamente esa vida (movimiento, gesto, interacción) que lo identificaba y hacía especial. Habría quedado reducido a cuerpo inerte. Aún más en el caso de la exposición de la putrefacción o la sucesiva destrucción del animal o de alguna de sus partes, se estaría violando su identidad corporal<sup>15</sup>.

Es también fácil de entender por qué resulta más sencillo reconocer la supuesta vulneración de la identidad de un animal si éste es un animal doméstico que si es otro desconocido. Con este último, no se ha mantenido ninguna relación interactiva que haya ayudado a configurar esa vida propia y específica (hecha, en parte, de la relaciones con su amo). Sin embargo, ese sentimiento de rechazo podría extrapolarse también a los animales lejanos que no forman parte de nuestras comunidades mixtas. Y esto es lo que parece que ocurre con muchos de sus espectadores y lo que me une –en principio– a ese rechazo. En todo caso, las encontremos o no suficientes, sólo el conocimiento de las razones que reposan por debajo de nuestras prácticas, reacciones o sentimientos, y su discusión colectiva, podrá ayudarnos a elegir.



### 4.3. LOS EXCESOS DE LA TAXIDERMIA

Por razones análogas a las anteriormente expuestas, me resulta excesivo el número de animales disecados utilizados con fines artísticos, mucho más si se requiere la previa matanza del animal. Los animales disecados aparecen en fotografía, instalaciones y *happenings* de todo tipo. Así, por ejemplo, en la muestra de arte contemporáneo “Abracadabra” de la *Tate Gallery* de Londres (1999), la estrella era una ardilla disecada de Maurizio Cattelan que yace en la silla de una pequeña cocina. Una pistola en el suelo señala que se ha suicidado. En otra instalación, un caballo disecado pende del techo.

La disecación responde, quizás, a nuevas tendencias estéticas que tienen que ver con el abandono de la representación y el juego entre la verdad y la ficción. Sea como fuere, la presencia taxidérmica del animal con fines artísticos es la presencia de una cosa donde antes hubo vida, una cosa que alimenta los fines expresivos del artista.

En “Le repos des pensionnaires”, Annette Messager nos muestra un conjunto de gorriones disecados cubiertos con jerseys tricotados. Con sus patitas tías y panza arriba, reposan como desvitalizados por partida doble: los pajaritos son recubiertos –casi atados– por sus jerseys y están disecados. Messager utiliza a la propia taxidermia como metáfora de su propia creación, que trata de inmovilizar el tiempo y de crear – más que de reproducir– la vida.

En ocasiones, con todo, la taxidermia artística puede llegar a constituir un precioso tributo a la vida del animal disecado. Pues consigue una “visión eterna de las vidas efímeras de los seres vivos a través de la representación de naturalezas muertas, al fin y al cabo, vanitas.” Ése es el caso de las *Historiae naturalis; taxidermias* de Luis Castelo (2007) (fig.nº 2), quien reconoce en su obra la paradoja de la taxidermia: embalsamar la vida; y su relación con la fotografía: que “embalsama el tiempo, la vida, en un instante para siempre”<sup>16</sup>.

También a veces parece que el artista quisiera denunciar mediante el uso de la taxidermia la “muerte en vida” del animal actual, quien – paradójicamente– sólo revive –ya muerto– en la imagen fotográfica, gozando de sus hábitats perdidos.

Es el caso, quizás, de Valentín Vallhonrat en sus “Sueños de animal” (1989). O de los dioramas de Sugimoto, como su “Antílope negro” (1994) ó su “Gorila” (1994).

De otro modo, la propia fotografía de animales disecados podría expresar el desconcierto del autor ante la vida animal clasificada, ordenada y exhibida en Museos y colecciones. Entonces, la imagen fotografiada de las colecciones de animales disecados, constituye, quizá, la máxima manifestación de esa naturaleza dominada, cuantificada y cosificada que, sin embargo, parece querer escapar a su extraño destino mediante la misma extrañeza que provoca al espectador y al fotógrafo: en sus ojos animales y en el rastro de la vida vivida ante nuestra propia mirada. Así parece ocurrir en las fotografías de Mark Dion en “Coleccionistas/Coleccionados Expedición al Pacífico (1862-1866)” (1994).

Los retratos animales recientemente expuestos en *Fotoencuentros 07*, por parte de Fernando Maqueira, en “Ánima”, muestran bien la paradoja de la taxidermia: que supone dar vida a la muerte, normalizar la depredación. Maqueira eleva al animal a objeto de un retrato individual, como si observara perplejo con su cámara el resultado de la disecación-resucitación: demasiado humana, como sus propios retratos. Pues ese momento final ya no es vida, sino muerte, y muerte creada por nosotros en un momento en que, además, como el propio autor nos dice citando a Susan Sontag, las escopetas se han metamorfoseado en cámaras fotográficas y la naturaleza, domesticada, amenazada y mortal necesita ser protegida<sup>17</sup>.

Pero cualquier propietario o cuidador de animales conoce la mirada exclusiva de cada uno de ellos y los cambios en la misma. Frente a ello, un animal disecado sólo tiene ojos. Es una falsedad a nuestra medida. El famoso perro de *The Result of War: The Cornucopian Dog*, del fotógrafo neoyorkino Joel-Peter Witkin, es un cadáver vitalizado que mira a la cámara y que casi parecería estar vivo si no fuera porque su interior queda abierto como un armario de frutas. También son cosificados sus monos crucificados, apareciendo en una escena que no les pertenece y les es ajena.

## 5. ANIMALES VERDES Y RATONES OREJA. ARTE E HIBRIDACIÓN

Desde tiempos inmemoriales, la imaginería colectiva ha creado fantasías animales. La anfisbena, el basilisco, el cancerbero de cincuenta cabezas o el unicornio son sólo algunos ejemplos. También los artistas desafiaron en lo imaginario las estrictas leyes occidentales de la naturaleza, así Leonardo, por ejemplo. Pero sólo hoy puede la tecnología hibridar de un modo semejante a la naturaleza animal.

Actualmente, la biotecnología nos permite la creación de seres que mucho tiempo atrás hubieran sido considerado monstruos, errores respecto al plan de una creación perfecta y ordenada. Conocemos ya, por ejemplo, el alumbramiento de animales que, expuestos a la radiación de luz ultravioleta, lucen verde fosforescente tras ser modificados genéticamente mediante la inserción de un gen de medusa. Algunos seres humanos podrán disfrutar de la oreja que perdieron o que nunca tuvieron, mediante la construcción artificial de una similar a la suya en el cuerpo de un ratón. Los *muslies*, mezcla de perro, zorro y mapache, tienen la ventaja de que no ladran y se venden ya en tiendas de animales.

Cuando el hombre creía en una naturaleza buena y ordenada, de carácter ejemplar, la tecnología y el arte eran concebidos como una prolongación de la misma. El técnico o el artista podían mejorar o concluir la naturaleza, pero no hacer algo esencialmente distinto a ella. El reino de la naturaleza se define en Platón como lo que no incluye ni a la voluntad humana (artificio) ni al azar<sup>18</sup>. La naturaleza es el terreno de la necesidad, por ello se opone al azar y al mismo artificio (arte o técnica), que introduce también una instancia aleatoria como riesgo.

En el momento presente, el ser humano parece haber puesto entre paréntesis la referencia férrea a un orden natural anterior que le sirva, además, de soporte o modelo para el arte o la técnica. Hoy sabemos que la naturaleza es contingente y hasta azarosa. Esto permite establecer cierto tipo de correlación entre la evolución biológica y la evolución de los objetos técnicos, también eminentemente históricos y adaptados a un desarrollo que explica sus características funcionales. Es sintomático

que, perdido ya el carácter de sacralidad de la naturaleza original, la técnica –como ya hiciera el arte– acoja para sí la ilusión, con ciertos rasgos de osadía, de intervenir en la selección natural a favor de una selección deliberada y artificial. Mediante la manipulación de la información fotográfica, y no genética, Joan Fontcuberta y Pere Formiguera construyen animales imaginarios.

La búsqueda de la verdad no les preocupa porque –en su opinión– ésta ha desaparecido del arte junto con la antigua naturaleza y la posibilidad de representarla. Es ahí cuando surge el simulacro, la verdad aparente en un mundo sin referencias, el continuo juego de lo imaginario.

Las fotografías de Fontcuberta y Formiguera construyen seres imaginarios como lo hace la biotecnología. También lo hacen otros muchos artistas, como Thomas Grünfeld, bajo el lema “El arte es un ser híbrido.” Grünfeld crea animales disecados compuestos de dos especies distintas, como la vaca-avestruz de su “Misfit (Cow)” (1997) 19. Pero evidentemente hay restricciones tecnológicas que no existen para el artista y que ahora me interesa subrayar.

Los productos tecnológicos, sea un animal transgénico o clonado, por ejemplo, suponen transformaciones del medio que crean nuevas posibilidades no presentes de modo natural, pero que la naturaleza no prohíbe. Evidentemente, los artistas que acabo de mencionar no juegan con restricciones científicas a la hora de inventar sus animales, pero sí lo hacen los que vamos a ver a continuación, pues –con ayuda de la comunidad biotecnológica, “crean” animales reales. Me refiero a los productos del llamado *arte transgénico* de Eduardo Kac o Marta de Menezes.

En este caso, la imaginación artística sí ha de estar sometida a las limitaciones presentes en la creación biotecnológica. Algunas son estrictamente científicas y funcionales. Otras son legales y, por último, estarían las éticas, como autolimitación.

De todas ellas, dan muestra los escritos de ambos artistas, en los que nos explican el por qué de su obra. Y, sobre todo en el caso de Kac, sus textos suelen salir al paso de las frecuentes críticas morales que su obra “GFP”, consistente en una liebre transgénica de color verde –llamada Alba–, ha suscitado.

Para empezar el breve recuento sobre los límites de la creación de animales transgénicos, valga decir que –desde un punto de vista



científico— no se puede hacer cualquier cosa en la naturaleza, pasando por alto la previsión de riesgos futuros. Eso que llamamos naturaleza es el resultado de millones de años de lenta evolución y complejas interacciones. Nuestra supervivencia y la de la vida en la tierra depende del aseguramiento de las condiciones vitales sobrevinientes a esa historia evolutiva, y que hoy podríamos temerariamente destruir. Por eso, cualquier modificación de la naturaleza debe estar muy atenta a sus repercusiones ecológicas globales.

Pero además, un producto tecnológico es el resultado de una acción intencional que cobra, a menudo, tintes utilitaristas y funcionales. A la base de muchos de los animales manipulados genéticamente, hay “necesidades” humanas concretas que marcan en gran medida los rumbos de la creatividad tecnológica. Así, surgen gallinas con menos grasa o cerdos sin pelo sobre su piel. Pero en el caso del arte transgénico, más que de necesidades o utilidades, deberíamos hablar de fines expresivos del artista.

En todo caso, la evaluación ética de un artificio tecnológico es, sobre todo, una evaluación de sus riesgos y consecuencias en conexión con los fines conseguidos. Dicha evaluación está sometida a un *principio* fundamental como es el de *precaución*, que tiene ya plasmaciones jurídicas e institucionales variadas a nivel internacional y nacional (y en nuestro caso, al nivel de la Unión Europea). Riesgos que tienen que ver con el bienestar colectivo e individual, la preservación de la vida sobre la tierra o el respeto a los derechos fundamentales de los individuos. Por lo que aquí nos ocupa, tiene que ver necesariamente con el bienestar y el respeto de los animales manipulados y con la justificación global de cada uno de los diseños a partir de los fines a los que sirven y de los medios utilizados.

El desarrollo de la manipulación genética de los animales ha respondido fundamentalmente a las crecientes demandas del mercado o de la investigación, sin atender suficientemente al bienestar de los propios animales. Como consecuencia, éstos son a menudo puestos a prueba hasta los límites de su propia adaptabilidad. Entre los ejemplos más conocidos y aberrantes de ausencia de esfuerzo prospectivo, cabe contar el de los cerdos de Beltsville, gigantes transgénicos creados a



partir de genes hormonales humanos y vacunos en el Centro estatal de Investigación animal.

Deformes y aletargados, apenas llegaron al año de edad tras todo tipo de padecimientos y enfermedades. Éste y otros muchos resultados se explican en parte gracias a la metodología de ensayo y error utilizada por la biotecnología, que no permite conocer por completo el producto del diseño hasta que no nacen los animales. Pero, en otras ocasiones, por el contrario, la instrumentalización del animal es prevista desde el principio, así, por ejemplo, en la debatida posibilidad de diseñar y llegar a fabricar ganado asexuado.

No obstante, ni en el caso de “Alba” ni en el de las mariposas manipuladas de Menezes en su obra “Nature?”, cabría hablar, en principio, de dolor físico en el animal, o de merma alguna de posibilidades de bienestar implicadas en el proceso de creación transgénica y en los resultados de ésta. Será, pues, atendiendo a todas las dimensiones de tratamiento ya mencionadas: repercusión ecológica, evaluación de los fines, instrumentalización y posible alineación del animal, y responsabilidad sobre las consecuencias, como hayamos de configurar un debate público urgente sobre las implicaciones morales de tales experimentos y creaciones.

**LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL  
EN RELACIÓN CON LA PREVENCIÓN Y  
REPARACIÓN DE DAÑOS AMBIENTALES  
EN LA UNIÓN EUROPEA, CON  
ESPECIAL REFERENCIA A LOS DAÑOS  
CAUSADOS A LAS ESPECIES Y  
HÁBITATS NATURALES PROTEGIDOS**

GEORGIA SERAPHIM FERREIRA\*

**INTRODUCCIÓN**

La Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible [COM (2001) 264 final] ha puesto de manifiesto que en las últimas décadas se han acelerado los daños a la biodiversidad, y se observa que este deterioro puede ser una de las más graves amenazas para el futuro

---

\* Licenciada en Derecho por la Universidad Federal de Goiás, Brasil, Experta en Derecho Ambiental por la Universidad Católica de Goiás.

\* Este artículo es resultado de la investigación realizada por la autora, dirigida por el Prof. Dr. D. Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, y presentada como Trabajo de Grado el 17/05/06 para obtener la Suficiencia Investigadora en el Programa de Doctorado “El medio ambiente natural y humano en las ciencias sociales”, curso 2004/2006, en la Universidad de Salamanca.

de la naturaleza<sup>1</sup>. El Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Responsabilidad Ambiental en relación con la Prevención y Reparación de Daños Ambientales” ha dispuesto que las normas más importantes para su protección – la Directiva 92/43/CEE del Consejo relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre y la Directiva 79/409/CEE del Consejo relativa a la conservación de las aves silvestres - no han surtido el efecto deseado, también debido a la inexistencia de disposiciones en materia de responsabilidad por los daños que se causen en el medio ambiente.

Un minucioso documento de las Naciones Unidas intitulado “Objetivos de desarrollo del Milenio – Informe de 2005”<sup>2</sup> analiza, con datos, el grado de cumplimiento de las promesas recogidas en la Declaración del Milenio, que se realizó del 6 al 8 de septiembre de 2000 en la sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, en la cual los 191 países miembros de las Naciones Unidas, la sociedad civil y las principales instituciones dedicadas al desarrollo se han comprometido a cumplir ocho objetivos para el año 2015, y garantizar la sostenibilidad del medio ambiente es uno entre ellos.

Algunos de los datos de la ONU en el Informe de 2005 son: la cifra de las especies animales que sobreviven amenazadas es de más de 10.000 y en el último decenio se ha destruido una superficie de bosque equivalente a Venezuela. El planeta cuenta con 19 millones de metros cuadrados de zonas protegidas (el 13% de la superficie terrestre). Pero su gestión no se ajusta siempre a los objetivos de conservación. Las especies vegetales y animales siguen desapareciendo a un ritmo de extinción sin precedentes por la acción del hombre, a lo que se suma el

---

<sup>1</sup> La Estrategia de la Unión Europea para un Desarrollo Sostenible ha propuesto, entre sus objetivos y metas a largo plazo, la gestión más responsable de los recursos naturales y, a ese respecto, como medida a escala comunitaria, adoptar la normativa comunitaria sobre un régimen ambiental estricto de responsabilidad para el año 2003.

<sup>2</sup> Documento publicado por el Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, DIP/2390 – Mayo 2005.

efecto del cambio climático. A propósito, la mayoría de los gases de efecto invernadero los producen los países industrializados<sup>3</sup>.

La ONU concluye que para lograr los objetivos mencionados es necesario más esfuerzo y el futuro del planeta depende del uso inteligente de los recursos naturales y de la protección de los ecosistemas.

La responsabilidad ambiental tiene un presupuesto, que es el daño medioambiental. Como veremos, el concepto de daño se tornó una nueva percepción, otra dimensión del daño, más allá de la tradicional perspectiva patrimonial que no por tradicional ha de quedar desatendida. No existe una caracterización clara de los mismos aunque existen algunos factores que de manera difusa viene a realzar una nueva dimensión, que si se quiere puede llamarse medioambiental, en toda una serie de daños.

De hecho, muchas decisiones de la reciente jurisprudencia que pasan por ser casos paradigmáticos de responsabilidad ambiental encuentran antecedentes muy similares en sentencias ya algo lejanas en el tiempo, cuando entonces no se daba relevancia alguna al componente medioambiental<sup>4</sup>.

En el IV Congreso Nacional del Medio Ambiente (celebrado en Madrid, del 23 al 27 de noviembre de 1998) se analizó con detalle

---

<sup>3</sup> Ante la amenaza ya evidente del calentamiento artificial del planeta y sus consecuencias, en diciembre de 2005 fue celebrada en Canadá la 11ª Conferencia de las partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático y primera conferencia de los miembros del Protocolo de Kyoto, celebrada en Montreal. La Cumbre de Montreal diseñó el camino para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, adoptando un acuerdo para dar continuidad al Protocolo de Kyoto, más allá de 2012. Las aseguradoras fueron pioneras en ponerse alerta ante el cambio climático y concluyeron que las pérdidas este año por la temporada especialmente intensa de huracanes asciende a 200.000 millones de dólares, frente a 145.000 millones en 2004.

<sup>4</sup> La muerte por envenenamiento de unos caballos que abrevaban en un río contaminado por los procesos de limpieza de mineral de plomo era, en 1960, un caso claro de responsabilidad civil sobre el que decidía el Tribunal Supremo en España, estableciendo una indemnización a favor del propietario de los caballos. No hubo, entonces, consideración medioambiental alguna en un caso que hoy pasa por ser, una celebrada referencia en materia de responsabilidad por daños ambientales. Es un ejemplo de cómo una misma realidad se percibe con una diferente perspectiva y valoración más destacada de algunos de sus elementos.

una problemática muy actual asociada a la responsabilidad por daños ambientales: la del riesgo ambiental<sup>5</sup> y su aseguramiento. El documento final del grupo de trabajo acerca de esa problemática comienza indicando que el de riesgo “es un concepto probabilística, expresable en términos matemáticos” y que puede definirse como “el producto de probabilidad de ocurrencia de un suceso accidental, inesperado por el riesgo o magnitud potencial del daño que se puede causar”.

En este sentido, se añade, “cuando hablamos de riesgo medioambiental nos estamos refiriendo en realidad a los riesgos de accidentes con consecuencias medioambientales, o sea, a la probabilidad de que en una instalación industrial se produzca un accidente que pueda tener repercusiones negativas sobre la salud humana o el medio ambiente, en su más amplio sentido”<sup>6</sup>.

Así, a las puertas del nuevo milenio hay también la problemática del enfrentamiento de los riesgos desconocidos y que son un elemento más del funcionamiento ordinario de las actividades industriales, al igual que otros riesgos como los financieros o patrimoniales. Esos riesgos pueden – y, más aún, deben – ser objeto de identificación, evaluación y cuantificación mediante parámetros y reglas objetivas de no muy difícil aplicación, con la finalidad de eliminar los daños de contaminación o, al menos, de reducir sus posibles efectos negativos.

---

<sup>5</sup> ESTEVE PARDO, J., La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos, *Revista de Administración Pública*, núm. 161, [Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales], Mayo-Agosto 2003, pág. 54, bien plantea la cuestión de la responsabilidad por los riesgos desconocidos, afirmando que las modernas sociedades han experimentado, en paralelo a su desarrollo tecnológico, un cambio perceptible en el origen de los daños que puedan afectarlas pues, históricamente, ese potencial daño tenía un origen natural: las limitaciones y los peligros propios de la naturaleza. El progreso industrial y tecnológico ha conseguido superar muchos de esos peligros naturales, pero con el coste de los riesgos que genera la propia tecnología empleada para alcanzar, con notables éxitos por lo demás, estos objetivos. El autor llama la sociedad de riesgo a la sociedad a que hemos pasado, la cual se caracteriza por su destacada y preferente exposición a los riesgos de la tecnología que ella misma ha generado, en contrapartida con la sociedad expuesta a los peligros y limitaciones naturales.

<sup>6</sup> COLEGIO OFICIAL DE FÍSICOS. *Publicación Oficial de los trabajos del IV Congreso Nacional del Medio Ambiente*, Volumen 3, Madrid, 1988, págs. 459-540.

Los riesgos<sup>7</sup> eran merecedores de una especial atención jurídica que sólo se despertaba cuando derivase en daños. De ahí que la sede propia de estos riesgos era la responsabilidad. En ella, sin embargo, el riesgo no tenía entidad sustantiva, sino que se explicaba y valoraba en función del daño que se había producido. Sólo cuando se producía el daño se prestaba atención a la situación de riesgo que se le precedió.

Para el presente trabajo hemos estudiado la Directiva 2004/35/CE sobre la Responsabilidad Medioambiental en relación con la Prevención y Reparación de Daños Ambientales, en la que se establecen las líneas fundamentales de un régimen público en la Unión Europea, dirigido a la prevención y restauración de determinados daños ambientales autónomos, como son los que afectan a las especies y hábitats naturales, a las aguas y al suelo.

La ausencia de un régimen de responsabilidad que obligue al operador a reparar el daño causado implica que el incumplimiento de las normas ambientales sólo genere, en la práctica, la imposición de sanciones administrativas o penales.

Si bien, es cierto que la mayoría de los Estados miembros cuenta con sus propios sistemas de responsabilidad civil o administrativa, a través de los cuales se intenta dar una solución a la reparación de los

---

<sup>7</sup> SÁNCHEZ FRIERA GONZÁLEZ, M. C., *La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Barcelona: Bosch, 1994, págs. 197-198, explica que la idea de riesgo supone que aquel que ejerce una actividad que necesariamente lleva aparejada como consecuencia inevitable la eventualidad de que se produzca un daño, responde de los daños derivados del ejercicio de tal actividad, con independencia de que exista o no culpa por su parte. La culpa no es el fundamento de esta clase de actividad, sino la justicia distributiva: la coacción social que impone la asunción de peligros por los perjudicados es desplazada sobre aquel que, aunque en forma lícita y permitida, ha creado los riesgos. Opera así, una conexión entre el ámbito de la responsabilidad y el riesgo típico de la actividad de que se trate. El titular de ésta responde porque tiene el poder de control sobre la misma, porque está en condiciones de asegurarse frente a sus consecuencias dañosas, y porque la misma manera que el ejercicio de la actividad que genera el riesgo le reporta la obtención de los beneficios a ella aparejados, deben pesar también sobre él las consecuencias dañosas de la misma, y no sobre un tercero ajeno a tales beneficios y al control mismo de la actividad. De esta manera se establece una precisa conexión entre el área de responsabilidad-riesgo típico de la actividad en cuestión, y el beneficio o provecho que el titular extrae de la misma.

daños ambientales, no es menos cierto que estos sistemas, contruidos para la reparación de los daños tradicionales, no resultan eficaces para la reparación de daños a los recursos naturales que por definición no pertenecen a nadie (*res nullius*).

No se puede olvidar que la existencia en los Estados miembros de diferentes sistemas de responsabilidad ambiental de naturaleza heterogénea puede favorecer el denominado *dumping* ecológico, para evitarlo la Directiva establece en sus postulados básicos un único régimen de responsabilidad aplicable por igual en todos los Estados miembros.

La Directiva 2004/35/CE trata de un nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental, diferente del régimen privado tradicional de responsabilidad civil, que viene a completar y modificar en ciertos aspectos el régimen privado tradicional de responsabilidad civil.

Los daños ambientales pueden producir dos tipos de lesiones de carácter muy diferente, aunque a veces ambas tienen lugar simultáneamente. Por un lado se pueden ocasionar daños en los bienes o derechos privados o en las personas, y, por otro, daños al medio ambiente en sí mismo que no producen ninguna lesión individualizada los que hemos designado como “daños ambientales autónomos” o “daños públicos ambientales”.

La sociedad demanda, hoy más que nunca, que, en aplicación del principio “quien contamina paga” sean los causantes de daños al medio ambiente quienes respondan, salvo que se trate de supuestos de concurrencia de fuerza mayor (lo que los anglosajones suelen denominar “act of God”), esto es, aquellos sucesos que se caracterizan por su imprevisibilidad e inevitabilidad, en cuanto son fenómenos repentinos e inesperados, como terremotos, temporales marítimos, inundaciones etc., que no pueden preverse, pero que aunque pudieran ser predecidos no podrían ser evitados.

Normalmente, esta responsabilidad se dilucida en el ámbito penal o sancionador-administrativo de los ordenamientos internos de los Estados miembros, pues los daños ambientales proceden por lo general de infracciones de este tipo<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En España esta responsabilidad es la llamada responsabilidad civil por daños ambientales derivada de la comisión de delitos o infracciones administrativas.

Hoy una acción que deteriore el ambiente difícilmente no encajaría en uno de los tipos del Código Penal, o en el océano de infracciones administrativas tipificadas en la legislación básica, o en la legislación ambiental autonómica, dado que el ordenamiento jurídico ha utilizado con profusión, y aplica cada vez con mayor eficacia, las técnicas represivas en el ámbito ambiental.

Cuando no concurren los elementos necesarios para reprimir la conducta dañosa con una sanción penal o administrativa, se aplicará directamente el sistema de responsabilidad extracontractual para obligar al causante de los daños a su reparación o a indemnizar los perjuicios causados en caso de que dicha reparación resultase imposible<sup>9</sup>.

Se arbitra en el ordenamiento de España, por ejemplo, un sistema de responsabilidad civil, completado con un régimen de carácter administrativo para la exigencia de responsabilidad a la Administración por los daños que le sean imputables ya sea por acción o por omisión de su deber de velar por la conservación de los recursos naturales.

Ambos sistemas presentan, sin embargo, deficiencias importantes a la hora de reparar o resarcir los daños ambientales públicos o autónomos, fundamentalmente porque se exige la existencia de derechos o intereses legítimos individualizados que hayan sido vulnerados como consecuencia del daño ambiental, lo que no suele ocurrir en el caso de daños a bienes ambientales públicos, a lo que se une la dificultad que reviste en muchos daños ambientales probar la relación de causalidad entre una acción u omisión ilícita y la lesión causada, o bien el hecho de que en ocasiones, aunque pueda imputarse el daño a una persona determinada, ésta resulta insolvente.

Para suplir estas deficiencias, que son comunes en la generalidad de los Estados miembros de la Unión Europea, la Comunidad ha aprobado la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, en la que se establecen

---

<sup>9</sup> En España tratase de la responsabilidad extracontractual por daños ambientales, considerada tanto la responsabilidad por daños ambientales causados por los particulares cuanto la responsabilidad de la Administración por daños ambientales.

las líneas fundamentales de un régimen público de responsabilidad ambiental, distinto del régimen privado de responsabilidad civil clásico dirigido a la prevención y restauración de determinados daños ambientales autónomos, como son los que afectan a las especies y hábitats naturales, a las aguas o al suelo. Se trata por tanto de un sistema que no viene a sustituir sino a completar y modificar en ciertos aspectos el actualmente existente.

## 1. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

En el ámbito objetivo de la Directiva pueden apreciarse hasta tres tipos de restricciones relativas, respectivamente, al tipo de daños a los que se aplica (únicamente daños ambientales en sentido estricto), al concepto de daños ambientales y a las causas que generan ese tipo de daños.

a) Los daños puramente ambientales (daño ambiental puro o autónomo) son los únicos a los que se aplica la Directiva. Quedan fuera de su ámbito de aplicación los daños causados a los particulares, en sus personas o bienes, con motivo de daños ambientales (art. 3.1 y 3.3).

b) Utiliza un concepto estricto de ambiente y, por extensión de los daños ambientales. El concepto de ambiente se limita a los elementos naturales, pues define los daños ambientales como los causados a las especies y hábitats naturales protegidos, el causado al estado o potencial ecológico de las aguas y el causado al suelo y al subsuelo (art. 3.1). Opta, por tanto, por un concepto estricto de ambiente en el que se prescinde de los elementos culturales y sociales<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Como es sabido, existen básicamente dos conceptos jurídicos de ambiente: un concepto estricto, restringido a los sistemas naturales (agua, aire, suelo, fauna y flora) y un concepto amplio que incluye otra serie de realidades sociales o culturales. El concepto amplio es el más generalizado en los textos normativos, sobre todo en los de ámbito internacional. Sin embargo, razones teleológicas, epistemológicas y de derecho positivo defienden un concepto estricto, a ellas se refiere ALENZA GARCÍA, J. F., *Manual de*

El daño ambiental es, en definitiva, el causado a la biodiversidad declarada comunitaria (ampliable a la biodiversidad protegida internacionalmente por cada Estado miembro), a las aguas y al suelo.

En este trabajo hacemos referencia solamente a los daños causados a las especies y hábitats protegidos. Sin embargos, resulta oportuno comentar que falta, en el ámbito de la directiva, tan sólo, un elemento natural estricto como es la atmósfera, que no es considerada como objeto de los daños, aunque la contaminación atmosférica sí resulta más exactamente, como medio que puede transportar los factores nocivos del resto de elementos ambientales<sup>11</sup>.

c) Se restringen, también, las causas de los daños ambientales a los que se aplica la Directiva. Ésta no se aplicará, aun en el caso de daños ambientales estrictos, cuando hayan sido provocados por una larga serie de causas, enumeradas en el art. 4 (conflicto armado, fenómenos naturales, riesgos nucleares, actividades al servicio de la defensa nacional, etc.).

El “daño medioambiental” se define en el artículo 2.1 como los daños que afectan a:

d) “las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de

---

*Derecho Ambiental*, Editorial Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2001, págs. 37 y ss., como el que sigue la Directiva comunitaria de responsabilidad ambiental.

<sup>11</sup> Como ha advertido LOZANO CUTANDA, B., La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de “responsabilidad de Derecho público” que introduce la Directiva 2004/35/CE, *Justicia Administrativa*, núm. 26, 2005, págs. 26, la Directiva no ha querido olvidarse del medio atmosférico y en su Considerando 4 se indica que “por daño medioambiental debe entenderse también los daños provocados por los elementos transportados por el aire siempre que causen daños a las aguas, al suelo o a especies y hábitats naturales protegidos”. Por ello, cabe entender que la contaminación atmosférica entra indirectamente en el ámbito de aplicación de la Directiva al incluirse los daños que sean consecuencia de sustancias o radiaciones transportadas por el aire.

dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I;

Los daños a las especies y hábitats naturales protegidos no incluirán los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes de conformidad con disposiciones que apliquen los apartados 3 y 4 del artículo 6 o el artículo 16 de la Directiva 92/43/CEE o el artículo 9 de la Directiva 79/409/CEE, o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza;

e) los daños a las aguas, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión con excepción de los efectos adversos a los que se aplica el apartado 7 del artículo 4 de dicha Directiva;

f) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo;

Por “daño medioambiental” debemos entender por tanto aquel que afecta a las especies y hábitat naturales protegidos, a las aguas ya al suelo. La Directiva no se limita a enumerar los medios naturales receptores del daño, sino que acota con precisión que debemos entender en concreto por “aguas” y por “especies y hábitat naturales protegidos”, remitiendo para ello a la normativa comunitaria.

De acuerdo con las definiciones que la Directiva realiza en el artículo 2.2, por “daño” se ha de entender “el cambio adverso mensurable

en un recurso natural o el perjuicio mensurable a un servicio de recursos naturales, tanto si se producen directa como indirectamente”<sup>12</sup>.

Según el Anexo I el carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado d conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural. Los cambios adversos significativos en el estado básico deberían determinarse mediante datos mensurables como:

- el número de individuos, su densidad o la extensión de la zona de presencia;
- el papel e los individuos concretos o de la zona dañada en relación con la especie o la conservación del hábitat, la rareza de la especie o del hábitat (evaluada en el plano local, regional y superior, incluido el plano comunitario);
- la capacidad de propagación de la especie (según la dinámica específica de la especie o población de que se trate), su viabilidad o la capacidad de regeneración natural del hábitat (según la dinámica específica de sus especies características o de sus poblaciones);
- la capacidad de la especie o del hábitat, después de haber sufrido los daños, de recuperar en breve plazo, sin más intervención que el incremento de las medidas de protección, un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico. Los daños con efectos demostrados en la salud humana deberán clasificarse como daños significativos.

---

<sup>12</sup> ÁLVAREZ LATA, N., “El daño ambiental. Presente y futuro de su reparación”, II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 2002, p. 874, advierte que el requisito de la mensurabilidad del daño, al igual que ocurría en el Libro Blanco sobre reparación del daño ecológico puede ocasionar que ciertos daños incuantificables queden al margen del sistema.

La remisión a la normativa comunitaria facilitará la aplicación uniforme de la Directiva en toda la Unión Europea, evitando disonancias entre los Estados miembros en la interpretación de éstos términos.

Para delimitar el alcance del concepto de “daño medioambiental” se usan los términos “significativo” y “adverso”, lo que introduce cierta incertidumbre para apreciar el alcance de los mismos, incertidumbre que trata de paliarse con la introducción de unos criterios que figuran en un anexo pero que no la eliminan totalmente, por lo que se pueden plantear problemas a la hora de delimitar responsabilidades, sobre todo de cara a su aseguramiento financiero.

No es todo el daño a la biodiversidad que se encuentra bajo el régimen de la Directiva, la cual precisa que por “especies y hábitats naturales protegidos” han de entenderse:

- Las especies comprendidas en determinados Anexos y preceptos de la Directiva 79/409/CEE, sobre aves silvestres, y la Directiva 92/43/CEE, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la flora y la fauna silvestres, conocida como “Directiva hábitat” (artículo 2.3.a y 2.3.b).
- Se incluyen también “en caso de que así lo determine un Estado miembro, cualesquiera hábitats o especies no enumerados en dichos anexos que el Estado miembro designe para fines equivalentes a los establecidos en estas dos Directivas” (artículo 2.3.c). Se permite así que los Estados miembros incrementen el ámbito de protección de los recursos naturales que ofrece esta Directiva.

En cuanto a los daños a las especies y a los hábitats, el preámbulo de la Directiva indica que la pérdida de la biodiversidad<sup>13</sup>, que se ha acelerado dramáticamente en las últimas dos décadas, es uno de los factores motivadores por detrás de la Directiva.

---

<sup>13</sup> El concepto de biodiversidad está definido en la Convención de Biodiversidad y significa “la variedad entre los organismos vivos de todas las especies, incluyendo inter alia, terrestres, marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los cuales son parte”. Como se puede ver de esa definición (que intencionalmente no fue

El daño a las especies y hábitats protegidos ocurren en los siguientes eventos:

- 1) cambio adverso mensurable o empeoramiento de las especies y hábitat;
- 2) que tenga un significativo efecto adverso ocurriendo o manteniendo;
- 3) el status de conservación favorable de tales hábitats o especies.

El Anexo I niega el carácter significativo de los daños a:

- las variaciones negativas inferiores a las fluctuaciones naturales consideradas normales para la especie o el hábitat de que se trate;
- las variaciones negativas que obedecen a causas naturales o se derivan de intervenciones relacionadas con la gestión corriente de los parajes, según se definan en el registro de hábitats o en la documentación de objetivos o según hayan sido efectuadas anteriormente por los propietarios u operadores;
- los daños a especies o hábitats con demostrada capacidad de recuperar, en breve plazo y sin intervención, el estado básico o bien un estado que, tan sólo en virtud de la dinámica de la especie o del hábitat, dé lugar a un estado equivalente o superior al básico.

No es fácil saber si el daño ha ocurrido. Por que los cambios de especies y hábitat suelen requerir interpretación. Cambios en las especies

---

usada en la Directiva), biodiversidad puede incluir millones de criaturas y plantas. En la práctica, cambios en la biodiversidad no pueden ser medidos para todas las especies, y por tanto “especies indicadoras” son con frecuencia seleccionadas para monitorear los cambios en la biodiversidad. Las “especies indicadoras” son con frecuencia seleccionadas para monitorear los cambios en la biodiversidad. Las “especies indicadoras” seleccionadas por la Comisión son aquellas protegidas bajo la Directiva de las Aves y de los Hábitat Naturales. Impacto sobre cualquier otra especie y hábitat no serán relevantes, pero serán significantes. Eso implica que la biodiversidad como un todo no estará siendo protegida.

deben presentar impactos en ambas las direcciones – un declino en un indicador puede venir acompañado por un aumento en otro. Un juzgado por tanto será necesario para saber si lo que ha ocurrido fue ecológicamente significativo.

Además, si las medidas de cambio son restrictas al sitio donde el daño ha ocurrido, eso dará una comprensión incompleta de todo el cuadro, porque fallará en considerar los factores que afectan las especies que suelen huir para áreas más amplias.

La Comisión Europea ha tomado conocimiento que los indicadores robustos de la extensión y significado del daño a la biodiversidad y la tasa de biodiversidad perdida, entretanto, se calculan. Mientras es fácil ser crítico en cuanto a ese aspecto de la Directiva, deberíamos acordarnos de que esas dificultades en medir los cambios en la biodiversidad son muy conocidas.

## **2. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN Y DUALIDAD DE REGIMENES DE RESPONSABILIDAD**

Se someten al régimen de responsabilidad ambiental establecido en la Directiva, las siguientes actividades:

- a) Con carácter general, respecto a todo tipo de daños ambientales, las actividades profesionales enumeradas en el Anexo III, que son básicamente las sometidas a algún tipo de autorización de carácter ambiental de acuerdo con la normativa comunitaria (actividades sometidas a algún tipo de autorización de carácter ambiental de acuerdo con la normativa comunitaria (actividades sometidas al régimen de prevención y control integrados de la contaminación, traslado transfronterizo y gestión de residuos, vertidos a las aguas, instalaciones industriales contaminadoras de la atmósfera, sustancias peligrosas, organismos modificados genéticamente, etc.), y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades.

El concepto de actividad profesional está en el art. 2.7, considerada “cualquier actividad efectuada con ocasión de una actividad económica, un negocio o una empresa con independencia de su carácter privado o público y de que tenga o no fines lucrativos”.

El concepto de “cualquier amenaza inminente de tales daños es precisado en el apartado 9 del art. 2 de la Directiva como “una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo”.

El ámbito de aplicación del sistema de determinación de la responsabilidad objetiva viene determinado por la interacción de dos conceptos: “el daño ambiental” causado por “actividades profesionales del Anexo III de la Directiva” (art. 3.1.a).

Así, en el Anexo III se contemplan las siguientes actividades, las cuales son actividades ya regladas por leyes comunitarias:

- Instalaciones sujetas a permisos conforme con la legislación comunitaria ambiental;
- Captación y represamiento de aguas sujetos a autorización previa de conformidad con la Directiva 2000/60/CE
- Instalaciones afectadas por la Directiva 96/61/CE relativa a la Prevención y al Control Integrados de la Contaminación;
- Actividades de gestión de residuos;
- Vertidos de sustancias peligrosas en aguas superficiales y subterráneas;
- Captación y represamiento de aguas;
- Fabricación, utilización, almacenamiento, transformación, embotellado, liberación en el medio ambiente de sustancias o preparados peligrosos o de productos fitosanitarios y biocidas o sustancias activas liberadas por estos productos;
- Transporte por carretera, ferrocarril, vías fluviales, marítimas o aéreas de mercancías peligrosas o contaminantes;

- Instalaciones que emitan sustancias contaminantes a la atmósfera;
- Utilización confinada, liberación intencional, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente;
- Traslado transfronterizo de residuos.

Se trata en todos los casos de actividades ampliamente reguladas por la legislación comunitaria que entrañan un riesgo potencial para la salud humana y el medio ambiente. Es precisamente la potencial peligrosidad de estas actividades lo que justifica la adopción de un régimen de responsabilidad objetiva. De acuerdo con el principio de asunción del riesgo, son los operadores de una actividad intrínsecamente peligrosa los que deben asumir los riesgos financieros asociados a los posibles daños derivados del ejercicio de la misma, sin traspasar estos costes al conjunto de la sociedad.

El Anexo III de la Directiva no tiene carácter taxativo y puede ser ampliado a juicio de los Estados miembros que podrán añadir al mismo nuevas actividades.

La responsabilidad a la que quedan sometidas estas actividades es de carácter objetivo. Sin embargo, la Directiva recoge dos causas de exclusión que permiten a los Estados miembros liberar del régimen objetivo de responsabilidad (y exigirla sólo si existe culpa o negligencia) en el caso de contar con una autorización expresa y válida (y siempre que se ajuste a las condiciones en ella establecidas) y en el caso de probar que la emisión o la actividad no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el ambiente según el estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que se produjo la emisión o tuvo lugar la actividad (art. 8.4).

En relación con las emisiones o hechos expresamente autorizados o por actividades que no puedan ser consideradas perjudiciales de acuerdo con el estado de la ciencia existente en el momento (artículo 8), la Directiva permite que sea el Estado miembro quién decida si el operador responsable debe o no sufragar los costes de las acciones reparadoras, pero esta libertad no existe cuando se demuestre que ha habido culpa o negligencia por su parte.

De conformidad con el régimen de determinación de la responsabilidad objetiva, el operador será responsable de los daños derivados de su actividad independientemente de si ha actuado o no con la diligencia debida. Esto implica que la autoridad competente para exigir la responsabilidad ambiental no necesitará probar el actuar culposo o negligente del operador, sino solo la relación de causalidad entre la acción u omisión del operador responsable y el daño o deterioro ambientales.

La introducción de la responsabilidad objetiva para determinados supuestos, facilitará a las autoridades competentes la posibilidad de exigir a los operadores la reparación del daño ambiental al no ser necesario probar la culpabilidad de su conducta. Exigencia ésta que constituía uno de los principales obstáculos a los que se enfrentaban tradicionalmente los demandantes para exigir judicialmente a la parte demandada la reparación de los daños ambientales.

b) El resto de actividades profesionales quedan también sometidas a la Directiva, pero sólo respecto de los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos (art. 3.1.b), y a cualquier amenaza inminente de tales daños. Además, en estos casos, la exigencia de responsabilidad requerirá culpa o negligencia por parte del operador.

Además de la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva establecido por la Directiva a las actividades enumeradas en el Anexo III, se establece la responsabilidad subjetiva, esto es “siempre que haya habido culpa o negligencia” para cualquier actividad profesional que dañe o amenace con causar de un modo inminente un daño a las especies y hábitats naturales, incluidos en su ámbito de aplicación, con lo que se pretende reforzar la protección de la biodiversidad.

En este caso estamos ante recursos naturales especialmente protegidos y vulnerables, de gran importancia para la conservación de la biodiversidad, razón por la que la Directiva no limita su ámbito de aplicación a las actividades especialmente peligrosas del Anexo III, sino que lo amplía a cualquier otra actividad profesional, exigiendo no obstante que medie la culpa o negligencia del operador.

El ámbito subjetivo de aplicación es restrictivo pues de acuerdo con el art. 16.1 (“relación con la legislación nacional”): “La presente Directiva no constituirá obstáculo para que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más rigurosas en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, incluida la determinación de otras actividades que hayan de someterse a los requisitos de prevención y reparación de la presente Directiva y la determinación de otros responsables”.

### **3. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIONES AL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN**

No todos los daños a las aguas, el suelo o las especies y hábitat naturales protegidos están cubiertos por el nuevo régimen comunitario de responsabilidad ambiental.

La Directiva excluye, en su artículo 4, los daños ambientales o las amenazas inminentes de tales daños cuando hayan sido causados por:

- los actos derivados de conflictos armados, hostilidades, guerra civil o insurrección;
- los fenómenos naturales de carácter excepcional, inevitable e irresistible;
- los riesgos nucleares;
- las actividades de defensa nacional y seguridad internacional;
- el transporte marítimo de hidrocarburos o el transporte marítimo, por carretera y ferrocarril de sustancias y mercancías peligrosas;
- la contaminación de carácter difuso;
- las actividades cuyo único propósito sea la protección contra los desastres naturales.

Si bien es cierto que algunas de esas excepciones hacen referencia a actividades de gran potencial contaminador del medio ambiente, su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva se justifica al tratarse

de actividades que están cubiertas por Convenios internacionales que regulan la responsabilidad civil y de los cuales son parte la mayoría de los Estados miembros.

Estos Convenios se enuncian en los Anexos IV y V entre los que se citan por ejemplo el Convenio internacional de 27 de noviembre de 1992 sobre Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos o el Convenio Internacional de 3 de mayo de 1996 sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños en relación con el Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas.

Tampoco se aplica a la Directiva a los daños derivados de las actividades previstas en el Tratado por el que se establece la comunidad Europea de la Energía Atómica o que tengan su origen en incidentes relativos a la energía nuclear para los que exista un Convenio que regule la responsabilidad de los Estados miembros (de los previstos en el Anexo V).

Sin embargo, es necesario recordar que muchos de estos Convenios se han mostrado ineficaces en la aplicación del principio “quien contamina paga” tal y como atestiguan muchos de los graves accidentes medio ambientales ocurridos en territorio comunitario, en los que el Estado ha asumido los costes de reparación del daño causado.

Resulta interesante detenerse en la excepción de los daños ocasionados por la contaminación de carácter difuso. La Directiva no cubre los daños ocasionados por la contaminación de carácter difuso puesto que resulta imposible identificar el operador responsable, tal y como por ejemplo ocurre con la contaminación atmosférica causada por nitratos.

No obstante no debe confundirse la contaminación difusa con la contaminación gradual, entendida esta como la causada por sustancias peligrosas o vertidos realizados por fuentes identificables. Los daños ambientales ocasionados por la contaminación gradual si estarán amparados por el nuevo sistema de responsabilidad ambiental, siempre y cuando sea posible identificar al sujeto responsable. Por las mismas razones, la Directiva sí da cobertura a los daños ambientales provocados por elementos transportados por el aire, previamente emitidos por una actividad profesional concreta.

#### **4. LEGITIMACIÓN: LAS AUTORIDADES PÚBLICAS, PARTICULARES Y ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES**

En cuanto a la legitimación, se considera que ostenta un interés suficiente las personas físicas o jurídicas que puedan verse afectadas por el daño, aleguen la vulneración de un derecho reconocido por la legislación e un Estado miembro o tengan un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter ambiental, interés que se presume a las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente.

El ejercicio de la “solicitud de acción” permite a cualquier persona física o jurídica legitimada: solicitar a la autoridad competente que actúe de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva, presentar alegaciones a las medidas de reparación acordadas por la autoridad, debiendo ser siempre citadas y tenidas en cuenta sus opiniones a menos que la inminencia del daño justifique la omisión de este trámite, a presentar observaciones en casos de amenaza de daño ambiental, aunque aquí no existe la obligación de darles audiencia, e incluso a presentar un recurso ante un Tribunal o ante cualquier otro Órgano público independiente e imparcial sobre la legalidad, de los actos u omisiones de la Autoridad competente que vulneren lo contenido de la Directiva.

Sin embargo, los particulares no están legitimados para discutir las medidas reparadoras o preventivas decididas por la administración, salvo que estas vulneren los criterios del Anexo II de la Directiva, ni para demandar directamente al operador responsable del daño.

La “solicitud de acción” prevé una buena indicación de la función esperada bajo el régimen de la responsabilidad ambiental. Accionar estará permitido a una persona física o jurídica que se vea o pueda verse afectada por un daño medioambiental, o que tenga un interés suficiente en la toma de decisiones de carácter medioambiental relativas al daño (los Estados Miembros están autorizados a determinar que constituye un “suficiente interés”).

Los derechos concedidos a los individuos y a los grupos tienen una característica procesal, es decir los derechos:

- de subordinar las “observaciones” presentadas en relación con los daños medioambientales a la autoridad competente;
- de requerir la solicitud de acción a la autoridad competente;
- de hacer con que la autoridad competente considere que las observaciones o solicitudes juntas demuestran de manera convincente que existe daño medioambiental; y
- de presentar recurso, u otro procedimiento judicial, de las decisiones, actos u omisiones de la autoridad competente.

Hay que señalar que uno de los aspectos más destacables de la Directiva es el expreso reconocimiento de legitimación activa para instar las medidas de reparación de daños, tanto en la vía administrativa como en la judicial, a “las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos establecidos por la legislación nacional”, pues se afirma que cuando las legislaciones nacionales exijan un “interés suficiente” para actuar, habrá de considerarse suficiente “el interés de las organizaciones no gubernamentales que trabajen en la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos establecidos en la legislación nacional”, y se considera asimismo que “dichas organizaciones tienen derechos que pueden ser vulnerados” en el caso de que la legislación nacional exija como requisito previo la alegación de la vulneración de un derecho (art. 12).

## **5. PROCEDIMIENTO**

Por lo que respecta al procedimiento de la Directiva, mientras en los sistemas de responsabilidad civil tradicionales cualquier persona que sufre un daño puede reclamar ante los tribunales la reparación del perjuicio sufrido o la obtención de una indemnización compensatoria, en el sistema de responsabilidad diseñado por la Directiva el particular o las entidades habilitadas por esta norma para reclamar no podrán dirigirse directamente a un tribunal demandado reparación o exigiendo el cobro de la

indemnización, sino que deberán comunicar el hecho causante del daño a la autoridad pública competente, presentándole las observaciones que obren en su conocimiento y solicitando que actúe de acuerdo con lo dispuesto en esta norma.

Ello es así porque la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las posiciones de la Directiva recae en primer lugar sobre la autoridad pública competente. Esta, si considera que se ha producido un daño en los términos definidos por la Directiva, deberá actuar de conformidad con lo previsto en la legislación que la transponga, y sólo en el caso de que no actúe o de que considere que no lo ha hecho de acuerdo con las prescripciones legales, la Directiva reconoce al demandante la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente, ante la que podrá denunciar la ilegalidad de las decisiones, actos y omisiones de la autoridad competente.

## **6. LAS DOS OBLIGACIONES DEL OPERADOR: LA ACCIÓN PREVENTIVA Y LA ACCIÓN REPARADORA DE LOS DAÑOS AMBIENTALES**

El régimen de responsabilidad previsto en la Directiva se trata no solo de reparar sino también de prevenir los daños ambientales, lo cual no responde a la concepción tradicional de la responsabilidad extracontractual, en cuanto que la nota característica básica de la misma, tanto la de carácter civil como administrativo, se ha considerado siempre que radica en la efectiva producción de un daño que debe ser objeto de reparación.

El nuevo sistema comunitario de responsabilidad ambiental obliga al operador que cause daños ambientales, o que amenace de forma inminente con causar tales daños, a adoptar las medidas preventivas o reparadoras que resulten necesarias, sufragando el coste de las mismas.

Se persigue con este nuevo sistema garantizar la aplicación eficaz del principio “quien contamina paga”, por ello en aquellos casos en los que la autoridad competente adopte en lugar del operador responsable

las acciones preventivas o reparadoras deberá reclamar al operador los costes en que haya incurrido. Esta reclamación deberá instarse en el plazo máximo de cinco años desde la fecha en que terminen de aplicarse las acciones preventivas o reparadoras o, si fuera posterior, desde la fecha en que se identifique al responsable.

La Directiva consagra por tanto el principio de ejecución subsidiaria conforme al cual la autoridad competente adoptará las medidas reparadoras necesarias para la restauración del medio ambiente cuando el operador responsable así no lo hiciera, reclamando posteriormente los costes.

No obstante esta obligación no se hace extensiva en los supuestos de “daños huérfanos”, es decir en aquellos casos en los que no puede identificarse al operador responsable de la contaminación o si éste resultara insolvente, dado que la Directiva faculta a las autoridades competentes para decidir adoptar o no las medidas oportunas.

No obstante lo anterior, el operador no estará obligado a asumir los costes de la prevención y reparación cuando pueda demostrar que los daños ambientales o la amenaza inminente de que se produzcan fueron causados por un tercero, a pesar de existir las medidas de seguridad adecuadas o se produjeron en cumplimiento de una orden o instrucción de una autoridad pública.

Por último, la Directiva deja abierta a los Estados miembros la posibilidad de eximir a los operadores de la obligación de costear las medidas de prevención y reparación cuando éstos demuestren que en su comportamiento no medio culpa o negligencia y que el hecho causante del daño: se realizó bajo el amparo de una autorización expresa, respetando el condicionado de la misma, o la actividad o producto empleado no había sido considerado como potencialmente perjudiciales para el medio ambiente según los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de producirse el daño.

La Directiva no exige de los operadores de las actividades profesionales del Anexo III la constitución de garantías financieras, como por ejemplo un seguro, limitándose a establecer la obligación de que los Estados miembros fomenten su utilización.

El hecho de que la constitución de estas garantías no sea obligatoria, puede diluir la efectividad del nuevo sistema comunitario de

responsabilidad ambiental. El alto coste económico de las medidas de restauración del medio ambiente provocará que muchas compañías se declaren insolventes, recayendo finalmente el coste de la reparación del daño en la generalidad de la sociedad y contraviniendo así la vigencia del principio “quien contamina paga”.

No obstante, el legislador comunitario es consciente de este extremo, razón por la cual la Directiva prevé que, antes de 20 de Abril de 2010, la Comisión elabore un informe sobre estas cuestiones, y realice propuestas relativas a un sistema de garantía obligatoria armonizada.

Así, son dos las obligaciones del operador, según el nuevo régimen de responsabilidad por daños ambientales:

- prevenir el daño al medioambiente o, cuando no lo sea posible,
- remediar el daño medioambiental.

Estas obligaciones se enumeran en los artículos 5 y 6, de la Directiva donde se distingue entre la “acción preventiva” y la “acción reparadora”.

La Directiva no prevé medidas preventivas específicas, pero las acciones para remediar, entretanto, son tratadas con más detalles.

La responsabilidad de prevenir y restaurar el daño ambiental es compartida entre los operadores, las “autoridades competentes” y los Estados miembros. Los operadores son los primeros en la cadena de la responsabilidad, de acuerdo con el principio “quien contamina paga”. Un operador es definido como “cualquier persona física o jurídica, privada o pública que desempeñe o controle la actividad ocupacional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad” (artículo 2.4.6).

## **7. La acción preventiva.El concepto de amenaza inminente.**

La Directiva amplía, sin embargo, el ámbito del que deberíamos llamar con mayor propiedad “derecho de daños al medio ambiente” a

la prevención<sup>14</sup> de los mismos, que se configura como un deber del operador.

De acuerdo con la “acción preventiva”, en aquellos supuestos en los que exista una “amenaza inminente de daño ambiental” el operador deberá adoptar sin demora todas las medidas preventivas que resulten necesarias para evitar la efectiva producción del daño (artículo 5).

El concepto de “amenaza inminente de daños” se define en el artículo 2 de la Directiva, como “la probabilidad suficiente de que se produzcan daños ambientales en un futuro próximo”. Esto significa, en otras palabras, que cuando el operador de una actividad profesional cree una situación de riesgo para el medio ambiente, a pesar de que el daño ambiental no se haya materializado, estará obligado a adoptar todas las medidas necesarias para evitarlo y en caso en que la amenaza no haya cesado, a informar a la autoridad competente de todos los aspectos relevantes de la situación de riesgo creada.

Estas obligaciones se completan con la facultad que ostenta la autoridad competente de dar instrucciones al operador sobre las medidas preventivas que deberá adoptar, o incluso de adoptarlas por sí misma.

Así, la autoridad pública competente encargada de velar por el medio ambiente podrá, en consecuencia, en cualquier momento:

- a) exigir al operador que facilite información sobre toda amenaza inminente de daño medioambiental cuando sospeche que va a producirse esa amenaza inminente;

---

<sup>14</sup> LEÓN JIMÉNEZ, F., Aspectos fundamentales del derecho humano a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 3, 2000, págs. 430-431, apunta que es fundamental asumir el principio de referencia de la prevención sobre la represión en materia jurídica medioambiental, creando instrumentos efectivos que anticipen y corrijan los posibles riesgos con anterioridad a la producción del fenómeno contaminante o agresor medioambiental. Para ello considera importante fomentar la colaboración de los potenciales agentes contaminantes y crear nuevas formas de ayuda al cumplimiento de las obligaciones ambientales que son exigibles. Señala que en esta primera área de acción elemental las nuevas creaciones deben ir más allá de las tradicionales formas de prevención del derecho sancionador, incluyendo el desarrollo de programas activos de colaboración, refiriéndose a la articulación de los beneficios fiscales para los agentes contaminantes.

- b) exigir al operador que adopte las medidas preventivas necesarias;
- c) dar al operador instrucciones a las que deberá ajustarse sobre las medidas preventivas necesarias que deberá adoptar; o
- d) adoptar por sí misma las medidas preventivas necesarias, en aquellos casos en que el operador incumple sus obligaciones, no puede ser identificado o no está obligado a sufragar los costes en virtud de lo que dispone la Directiva.

## **8. LA ACCIÓN REPARADORA**

La “acción reparadora” entra en juego en el momento en el que se haya producido un daño ambiental. Ante esta situación, el operador deberá: informar a la autoridad competente, adoptar todas las medidas posibles para controlar, contener o eliminar la contaminación con objeto de impedir mayores daños y por último adoptar las medidas reparadoras que resulten adecuadas. Es decir, acciones deben ser tomadas para limitar o prevenir futuros daños al medio ambiente o los efectos adversos en la salud humana.

Al igual que ocurría en relación con la acción preventiva, estas obligaciones se completan con la facultad de la autoridad competente de prescribir al operador la adopción de medidas reparadoras concretas o de adoptar dichas medidas por sí misma.

Por tanto, las medidas remediadoras requeridas del operador pueden incluir cualquier acción, o la combinación de acciones, necesarias para:

- mitigar el daño, restaurar, rehabilitar o sustituir los recursos naturales dañados, y
- proveer una alternativa equivalente para aquellos recursos.

En el caso de las medidas para reparar el daño ambiental, el poder de las autoridades de ejecutar la remediación ellas mismas está presente en la Directiva como último recurso (artículo 5.4).

Conforme al artículo 11.1 de la Directiva, “los Estados Miembros designarán a la autoridad competentes o autoridades competentes encargadas de desempeñar los cometidos previstos en la Directiva” y, en cualquier caso, recaerá sobre la o las mismas “la obligación de establecer qué operador ha causado el daño o la amenaza inminente del mismo, evaluar la importancia del daño y determinar qué medidas reparadoras han de adoptarse” (apartado 2º).

Esta decisión o decisiones de la autoridad competente son vinculantes, motivadas, y deben expresar los recursos pertinentes que contra ella o ellas quepan ante los Tribunales de Justicia (apartado 4º).

La primera función de la “autoridad competente” es la de exigir a los operadores a adoptar las medidas para prevenir o restaurar el daño ambiental. La autoridad puede decidir asumir la responsabilidad en si (pero no hay una obligación de hacerlo) en circunstancias donde el operador falla al aquiescer con las demandas de la autoridad, no puede ser identificado, o no lo es exigido por la Directiva sufragar los costes.

No hay ningún límite de financiación hacía la responsabilidad. Todavía, hay determinadas circunstancias donde los costes no pueden ser recuperados, específicamente cuando (art. 8.3):

- el daño fue causado por un tercero, y ha ocurrido sin embargo de que las medidas de seguridad fueron tomadas por el operador (en eso caso el tercero pagará los costes) o;
- el daño resulta del consentimiento de una orden de una autoridad pública.

Además, no se requiere al operador pagar los costes de remediar acciones tomadas de acuerdo con la Directiva, donde se demuestra que no era culpa suya, y que el daño ambiental fuera causado por:

- un evento expresamente autorizado y en total acuerdo con las condiciones de una autorización ambiental; o
- una actividad que el operador demuestra que no fue probable de causar un daño ambiental de acuerdo con el estado de conocimiento técnico y científico del tiempo en cuestión.

La defensa del “consentimiento con la autorización ambiental” (que ha demostrado ser una cuestión controvertida durante el trámite de la Directiva) esta basada en la idea de que toda la Comunidad Europea necesita y se beneficia de las operaciones industriales.

Como consecuencia, si un operador está en total acuerdo con una autorización y sin embargo algún daño ocurre como resultado de las operaciones sujetas a autorización, la Comunidad debería sufragar los costes de la responsabilidad por los daños, y no el operador. El operador solamente hará lo que ha considerado apropiado por la autoridad competente con el su consentimiento y por tanto no será culpado. Los detalles de la defensa del “consentimiento con la autorización” deben ser dejados para los Estados miembros, que deben hacer emerger la inconsistencia en su aplicación<sup>15</sup>.

El Anexo II de la Directiva establece más detalles para garantizar la reparación de los diferentes tipos de daño ambiental.

En el Anexo II, la reparación de los daños ambientales que afecten a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos se vincula al concepto de “estado básico”, definido como “el estado en que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y servicios en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible” (artículo 2.14). La Directiva define “servicios” como las funciones que desempeña un recurso natural en el beneficio de otro recurso natural o del público (artículo 2.13).

Esto significa que las medidas reparadoras deben perseguir la reparación del medio dañado, no a su estado óptimo sino al estado anterior a la producción del daño.

Así, en cuanto a la reparación de daños a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos, “la reparación del daño medioambiental se consigue restituyendo el medio ambiente a su estado básico mediante

---

<sup>15</sup> En ese punto la Directiva va más allá que el Libro Blanco sobre responsabilidad ambiental, que sólo consideraba la autorización como circunstancia atenuante para el operador, siguiendo la senda del Convenio de Lugano en materia de reparación del daño ambiental.

medidas reparadoras primarias, complementarias y compensatorias, entendiéndose por:

- a) “reparación primaria”, toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico;
- b) “reparación complementaria”, toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios dañados;
- c) “reparación compensatoria”, toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto;
- d) “pérdidas provisionales”, las pérdidas derivadas del hecho de que los recursos naturales y/o servicios dañados no puedan desempeñar sus funciones ecológicas o prestar servicios a otros recursos naturales o al público hasta que hayan surtido efecto las medidas primarias o complementarias. No consiste en una compensación financiera al público.

Si la reparación primaria no da lugar a la restitución del medio ambiente a su estado básico, se efectuará una reparación complementaria. Además, se efectuará una reparación compensatoria para compensar las pérdidas provisionales.

La reparación de daños medioambientales consistentes en daños a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos supone asimismo eliminar todo riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana.

El requerimiento de la restauración complementaria busca evitar una situación donde la persona que ha ruinado el sitio, después de la

restauración económica pague menos en costes de restauración que alguien que solo parcialmente lo ha dañado.

Si los recursos naturales y/o servicios dañados no se restituyen a su estado básico, se efectuarán reparaciones complementarias. La finalidad de la reparación complementaria es proporcionar un nivel de recursos naturales y/o servicios – inclusive, si procede, en un paraje alternativo – similar al que se habría proporcionado si el paraje dañado se hubiera restituido a su estado básico. En la medida en que sea posible y adecuado, el paraje alternativo deberá estar vinculado geográficamente al paraje dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada.

La reparación compensatoria tiene la finalidad de compensar la pérdida provisional de recursos naturales y servicios durante la recuperación. No consiste en compensar económicamente al público, sino que debe aportar mejoras adicionales a las especies y hábitats naturales protegidos o a las aguas, en los parajes dañados alternativos.

La dificultad para llevar a cabo la valoración económica de los daños medioambientales y de establecer criterios claros en este sentido y sobre todo la dificultad para calcular la compensación por las pérdidas provisionales temporales mencionadas es uno de los problemas más evidentes para aplicar esta disposición.

En lo que se refiere a la determinación de medidas reparadoras:

“Determinación de medidas reparadoras primarias:

Se estudiarán opciones de acciones encaminadas a restituir directamente los recursos naturales y servicios a su estado básico de forma acelerada, o bien mediante la recuperación natural.

Determinación de medidas reparadoras complementarias y compensatorias:

Al determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias se considerará en primer lugar la utilización de criterios de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio. De acuerdo con estos criterios, se

considerarán en primer lugar acciones que proporcionen recursos naturales y/o servicios del mismo tipo, calidad y cantidad que los dañados. De no ser esto posible, se proporcionarán recursos naturales y/o servicios alternativos. Por ejemplo, una disminución de la calidad podría compensarse con un aumento del número de medidas reparadoras.

Si no es posible utilizar criterios preferentes de equivalencia recurso-recurso o servicio-servicio, se aplicarán técnicas de valoración alternativas. La autoridad competente podrá prescribir el método, por ejemplo la valoración monetaria, para determinar la magnitud de las medidas reparadoras complementarias y compensatorias necesarias. Si es posible valorar los recursos y/o servicios perdidos pero no es posible valorar los recursos naturales y/o servicios de reposición en un plazo o con unos costes razonables, la autoridad competente podrá optar por medidas reparadoras cuyo coste sea equivalente al valor monetario aproximado de los recursos naturales y/o servicios perdidos.

Las medidas reparadoras complementarias y compensatorias habrán de concebirse de tal modo que prevean que los recursos naturales y/o servicios adicionales obedezcan a las preferencias en el tiempo y a la cronología de las medidas reparadoras. Por ejemplo, cuanto más tiempo se tarde en alcanzar el estado básico, mayores serán las medidas de reparación compensatoria que se lleven a cabo (en igualdad de otras condiciones)”.

Las opciones de las medidas reparadoras deberán valorarse utilizando las mejores tecnologías disponibles, atendiendo a criterios específicos:

- el efecto de cada opción en la salud y la seguridad públicas;
- el coste que supone aplicar la opción;
- la probabilidad de éxito de cada opción;

- la medida en que cada opción servirá para prevenir futuros daños y evitar daños colaterales como consecuencia de su aplicación;
- la medida en que cada opción beneficiará a cada componente del recurso natural o servicio;
- la medida en que cada opción tendrá en cuenta los correspondientes intereses sociales, económicos y culturales y otros factores pertinentes específicos de la localidad;
- el periodo de tiempo necesario para que sea efectiva la reparación del daño medioambiental;
- la medida en que cada una de las opciones logra reparar el paraje que ha sufrido el daño medioambiental; y
- la vinculación geográfica con el paraje dañado.

Al decidir sobre la opción de restaurar más conveniente, la autoridad reguladora considerará el coste de varias opciones y la probabilidad de su suceso.

Mientras la Directiva establece los principios para restaurar el daño ambiental, ella no indica como los principios deben ser implementados. Eso tal vez no sorprenda, una vez que la Directiva tiene la intención de ser un instrumento planificador.

## 9. CONCLUSIONES

El régimen jurídico de los daños ambientales plantea retos y cuestiones de alta complejidad. Pone a prueba los ordenamientos jurídicos, sus instituciones y las propias relaciones de coordinación en el grupo normativo ambiental. La admisión de un régimen pleno de responsabilidad por daños ambientales impacta con dogmas sólidamente establecidos. Esta es la razón por la cual ningún ordenamiento ha regulado hasta las últimas consecuencias la responsabilidad por daños ambientales<sup>16</sup>.

Un régimen jurídico ordenado de daños ambientales, construido sobre la base de la consideración de estos como lesiones del derecho a

disfrutar de un medio ambiente adecuado, debe tener algunos ejes específicos<sup>17</sup>.

A propósito de los riesgos desconocidos o riesgos del desarrollo<sup>18</sup>, la aceptación de la impunidad de los riesgos del progreso o del desarrollo, además de carecer la sociedad tecnificada de justificación actual, convierten a la postre a las personas, a la sociedad y al medio ambiente en laboratorios experimentales. Contempla la cuestión de la admisión o rechazo de los riesgos cognoscibles, planteando si el desarrollo tecnológico, que en su afán de superar los peligros naturales justificó los llamados riesgos del progreso, ha llegado a un punto en el que los riesgos desconocidos que genera no encuentren ya cobertura en el esfuerzo por lograr unos objetivos que pueden considerarse en lo sustancial

---

<sup>17</sup> JORDANO FRAGA, J., Administración y responsabilidad por daños al medio ambiente: la construcción del régimen jurídico de los daños ambientales, en vol. dirigido por RUIZ-RICO RUIZ, *La protección jurisdiccional del medio ambiente*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XII, Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs. 326-327: 1) Legitimación universal mediante acción popular (para pretensiones altruistas); o al menos un sistema de determinación o designación de sujetos legitimados como en Italia o Francia; 2) Definición de las pretensiones posibles del sistema (*restitutio in pristinum*, indemnizaciones de daños y estudios destinados a determinar la forma de restauración, medidas tendentes a evitar futuros daños etc.); 3) Determinación de criterios de valoración en supuestos de daños irreparables y destino de dichas indemnizaciones (previo su ingreso en un Fondo); 5) Papel de la Administración Pública en el sistema, poderes de determinación ejecutoria, límites de los mismos, eventual intervención de los tribunales); 6) coordinación del sistema en un ordenamiento jurídico unitario (poderes cautelares de reparación mientras esté en curso una acción penal; coordinación con el sistema de reparación de suelos contaminados, sometimiento de la restauración a evaluación de impacto ambiental salvo que lo impida la urgencia); 7) Constitución de fondo o sistema fondos o Administraciones de reparación con recursos propios (ya fundacionales, ya mediante un tributo ecológico, más las indemnizaciones antes aludidas) con personalidad jurídica y determinación de sus funciones y misiones; 8) Creación de un órgano jurisdiccional materialmente dotado con jurisdicción sobre todo el territorio nacional para los *major disasters*. Añade el autor que la responsabilidad por daño ambiental debe ser objetiva y solidaria. Los denominados riesgos del desarrollo como causa de exoneración deben excluirse del sistema de responsabilidad por daño ambiental.

<sup>18</sup> ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona: Editorial Ariel, 1999, págs. 210-215.

alcanzados y, por ello, dejen de ser riesgos que ha de asumir la sociedad como tributo del progreso<sup>19</sup>.

El mencionado autor dice que estamos en una sociedad en la que no existen ya peligros (riesgos naturales que amenacen nuestra supervivencia). El balance de intereses en conflicto es pues entre intereses privados (o en segunda línea intereses económicos de la sociedad que se beneficia económicamente de dicha actividad) e intereses en la primera línea de la sociedad (interés a la reparación ambiental y prevención general derivada de esa posible obligación de reparación de los daños que se causen).

Para nosotros no hay duda de la prevalencia de los intereses ambientales de la sociedad en su conjunto.

Buscando la prevalencia de los intereses ambientales, pretendemos en conclusión aportar algunas críticas a la Directiva 2004/35/CE hacia el desarrollo del régimen jurídico de responsabilidad por daños ambientales en la Unión Europea.

Entre sus aspectos más novedosos se pueden destacar que determina las diferentes categorías de daños regulados; concreta los tres objetivos de la reparación de los daños; incluye responsabilidades específicas por generar un riesgo inminente de causar un daño; fija los periodos de prescripción de acciones y caducidad de responsabilidad; establece la necesidad de que los potenciales responsables cuenten con solvencia económica suficiente, en especial, ofreciendo a la autoridad

---

<sup>19</sup> Este último tema – el de los riesgos no conocidos -, nos sirve también para encararnos con una alternativa crucial: si se opta por exonerar a la técnica de los riesgos no cognoscibles por la ciencia – conocimientos que ésta, la ciencia, adquiere en muchos casos a través de sus métodos experimentales – se está dando cobertura a que la técnica acabe experimentando con las personas y el medio ambiente. Se sabrá entonces que había un riesgo cuando ya se produjo el daño, como tal irreversible, y no antes. Ciertamente que los avances en el conocimiento científico se han producido por esta vía y así se han salvado peligros o reducido riesgos. La cuestión abierta es si hemos de continuar asumiendo no sólo los riesgos del progreso, sino el papel de objetos de experimentación de tecnologías que operan ya en el reducto más íntimo y esencial de la persona o tecnologías desarrolladas en un inquietante entorno de desconocimiento cuyo inmenso potencial devastador se percibe – como si de una experimentación de laboratorios se tratara – en daños a personas o al medio que se prolongarán, tampoco se sabe hasta cuándo, de generación en generación.

competente algún tipo de garantía financiera, aunque no, la obligación expresa de contratarla.

No obstante, la Directiva no logra definir un instrumento de mercado realmente enfocado hacia la prevención de accidentes que afecten el medio ambiente. Sin embargo es muy importante darse cuenta que esa Directiva se enmarca dentro del capítulo ambiental del Tratado de la Comunidad Europea, lo cual significa que los gobiernos tienen que aplicar los requisitos mínimos que impone. Los gobiernos son libres de fijarse unos objetivos más ambiciosos y una legislación más estricta de responsabilidad ambiental, siempre y cuando no interfiere en el funcionamiento del mercado único de la Unión Europea.

No tiene efecto retroactivo, es decir que no se aplica a daños anteriores a su entrada en vigor. Esto podría servir a los contaminadores como defensa legal, dando pie a controversias interminables para determinar el momento en el que ocurrió la actividad perjudicial.

El aspecto innovador y el especial valor de esta Directiva es que protege la biodiversidad. La Directiva va más allá de las normativas existentes y puede marcar una diferencia real. Por desgracia, sólo protege a las especies y hábitats de las listas de algunos Anexos de Directivas de Aves y Hábitats; aunque los Estados Miembros pueden incluir los hábitats y especies a los que se refieren sus propias leyes nacionales y que no cubre la legislación europea, algo que exige naturalmente un gran coraje político.

De modo que el daño a la biodiversidad sólo se considera relevante si se traspasa cierto umbral. El daño debe tener la importancia suficiente para que “tenga efectos adversos significativos en la consecución o mantenimiento de un estado de conservación favorable de dichos hábitats y especies”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*, Madrid: Marcial Pons, 2005, pág. 109, observa que la Directiva efectúa una delimitación muy restrictiva y un tanto arbitraria de los daños ambientales o de los elementos o componentes naturales que, caso de sufrir algún daño, suscitan la aplicación de las medidas y régimen que en esta Directiva se establecen. Así, por ejemplo, el daño o grave deterioro que sufrieran unas masas forestales de una muy relevante significación ecológica quedaría fuera de la órbita de aplicación de la Directiva si no están integradas en un hábitat natural formalmente declarado así con arreglo a la normativa comunitaria. Es así un criterio

En la lista del Anexo III, la Directiva prevé un estricto régimen de responsabilidades por actividades. Pero en cuanto a las actividades que no aparecen en la lista, los operadores sólo pueden ser considerados responsables por daños a la biodiversidad cuando se demuestre un fallo o haya pruebas de negligencia.

En la práctica, esto implica que la Directiva exime completamente de responsabilidad de daños a las aguas y al suelo a los que realizan actividades que no aparecen en la lista. Esto es lamentable puesto que debilita considerablemente algunos de los efectos positivos que la Directiva podría tener en la protección de aguas y de la biodiversidad.

Los daños causados por accidentes marítimos y nucleares se dejan fuera del ámbito regulador y quedan sometidos a los Convenios internacionales. Como dichos convenios abarcan mucho menos que la Directiva en cuanto a normas de responsabilidad de protección ambiental, esta exclusión resultará en un tratamiento preferente de estas actividades.

Uno de los mayores peligros para que esta Directiva sea eficaz y capaz de hacer que los contaminadores paguen por los daños ambientales que provoquen (creando fuertes incentivos para que los posibles contaminadores tengan en cuenta la mayor seguridad posible) es la introducción de consideraciones sobre “obtención de permisos” y sobre “estado del arte” como razones para eximir a los contaminadores de los costes de limpieza.

Esto deja a los Estados Miembros gran discreción en cuanto al ámbito en el que los operadores pueden resultar absueltos de la obligación de pagar los gastos de las actuaciones remediadoras cuando hayan obtenido un permiso o estén operando según el “*estado del arte*”.

Semejantes factores mitigadores entrañan el riesgo de rescindir el principio de estricta responsabilidad por actividades potencialmente peligrosas, reintroduciendo la necesidad de probar el fallo del contaminador. Normalmente, los regímenes de responsabilidad ambiental de los Estados Miembros no los permiten. La consecuencia

---

deliberadamente formal, y no material o ecológico si se quiere, el que sigue la Directiva: sólo son daños ambientales los que ella misma señala.

práctica de su introducción sería que la Directiva sólo cubriría los actos no autorizados, ilegales o negligentes de un operador. Esta laguna también impediría que las actividades relativas a los OGM entraran en su ámbito.

Otro gran riesgo para el funcionamiento eficaz del régimen de responsabilidad es que la insolvencia de los operadores constituya un obstáculo a la hora de que las autoridades recuperen los costes de la reparación ambiental, según el principio de “quien contamina paga”. Un sistema obligatorio de seguridad financiera para actividades de riesgo es fundamental para crear incentivos a las operaciones respetuosas con el medio ambiente y asegurar que, una vez el daño hecho, existen los recursos financieros necesarios para pagar la reparación.

Esto es de especial importancia en ausencia de un requerimiento a los Estados Miembros de reparar los daños ambientales cuando el contaminador no puede hacerlo (responsabilidad subsidiaria del Estado). Un régimen de estricta responsabilidad por daños ambientales podría inducir a las grandes empresas a transferir sus actividades de mayor riesgo a empresas más pequeñas, de modo que si éstas causan algún daño no tengan que responder por ellas, pudiendo así eludir cualquier responsabilidad.

Las cláusulas de acceso a la justicia para las ONGs se consideraron clave para conseguir las metas de la Directiva, especialmente en ámbitos, como los daños a la biodiversidad, en los que no había derechos de propiedad asociados a los recursos naturales afectados o en peligro. Por desgracia, la Directiva sólo otorga a los grupos interesados el derecho de exigir a las autoridades competentes que tomen medidas contra los contaminadores y de recurrir los procedimientos judiciales en contra de las decisiones de la administración. Es más, los Estados Miembros pueden renunciar a estos derechos en caso de riesgo inminente. Esto último es de lamentar porque las ONGs juegan un papel importante a la hora de hacer cumplir las reglas de responsabilidad y harían la normativa más eficaz.

Por lo que respecta la relación de causalidad en la responsabilidad por daños ambientales, la Directiva europea no se pronuncia sobre esta cuestión crucial y problemáticas de la responsabilidad ambiental, ni

fija criterio alguno para su tratamiento. Sin duda, la existencia de soluciones diferenciadas en los Estados miembros ha impedido alcanzar un acuerdo en la regulación básica y unitaria de este elemento clave de la responsabilidad.

Además, se excluye la responsabilidad por los riesgos desconocidos, pues la Directiva en el considerando núm. 20 prevé:

(20) No debe exigirse al operador que se haga cargo de los costes de las medidas preventivas o reparadoras adoptadas con arreglo a la presente Directiva en las situaciones en que los daños en cuestión o la amenaza inminente de tales daños se deriven de actos que estén fuera del control del operador. Los Estados miembros podrán permitir que los operadores que no hayan incurrido en culpa o negligencia no sufraguen el coste de las medidas reparadoras en aquellas situaciones en las que el daño de que se trate sea resultado de emisiones o actos explícitamente autorizados, o en que no pueda haberse conocido el daño potencial de dichas emisiones o actos cuando tuvieron lugar.

En particular, las posibles mejoras son:

1) Extender el ámbito de la biodiversidad, de modo que incluya las especies y hábitats contemplados en los Convenios Internacionales suscritos por los Estados-miembros y en sus leyes nacionales o regionales.

2) Rebajar los umbrales significativos para los daños a las aguas, suelo y biodiversidad.

3) Extender el sistema de estricta responsabilidad a todas las actividades. La responsabilidad por daños al medio ambiente debería depender en último término del daño real y no de la naturaleza arbitraria de la actividad causante del daño o del peligro. Esto también haría el sistema más fácil de hacer cumplir por la administración pública y los órganos judiciales. Los accidentes de vertido de petróleo y nucleares

deberían contemplarse en la responsabilidad de la Directiva en los casos en los que los relevantes convenios internacionales no contengan cláusulas satisfactorias en algún aspecto (especialmente en lo referido a los daños a la biodiversidad)<sup>21</sup>.

4) La cobertura financiera de seguridad para actividades peligrosas debe ser obligatoria incluso en la fase de implantación progresiva. Especialmente si las condiciones son débiles, debería imponerse la responsabilidad subsidiaria del Estado como medida de seguridad para la restauración ambiental si un contaminador no puede ser identificado, no puede pagar los gastos de limpieza o tiene algún eximente, para evitar los casos en que los daños ambientales simplemente no se remedian.

6) Hay que asegurarse de que se respeta el derecho de acceso a la justicia (según lo establecido por el Convenio de Aarhus). Debería permitirse a las ONGs recurrir a acciones judiciales directas contra los operadores cuando exista un riesgo inminente de daño.

7) Fijarse criterios para el tratamiento de la relación de causalidad que se pueda establecer entre la actuación u omisión del sujeto al que se atribuye la responsabilidad y el daño efectivo producido.

Sin embargo de las consideraciones aportadas anteriormente, la Directiva 2004/35/CE establece un sistema específico de responsabilidad medioambiental en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

---

<sup>21</sup> A propósito en el siglo XX se han constatado más de 200 accidentes de buques de petroleros que han derramado cientos de miles de toneladas de crudo en todo el planeta. Más de la mitad de estos vertidos corresponden a las mayores catástrofes ecológicas de la historia. Como ejemplo refiere el caso del accidente del Exxon Valdez, en 1989, en Alaska, que tan sólo ocupó el número 42 en el listado de los peores incidentes en cuanto a la cantidad de petróleo vertida, ya que la mayor parte se evaporó. Sin embargo, el hecho de haberse producido en un ecosistema prácticamente puro provocó la muerte de un impresionante número de aves marinas y nutrias, sin que hasta la fecha se hayan recuperado aún la mayor parte de las especies que resultaron afectadas.

Se trata de un régimen público lo cual viene completar y modificar la regulación tradicional sobre responsabilidad civil de los Estados Miembros no pueden abarcar ni dar respuesta a las principales variantes y singularidades que se plantean en los casos, con frecuencia muy complejos, de daños ambientales.

Así, se trata de un régimen público lo cual viene completar y modificar la regulación tradicional sobre responsabilidad civil de derecho interno, porque:

a) El nuevo régimen de responsabilidad ambiental se dirige a la prevención y reparación de determinados daños ambientales autónomos o públicos, como son los que afectan a las especies y hábitats naturales, a las aguas y al suelo;

b) Con el sistema de responsabilidad establecido por la Directiva 2004/35/CE se trata no solo de reparar sino de prevenir los daños ambientales, lo cual no responde a la concepción tradicional de la responsabilidad extracontractual, en cuanto que a nota característica de la misma, tanto la de carácter civil como administrativo, se ha considerado siempre que radica en la efectiva producción de un daño que debe ser objeto de reparación<sup>22</sup>;

c) El régimen que introduce la Directiva 2004/35/CE tiene por objeto suplir las insuficiencias del sistema tradicional de responsabilidad civil para reparar los daños ambientales, porque en virtud del principio “quien contamina paga” pretende que la responsabilidad por los daños al medio ambiente, o por la amenaza de que los mismos se produzcan, recaiga sobre el responsable de la actividad productora del daño, y establece además que dicha

---

<sup>22</sup> La Directiva amplía el ámbito de la responsabilidad a la prevención de los daños, que se configura como un deber del operador en virtud del cual “cuando aún no se hayan producido los daños medioambientales pero exista una amenaza inminente de que se produzcan, el operador adoptará, sin demora, las medidas preventivas necesarias” (art. 5).



responsabilidad sea de carácter objetivo, lo que significa que su fundamento se radica en el riesgo generado por la actividad que se desarrolla, por lo que no es preciso que concurra dolo, culpa o negligencia para que surja la responsabilidad;

d) El régimen comporta importantes innovaciones de carácter procedimental y de legitimación respecto a los sistemas tradicionales de responsabilidad extracontractual.





## **El derecho ambiental comunitario, la Protección de la fauna y su aplicación por parte de los países miembros de la Unión Europea.**

Francesca Bernabei Mariani<sup>1</sup>

**Resumen:** El artículo trata del derecho ambiental comunitario, o sea del derecho ambiental compartido entre los 27 países de la Unión Europea, un organismo supra nacional que se creó en el año 1957, contando con solo 6 países, como respuesta a la crisis y la devastación que quedaron después de los dos conflictos mundiales. Este organismo ha venido creciendo con el pasar de los años, no solo en sentido numérico, sino también en atribuciones; la Unión Europea

---

<sup>1</sup> Jurista ambientalista, actualmente trabaja por su cuenta en Bélgica y colaborando con un centro de rehabilitación de fauna silvestre reconocido por el Gobierno, Birds Bay, La Hulpe, Bélgica. Ha sido una de los fundadores de la Ractes, Red Argentina por el Combate al Tráfico de Especies Silvestres en el año 2003. Colaboró con el Vice Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación en la elaboración del reglamento para los zoológicos de Bolivia, con el Senado de la República de Bolivia, comisión de Ciencia y Tecnología y con la Cámara Legislativa del Distrito Federal (Brasil).

ahora tiene muchas competencias que antes le correspondían a cada país miembro. La consigna es la de uniformar cuanto mas los sistemas legales y fiscales de cada Estado; sin embargo cada país mantiene su soberanía así como el poder de decidir por si mismo en ciertas cuestiones muy delicadas.

Para que exista un derecho ambiental efectivo, es necesario que existan políticas ambientales y que por parte de cada país haya la voluntad de hacerlas realidad; si bien observamos una mayor conciencia ambiental, gracias a la educación y sensibilización, lamentamos al mismo tiempo el rápido degrado ambiental en el mundo entero y por lo tanto la necesidad de encararlo sin perder tiempo.

Asumir que el problema ambiental no reconoce las fronteras políticas de los países y por lo tanto aceptar el hecho de legislar juntos es un grande logro; sin embargo el derecho ambiental comunitario es todavía un derecho muy joven, por lo que carece de mecanismos de fiscalización a nivel europeo y su aplicación en concreto depende de la voluntad de cada país miembro. Por supuesto existen mecanismos de control y denuncias, de lo que justamente tratamos en el presente trabajo, así como las sentencias de la Corte, que demuestran una siempre mayor sensibilización al problema ambiental; sin embargo falta todavía mucho camino para hacer y en varias oportunidades todavía el interés ambiental sucumbe al interés económico.

Entre la prioridad para el final del decenio, la lucha a las especies introducidas (y por ende al tráfico), la restauración de los ambientes naturales deteriorados, la mejora de la calidad del agua, del aire, del sol, del medio ambiente en general, la disposición de los residuos.

Participar al desafío es un deber de cada ciudadano; por un lado cada un de nosotros puede y debe escoger un estilo de vida mas respetuoso del medio ambiente, por el otro cada un tiene todos los instrumentos, derecho y deber de hacer denuncias toda vez que perciba una infracción ambiental, perpetrada por parte de otros ciudadanos, empresas o poderes públicos.

## **1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO AMBIENTAL.**

El derecho ambiental nació con la adopción de las primeras políticas públicas de protección del medio ambiente al inicio de los años 70 en todo el mundo.

Hoy el derecho ambiental es el conjunto de los instrumentos jurídicos destinados a regular el impacto del desarrollo científico, económico y técnico en la naturaleza y en el hombre.

Su función es de actuar en las causas de destrucción del ambiente y también en sus consecuencias.

En lo que se refiere a las causas de destrucción, actúa en la prevención de las diferentes formas de polución de los lugares naturales, prevención de la destrucción de la biodiversidad, reparación de los danos generados. El derecho ambiental por su naturaleza debe actuar en los mecanismos socio-económicos que se sitúan al origen de cada riesgo y al origen de los posibles daños causados por la industria, los transportes, los asentamientos urbanos y la agricultura intensiva.

En lo que se refiere a las consecuencias, el derecho ambiental debe proteger los objetivos que están en peligro, mirando al hombre y a la naturaleza en su conjunto. Aquí entra en conflicto muchas veces con otra ramas del derecho preestablecido, porque el derecho ambiental no solo toca el tema de la protección ambiental, sino también la cuestión de cómo se sitúa el hombre en relación a este ultimo, considerando que el individuo es al mismo tiempo lo que provoca el daño y también la victima de la degradación ambiental.

Van unos ejemplos: el utilizo del amianto en muchos edificios europeos en los años 50 causo' e sigue provocando una grave contaminación al ambiente y así' mismo graves danos a la salud humana (muchos casos de cáncer especialmente a los pulmones). Ha dado lugar a varios procedimiento legales de derecho laboral, por parte de los trabajadores que han sido colocado a contacto directo con este material súper toxico sin ningún tipo de aviso acerca de su peligro ni equipamiento físico que permitiera protección.

La polución de las aguas superficiales hasta puede no tener consecuencias directas en la salud humana, pero si causa pérdidas gravísimas a la biodiversidad. El uso masivo de pesticidas en la agricultura determina contaminación ambiental, riesgos para la salud pública, pérdida de la biodiversidad (causa principal de amenaza de los rapaces europeos) y también es lesiva del derecho del consumidor. Esto para dar una idea de la complejidad del tema e de la necesidad de tener una visión horizontal y holística del mismo.

A nivel europeo, observamos tres “olas” de normas ambientales, que corresponden a momentos en que graves acontecimientos despertaron la conciencia ambiental del ciudadano europeo.

La primera interesa básicamente las emisiones nocivas de los vehículos a motor que tuvieron un boom después de las guerras mundiales, cuando se evidenciaron graves daños por la salud pública; sin embargo la sensibilidad ambiental fue luego dejada de un lugar con la crisis petrolífera, fin de los años 70.

La segunda ola se verifica en la segunda mitad de los años 80, después de haber asistido al drama de Seveso, 1982, Italia, que generó la directiva Seveso y otras graves catástrofes industriales en el mundo: Bhopal en 1984, México en 1985 et Tchernobyl en 1986 y el descubrimiento del agujero de ozono encima del Antártica, hasta llegar a la Declaración de Río en 1992.

Luego otro periodo de apatía para llegar a una nueva sacudida a partir de los años 2000.

## **2. LA NATURALEZA DEL DERECHO COMUNITARIO AMBIENTAL.**

El Derecho Ambiental Comunitario es el conjunto de normas de varios tipos que han sido adoptadas por los Estados miembros de la Unión Europea (27 países al momento).

Es un derecho regido por el principio de la subsidiariedad entre la UE e los países miembros, o sea compartido entre cada uno de los países y la UE en su conjunto.

El art. 176, el Tratado introduce el principio de la cláusula mínima.

Otros principios en que se basa son:

- acción preventiva considerando la naturaleza del daño ambiental
- “quien contamina paga”: al inicio era solo una manera de exigir la reparación, hoy es un esfuerzo para interiorizar el costo ambiental en cada calculo económico, sea a nivel de prevención que de reparación.
- integración de la cuestión ambiental a todas las políticas sectoriales
- precaución, enunciado a Río por la primera vez.

Es un derecho débil, siendo que se enfrenta con obstáculos de orden político y económico; por un lado hay los estados que no quieren renunciar a su soberanía, por otro hay los grandes intereses económicos de las varias categorías. La mayor parte de las reglamentaciones europeas en tema ambiental siempre demoran mucho tiempo para que sean ejecutadas y encuentran la resistencia de los aparados burocráticos de cada país de la Unión.

Así como se encuentra al estado actual, este derecho no tiene la fuerza suficiente a permitirle de enfrentar los grandes desafíos ecológicos y sanitarios del siglo XXI (OMG, gripe aviaria, calentamiento global, etc.

Todo empezó con el Tratado de Roma de 1957 que ha dado inicio formal a la Unión Europea a seis (modificado luego parcialmente por el Tratado de Maastricht del 1992), en el contexto de destrucción generado por la segunda guerra mundial, en el tentativo de evitar un conflicto parecido en un futuro próximo y así mismo en la necesidad de levantar las economías de los países después de la guerra por medio del libre intercambio económico entre los países miembros.

Uno de los pilares bases es la PAC, Política Agrícola Comunitaria que en su origen debía “aumentar la productividad agrícola desarrollando los avances tecnológicos, asegurando un desarrollo racional de la producción agrícola así como un uso óptimo de los factores de producción, la mano de obra”. Luego la PAC se convertirá en el mayor tema de contencioso con los países terceros así como una de las principales causas de uso fraudulento de los fondos comunitarios.

Los agricultores reciben compensaciones por la mejoría de los espacios naturales de su propiedad.

### **3. VENTE ANOS DE POLÍTICA COMUNITARIA AMBIENTAL.**

A nada sirve un derecho ambiental comunitario si cada país no abraza la política ambiental

Hoy en día contamos 20 años de políticas comunitarias ambientales, cuyos instrumentos son:

programas, obligaciones de resultados, obligaciones de medidas, instrumentos financieros, acciones comunitarias para el Medio Ambiente y el nuevo Programa de Acción.

El *Primer Programa de acción* de la Comisión por la protección del medio ambiente es del 1972, una Declaración del Consejo (J.O.C.E. 1973 C.112) que fija el principio de prevención e el principio de quien polue paga.

El segundo Programa prolonga el primero del 1978 al 1983.

El tercer Programa 1983-1987 exige que la política ambiental se tome en cuenta cuando se elaboran las otras políticas sectoriales (energías, transportes, agricultura, desarrollo regional) para ver la dificultad de rendir aplicables los principios adoptados.

El cuarto Programa 1987-1992 (adoptado con una Decisión del Consejo) subraya la necesidad de proteger los recursos naturales (agua, sol, biodiversidad, florestas) y de reforzar las medidas preventivas.

El quinto Programa, 1992-1997 prolongado hasta el 2002 trata de desarrollo sostenible, toca el problema del cambio climático y introduce por la primera vez los instrumentos financieros de gestión del medio ambiente. Declara la necesidad de integrar la política ambiental en las otras políticas sectoriales.

El sexto Programa que rige hasta el momento presente tiene como prioridad la lucha contra el calentamiento global, la actuación del Protocolo de Kyoto e la reforma del sistema de las subvencione comunitarias que provocan impactos negativos a nivel ambiental.

Estos programas no gozan de ninguna fuerza jurídica, no pueden constituir la base de decisiones jurídicas oponibles en caso de falta de cumplimiento; además dichos programas

Han sido adoptado por medio de simples resoluciones, que son actas que no pasan por el aval del Parlamento causando así' un vacío democrático, cosa que ha sido corregida en 2002 con las reformas introducidas por el Tratado de Maastricht.

*Las Obligaciones de resultados* es una obligación de tipo general acerca de la inocuidad y seguridad que se ponen directamente a los países miembros e indirectamente a los actores económicos.

Hay normas de polución con respecto al valor límite de las sustancias que pueden contaminar ar, sol, alimentación, agua potable e aguas corrientes y concentración máxima admisible de sustancias peligrosas en los residuos líquidos y gaseosos.

Hay normas de seguridad e higiene con respecto a protección contra rayos, concentración máxima de sustancias peligrosas en la alimentación humana y de los animales, calidad de los productos, con respecto a resistencia al fuego, reciclabilidad, cantidad de material no reciclable utilizado, etc.

*Las Obligaciones de medidas* se encuentran necesariamente en todas las reglamentaciones comunitarias. Se trata de establecimiento de planes e programas destinados a mejorar la protección del ambiente, con una visión global al conjunto del territorio, de autorizaciones previas y obligatorias de funcionamiento, del rechazo de sustancias que son potencialmente peligrosas antes que puedan entrar en los ciclos de producción y transformación, de los intercambios de derechos de emisión de sustancias que inquinan.

Tenemos también en esta categoría los estudios previos de impacto ambiental, los métodos de análisis e de detección de los poluentes, la zonación del riesgo, las nomenclaturas a colocar en los productos peligrosos, la certificación ambiental para los productos (Ecolabel) y para las instalaciones (Eco-Audit).

*Los Instrumentos financieros* permiten la realización de planes y proyectos de protección del medio ambiente; en 2004 el presupuesto

europeo para la protección del medio ambiente era de 300 billones de Euro, equivalente a 0.3% del total.

*Las Acciones comunitarias* para el Medio Ambiente son proyectos puntuales muy importantes.

En 1973, el Reglamento 1973/72 creó un verdadero instrumento financiero por el medio ambiente, LIFE.

Se consagran en 1993 68.8 Billones de Ecu para 42 proyectos.

Son proyectos de protección de las especies, de la naturaleza en general, de rehabilitación de biomas que han conocido una fuerte contaminación, de mejoramiento del ambiente urbano, programas de apoyo a las especies de fauna silvestre que más se encuentran amenazadas.

Hubo luego un LIFE II que benefició especialmente Italia y España.

LIFE III para el periodo 2000/2004 distribuyó 640 billones de Euro

para 94 proyectos; LIFE III ha sido prolongado esperando la nueva programación 2007/2013;

Hasta mientras tenemos LIFE NATURE, 77 proyectos para 18 países miembros, tratando especialmente de áreas protegidas.

Existe también un Fondo Europeo para la Pesca (FEP), 4.9 billones de Euro por el periodo 2007/2013 para financiar el reciclaje de las flotas pesqueras en excedencia y el desarrollo de piscicultura para compensar la reducción de la diversidad hídrica gravemente amenazada por la pesca sin control.

El nuevo *Programa de Acción* se llama: "Ambiente 2010: nuestro futuro, nuestra elección". Sus objetivos prioritarios son:

- cambio climático
- conservación de las especies e de sus hábitats. Particular preocupación manifestada con el problema de las especies introducidas
- relaciones entre problemas ambientales y de salud pública. Programa REACH, registro de evaluación y autorización de sustancias y preparados químicos
- conservación de los recursos naturales y manejo de los residuos.

No existe hasta ahora un verdadero instrumento de control de la utilización de estos fondos, el control es aleatorio porque no existen mecanismos de control a nivel comunitario.

#### **4. LAS INSTITUCIONES EUROPEAS Y SUS COMPETENCIAS EN TEMA AMBIENTAL.**

La Unión Europea no es un Estado Federal, tampoco es una Confederación de países; es una nueva estructura supra nacional en evolución durante 50 años. El Tratado que la instituye, fuente primaria de derecho, se apoya en muchas otras leyes (Directivas, Reglamentos, Decisiones) que tienen efectos en los países miembros. Cada acto es el resultado de las decisiones tomadas por el triángulo institucional.

El Consejo, que representa cada Gobierno Nacional, tiene poder ejecutivo que comparte con el Parlamento bajo el esquema de la co-decisión (1992, Tratado de Maastricht);

El Parlamento, que representa todos los ciudadanos, porque sus miembros han sido elegidos en cada país. Tiene poder de supervisión y participa al proceso decisional.

La Comisión, órgano ejecutivo, un cuerpo independiente compuesto de los miembros de cada país y representativo de todos los intereses.

Las otras instituciones son: el Comité' de las Regiones, la Corte de Justicia de Luxemburgo, la Agencia Europea por el Ambiente, las otras agencias, el Forum consultivo europeo IMPEL, la Red Europea para la Implementación y Refuerzo del derecho ambiental, el Foro Europeo de Jueces expertos en temas ambientales.

Para completar el elenco, tenemos, mismo sin competencia en tema ambiental:

el Tribunal de Cuentas que controla como ha sido gastado el presupuesto europeo en cada voz, el Comité' Económico e Social que representa varios grupos de interés y sirven de apoyo a los trabajos del Consejo, el Banco Europeo de las Inversiones (BEI) que otorga préstamos para programas de desarrollo y el Banco Central Europeo, responsable del manejo del Euro y de la política monetaria.

Una mención a parte merece el Defensor del Pueblo (desde Maastricht 1992), que actúa como intermediario entre el ciudadano y las autoridades de la UE; su misión es recibir e investigar denuncias de individuos, empresas y organizaciones de la UE, por parte de cualquier ciudadano. Este órgano es elegido por el Parlamento durante 5 años, es completamente independiente y puede realizar investigaciones mismo por su iniciativa. Ayuda a detectar casos de mala gestión por parte de los órganos de la UE, ver especialmente:

Injusticias, discriminaciones, abusos de poderes, falta o denegación de informaciones, retrasos innecesarios, procedimientos incorrectos.

La *Comisión Europea*, órgano independiente de cada país miembro, se considera como la guardiana de los Tratados., para que todas las reglamentaciones adoptadas por Consejo y Parlamento sean implementadas en cada país. Esta dividida en 36 Direcciones Generales. Con su Dirección General II, Medio Ambiente, y las otras que se ocupan de temas relacionados (industria, agricultura, transportes, energías, políticas regionales), ayudada por diferentes comités científicos, 300, que reúnen los expertos europeos para ayudar en la toma de las decisiones. La Comisión Europea es responsable por la aplicación del derecho ambiental en los 27 países de la Unión; ejerce su control en varias maneras:

- promueve sus propios estudios
- investiga quejas por parte de los ciudadanos
- analiza peticiones que llegan del Parlamento Europeo
- utiliza reportes presentados por estados miembros lamentando violaciones de las leyes o alguna irregularidad
- detecta vacíos legales en el derecho ambiental comunitario.

Cuando alguna de sus investigaciones detecta una falla en el respecto de la ley comunitaria por parte de un Estado miembro, inicia un procedimiento contra el país en cuestión. Hay varios tipos de infracciones por parte de un país miembro:

- falta de comunicación, cuando un país miembro no ha adoptado en el tiempo establecido por la ley una Directiva comunitaria o la ha adoptado sin comunicarlo a la Comisión

- caso de non conformidad, cuando la Directiva no ha sido implementada conforme al espíritu de la norma
- mala aplicación, cuando la forma esta bien, pero el Estado miembro no actúa conforme a la disposición de la norma.

En caso de violación empieza un procedimiento, Conforme al Art. 226 del Tratado. La Comisión se dirige al Gobierno del Estado Miembro con una carta formal, dándole un tiempo de dos meses para defenderse; si el Gobierno no cumple en el tiempo concedido o su defensa no es suficiente, La Comisión puede concederle una segunda oportunidad durante otros dos meses. Luego el caso pasara' a la competencia de la Corte Europea de Justicia, si la Comisión lo considera necesario. Por ejemplo, si ve una actitud positiva por parte del país, puede decidir de no pasar el caso a la Corte, mismo que el país no cumpla todo lo pedido. La Comisión tiene el poder de decidir a su discreción, basándose en el artículo 10 del Tratado. La Corte, si es el caso, declarara' oficialmente que el Estado en cuestión no cumple. Una vez que el país es condenado por la Corte, tiene que adecuarse; si no lo hace, la Comisión puede tomar otras acciones contra el país miembro, según el dispuesto del art. 228 del Tratado. A esta altura, si el país sigue sin cumplir, la Corte colocara' una multa. El mayor esfuerzo de implementación de la norma le corresponde a cada país europeo.

El *Consejo de la Unión Europea*, toma sus decisiones con mayoría simple o calificada y en ciertos casos con unanimidad. Su aprobación es necesaria en la toma de ciertas decisiones, cuales modificaciones de los Tratados, lanzamiento de una nueva política común o entrada de un nuevo país en la UE.

El *Parlamento Europeo*, tiene un rol muy activo en la protección del ambiente. Desde 1979, sus miembros son elegidos directamente a sufragio universal por cada país y permanecen en el cargo durante 5 años. Gracias a la presión de los grupos políticos ecologistas que se encuentran en su interior, puede pedir a la Comisión iniciativas y ejercer una fuerte presión. Para conseguir estas presiones, actúa por medio de sus comisiones ambientales, de protección de los consumidores y de la sanidad pública. Recordamos en el pasado acontecimientos que lo ven

muy débil, especialmente al momento de reivindicar leyes para los derechos de los animales, sin embargo su posición se ha fortalecido enormemente con el Tratado de Maastricht.

En tema de derecho animal, el Parlamento esta luchando por el bando a la importación de los productos y derivados de foca, ya dispuesto con ley nacional por Francia, Italia, Bélgica, así como por prohibir la entrada de pieles de animales silvestres capturados en la naturaleza con trampas. A partir del 2008 vetara' la entrada de pieles de perros y gatos que llegan de la China. Sigue en la lucha por la protección de los animales utilizados con fine científico.

Todas las cuestiones escritas permiten a los parlamentarios europeos de introducir la discusión a nivel comunitario de cuestiones de carácter nacional, que de otra manera nunca serian discutidas, netamente con respecto a violaciones de reglamentos y normas ambientales, llevadas a la atención de este órgano por medio de denuncia de las asociaciones ambientalistas de los países miembros.

El *Comité' de las Regiones*, que contribuye al proceso decisióal europeo e fornece ideas y reflexiones muy pertinentes en cuestiones de protecci3n del ambiente y de sanidad publica.

La Corte de Justicia de Luxemburgo, compuesta por un juez de cada pa3s miembro,

que esta tomando un rol cada día mas fuerte e importante en materia de aplicaci3n de las normativas europeas en tema ambiental y tiene la atribuci3n de resolver los conflictos entre los pa3ses miembros y la Comisi3n cuando por ejemplo se adoptan medidas nacionales unilaterales y discriminatorias. Tiene una funci3n de árbitro en las cuestiones econ3micas y ambientales en el marco de un derecho sobra nacional que ella misma trata de fortalecer día por día. La jurisprudencia que esta Corte emana refleja el deseo de hacer reales los principios básicos de la Constituci3n Europea, entre ellos evidentemente el derecho a un ambiente salubre. Lastimosamente casi siempre prevale el interés econ3mico, sin embargo la jurisprudenza es la prueba hoy en día de una atenci3n siempre mayor al problema ambiental.

La *Agencia Europea para el Ambiente*, Copenhague, Dinamarca, creada con un reglamento del 1990, luego modificado en 1999, siempre

permaneciendo claro el intento de crear un reten de agencias en los países europeos que pudieran ejercer un rol de control y supervisión del ambiente. Las agencias tiene el deber de fornecer a los órganos que toman las decisiones, informaciones objetivas y técnicas y fornecer las fuentes para que sea fácil averiguar las mismas.

En 2003 asistimos a una ulterior modificación del Reglamento que instituye estas agencias; esta vez se establece que cada ciudadano tiene el derecho de acceder a las informaciones manejadas por dichas agencias.....

Conforme al art. 2 sus funciones son:

- fornecer informaciones pertinentes a la Unión para la implementación de las acciones y para la protección del medio ambiente en general
- desenvolver las técnicas de previsión del riesgo ambiental a través de modelos
- armonizar los datos ambientales que circulan en la Unión forneciendo criterios de evaluación uniformes
- redactar relaciones muy técnicas acerca de la sensibilidad ambiental.

Conforme al art. 3 sus áreas prioritarias son:

- calidad del aire y emisiones atmosféricas
- calidad del agua, análisis de la polución e de los residuos líquidos inquinantes
- estado del suelo e de la vegetación
- recursos naturales y su utilizo.

Tiene personalidad jurídica y publica periódicamente los datos ambientales que son accesibles al publico (Decisión del Consejo del marzo del 1999 y articulo 255 del Tratado).

Las otras agencias, tienen una competencia indirecta en materia ambiental; por ejemplo la *Agencia Europea de Seguridad Marítima*, Lisboa, Portugal, ha sido creada en el año 2002 después del desastre ecológico Erika, para investigar sobre seguridad en el mar y contaminación provocada por buques.

La *Agencia Europea de Seguridad Alimentaria*, Parma , Italia, ha sido creada después de la crisis de la vaca loca (encefalopatía spongiforme

bovina) debida a la exportación de las harinas animales. Es responsable de todos los asuntos relacionados a la seguridad alimentaria, cubriendo todo el proceso de producción de los alimentos, “desde la explotación agrícola hasta el plato”.

En el futuro próximo la Agencia Europea por los Productos Químicos debe ser creada conforme a lo que establece el reglamento Reach que esta en elaboración.

La *Agencia Europea de Medicamentos*, Londres, Reino Unido, evalúa medicinas tanto para el uso humano como veterinario.

El *Forum Consultivo Europeo*, nació en 1997 (Decisión de la Comisión) se componía de 32 miembros que representan empresas, sindicatos, organizaciones de defensa al consumidor, organizaciones de defensa del ambiente, autoridades regionales y locales y otras personas “eminentes”. Este Forum debe ser consultado por la Comisión en cuestiones de salud pública y ambiente. Pero sus recomendaciones podían ser declaradas confidenciales por la Comisión, lo que limitaba sus funciones de informador ambiental lesionando el derecho comunitario. Así otra Decisión de la Comisión lo suprime en 2001 para que sea substituida en un futuro próximo para una mesa redonda de expertos que de sus sugerencias directamente al presidente de la Comisión.

IMPEL, la *Red Europea para la Implementación y Refuerzo del Derecho Ambiental*, es una red informal de autoridades ambientales de los países miembros; proporciona inspectores ambientales e apoya el fortalecimiento institucional.

El *Foro Europeo de Jueces expertos en temas ambientales*, es la organización de los jueces de los países miembros expertos en materia ambiental que tienen que promover el derecho ambiental.

## **5. LAS FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO.**

Las principales fuentes del derecho comunitario son los Tratados El Tratado Ceca, 1951, París- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, seguido por el Tratado CEE, 1957, Roma- Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Tenemos el Tratado Euratom, 1957, Roma- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y el Tratado, 1992, Maastricht- Tratado de la Unión Europea que modifica parcialmente el Tratado CEE del 1957. Nacen en esto contexto los tres pilares de la política comunitaria: ámbito comunitario, política exterior y de seguridad común, cooperación judicial y policial en materia penal.

Junto a los Tratados, contamos con otras fuentes de derecho: Directivas, Reglamentos, Decisiones, Resoluciones, Sentencias. Las Directivas son leyes marcos que indican los principios básicos que cada país debe recibir en sus leyes nacionales y en el tiempo establecido por la norma europea; cada país puede adoptar una norma más exigente de la norma europea, pero nunca una más blanda (principio e la cláusula mínima enunciada al inicio). Los Reglamentos son disposiciones destinadas a regular una cierta materia. Las Decisiones y Resoluciones son actos puntuales y la Sentencia es una condena por los países que no cumplieron la ley.

## **6. LAS NORMAS COMUNITARIAS EN TEMA AMBIENTAL.**

Se dividen básicamente en 7 áreas de interés:

- Aire: valor máximo permitido de contaminación atmosférica en general y por quema de residuos, etc.
- Productos químicos, riesgos industriales e biotecnología: protección de los trabajadores que utilizan sustancias tóxicas, embalajes de los productos alimentarios, dispersión de los OMG (organismos genéticamente modificados) en el medio ambiente, etc.
- Ruido: límite permitido a la contaminación acústica en las ciudades.
- Residuos: destino de los residuos en general, contaminación de las aguas por los residuos, movimiento de los residuos tóxicos entre los países de la Unión, disposición de los residuos peligrosos, etc.
- Agua: calidad del agua de superficie, del agua del mar, de las aguas corrientes, calidad del agua para el uso humano, para

producción de alimento humano e animal, calidad del agua para supervivencia de los peces, contaminación causada por productos peligrosos que acaban en el agua, etc.

- Naturaleza: protección de los biomas y de las especies, rehabilitación de los ambientes muy intervenidos, etc.
- Recepción de los principios de política ambiental; evaluación de la incidencia de los proyectos públicos y privados en el medio ambiente, participación de las organizaciones al sistema comunitario de gestión ambiental, etc.

## **7. ACCESO PÚBLICO A LA INFORMACIÓN.**

Una mención a parte merece el tema del acceso a la información ambiental; sin acceso a la información es difícil actuar en defensa del Medio ambiente. El Reglamento 1049 del 2002 garante el acceso público a los documentos de la Comisión, del Parlamento y del Consejo.

Es un derecho garantizado por cualquier ciudadano de la UE a pedir informaciones no importa en que país europeo se encuentre y a respecto de que país europeo sea el pedido; simplemente se necesita un pedido escrito y claro (art.6). El rechazo de la información debe ser justificado entro máximo 15 días (art.7); el silencio se entiende como rechazo a fruir la información, por lo que es posible iniciar una acción judicial.

La consulta en lugar del documento es la manera más fácil (art. 10), se prevé también el ofrecimiento de una copia o del envío electrónico. El envío por correo normal responde a las tarifas corrientes, sin embargo a veces el envío es completamente gratuito.

El art. 4 tutela los intereses comerciales de las personas físicas o moral, lo que puede determinar el rechazo de una información que puede ser de grande interés ambiental, como por ejemplo en el caso de una actividad que causa polución.

Tenemos también dos Directivas que tratan del acceso a la información ambiental.

La Directiva 90/313 e 2003/4 relativa al libre acceso a la información ambiental. La primera Directiva se encuentra todavía muy débil, garantizaba una transparencia mínima; pero la Convención de Aarhus, 1998, ha dado un apoyo al tema generando la segunda

reglamentación, bien mas tajante. Vale sea para los países miembros que para las instituciones comunitarias; “el poder administrativo recurre al secreto como elemento de eficiencia, mientras que el poder económico recurre al secreto industrial y comercial en razón de las reglas de concurrencia”.

Colocamos algunos dispuestos relevantes de la segunda Directiva:

Art.2. Las informaciones ambientales son las referentes al impacto ecológico, cultural, y sanitarios de las actividades económicas, así como las informaciones relacionadas a todo tipo de amenaza ambiental, especialmente planes e programas de gestión del territorio.

Art. 3.Las autoridades publicas están obligadas a colocar a disposición de todos los ciudadanos que les pidan toda información relacionada al medio ambiente, sin tener que demostrar un interés específico al respecto...La información pedida tiene que ser comunicada en un mes, excepcionalmente dos meses. La fruición de la información puede ser en forma informática o en cualquier otra forma, pero la autoridad tiene que facilitar su circulación.....

Art. 7. Los países miembros están obligados a publicar con regularidad todas las informaciones disponibles en material ambiental, activamente y de una manera sistemática...

Sin embargo hay varias cosas a considera, por ejemplo, una Sentencia de la Corte en 2003, a seguimiento de una solicitud de un parlamentar europeo que había pedido a su país informaciones acerca de OGM. Su pedido de información fue rechazado, considerando que OGM no entra en la categoría de información ambiental, y la Corte confirma esta interpretación en sentido restrictivo.

El articulo 3 establece también las derogatorias por defensa nacional, secreto industrial y comercial, varias deliberas de los gobiernos nacionales. Esto es muy delicado.

## **8. PROTECCIÓN DE LA FAUNA.**

La Legislación europea no es nada original, obedece a una limitada visión de protección zonal y de conservación de las especies amenazadas que evidencia una concepción muy simplificada y fragmentada de la

conservación; no existen por ejemplo parques con estatuto de parque europeo ni parques transfronterizos.

La Directiva 43 del año 1992, Conservación de los Hábitats Naturales y de sus Flora y Fauna es una de las normas europeas más importantes.

Exige que los Estados miembros protejan la flora y la fauna (no trata de las aves porque hay la otra Directiva), así como sus hábitats y reserven zonas especiales para que formen parte de la red NATURA 2000 de espacios protegidos. Esta red se basa fundamentalmente en contratos firmados con socios locales, por ejemplo los representantes electos y los propietarios y administradores de suelos. Jurídicamente se legitima en el art.130 del Acto Único y en la necesidad de proteger la biodiversidad.

Las listas de los espacios protegidos deben ser hechas por cada Estado pero siguiendo los criterios técnicos y científicos indicados en el Anexo 3, mientras que el Anexo 1 tipifica los varios hábitats naturales y el Anexo 2 tipifica los hábitats de las varias especies.

La Comisión también establece con el acuerdo de los varios países una lista de lugares de interés comunitario. Las especies animales y vegetales incluidas en el Anexo 4 gozan de protección total; no se permite alguna forma de molestia, ni la caza (art.12 e 13), la comercialización de las especies está prohibida (art.2). Actividades de caza, coleta, pesca pueden ser practicadas, pero en forma reglamentada por las especies incluidas en el anexo 5 y compatibles con los principios de mantenimiento de la viabilidad de la población (art. 14). El Anexo 6 enumera las técnicas de capturas prohibidas.

Pero el art. 16 prevé la posibilidad de derogatorias por parte de los países miembros, por ejemplo en caso de especies nocivas; documentos especiales deben ser enviados a la Comisión para justificar el pedido de deroga (art. 16).

Y por fin, la Directiva puede ser modificada solo con mayoría del Consejo y bajo solicitud de la Comisión (art.19).

Dichas zonas de conservación son interesadas por medidas especiales de protección por medio de planes de gestión cuya finalidad es evitar el deterioro ambiental, el deterioro por intervención externa y

la caza no reglamentada (art.6). Sin embargo no se excluye que algunos sitios puedan ser clasificados en manera diferente en caso por ejemplo de un interés económico o de proyectos de interés público, ver la construcción de una autopista; no se pueden tocar de toda manera los sitios de interés prioritarios (art.6).

Las especies incluidas en el Anexo 4 gozan de protección total.

Los casos de conflictos de intereses no faltan: La Comisión Europea ha permitido la construcción de una industria aeronáutica en una zona Natura de Francia y un dique en otra zona Natura de Alemania, jugando en el primer caso el puro interés económico, en el segundo prevaleciendo la necesidad de seguridad por los pobladores.

Las mayores oposiciones se encuentran entre los agricultores, ver el poder que tienen en Francia, así' como las grandes organizaciones de cazadores.

Quien no cumple: Italia ha sido condenada por la Corte de Justicia por un proyecto de construcción de un dique, no realizado, en un curso de agua donde vive la nutria europea.

Italia, Francia, Portugal, Alemania ya habían sido condenadas por no haber recibido en el derecho nacional la Directiva, Francia también por no haber reglamentado a nivel nacional el obligo de los estudios de impacto ambiental.

En 1998 Francia, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Finlandia, Irlanda, Dinamarca, Grecia, han sido condenadas por no haber designados los sitios Natura 2000.

Siendo que la mayoría de los países seguían con sus retardos en la designación de los espacios Natura 2000, la Comisión decidió' en 2000 como medida de emergencia de restringir la fruición de los fondos estructurales al respecto de la Directiva Habitat por parte de los países miembros. Esto si es un medio de presión!

*La Directiva 409 del 1979, Conservación de las Aves Silvestres*, es la segunda grande oportunidad que tenemos para preservar nuestras valiosas especies y sus ambientes naturales. Los países de la UE establecen zonas especiales de protección para las especies amenazadas y migratorias. Estas zonas también están integradas en la red NATURA 2000. La Directiva prohíbe todas las actividades que supongan una

amenaza para las aves, como la destrucción de los nidos o la sustracción de huevos. Limita la caza, lejos pero de impedirlo; planes de acciones promueven la recuperación de las especies más amenazadas.

Se aplica a todas las especies de aves, migratorias y no.

Textualmente dice al respecto: “en razón de las poblaciones (de las aves), de su distribución geográfica y de su tasa de reproducción en el conjunto de los países comunitarios, algunas especies de aves pueden ser objetos de caza”.

La Corte reconfirma en 2003 con una sentencia que “la caza no está prohibida, simplemente reglamentada”.

Es la Directiva más conocida, sin embargo una de las más violada, fuente de continuos conflictos entre los cazadores y las asociaciones de conservación y protección de los animales.

Para darle una legitimación jurídica a nivel comunitario ha sido necesaria una interpretación extensiva del art. 235 del Tratado de Roma que extiende las reglas de la libre circulación de las mercancías a las aves migratorias.....

La Directiva contiene Anexos:

- Anexo 1: contiene la clasificación de las especies raras y amenazadas por las cuales es necesario conservar sus hábitats (art. 4); mismo así ciertas especies pueden ser cazadas en algunos de los países miembros (art. 3).
- Anexo 2: distingue las especies que se pueden cazar en todos los países de la UE y las que se pueden cazar solo en ciertos países, considerando mucho las costumbres locales.
- Anexo 3: establece normas restrictivas para la comercialización de ciertas especies.
- Anexo 4: indica las maneras de captura de las aves que están prohibidas.

Esta son las Reglas generales de protección, a través de las cuales la Directiva garantiza la protección de las especies:

- Se trata de proteger, manejar y regular las especies de aves silvestres mencionadas en la Directiva (art. 1).

- Se trata de mantener las poblaciones de todas las especies de aves en función de los conocimientos científicos disponibles y tomando en cuenta “las exigencias económicas y recreacionales” (art.2).
- Se trata de permitir la caza hasta mientras se haga “una utilización racional y una regulación equilibrada del punto de vista ecológico para las especies de aves afectadas por la caza” (art. 7).
- Se trata de proteger los espacios: cada país esta obligado a establecer una red de zonas de protección especial, considerando las exigencias de las aves migratorias también (Zico); estas zonas deben estar libres de contaminación y de intervención que puedan deteriorar su estado natural. Se reserva una atención especial a los humedales que no son suficientemente representados (en 2003 Zico por 4.700.000 hectáreas, solamente 119 zonas húmedas por un total de 934.141 ha).
- Se trata de proteger las especies en tres maneras:

- 1) Restringiendo la comercialización de ciertas especies (art. 2), operando así una excepción al principio de libre circulación.
- 2) Restringiendo el periodo de caza, que no puede ser abierto durante el periodo de la reproducción, del inicio a la fin y en caso de las aves migratorias durante su viaje de vuelta (art. 7).
- 3) Restringiendo los instrumentos de captura y caza (art.8).

Con respecto a la aplicación de la Directiva Aves Silvestres: Italia, Bélgica y Francia han sido condenadas varias veces por falta de transposición a tiempo de la norma comunitaria, por no respetar los periodos de veda , por no respetar integralmente las zonas destinadas a la protección.

España también condenada varias veces por no respetar zonas de protección. Por otro lado la Corte ha permitido que la línea del TGV pasara en una zona de humedales en Francia (aquí haciendo prevalecer intereses económicos), que un dique de protección afectara otra área en Inglaterra.

## **9. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA.**

La Decisión marco 2003/80 proponía la protección del medio ambiente a través del derecho penal; en otras palabras, los Estados Miembros debían tomar las medidas necesarias para calificar como infracciones penales en su respectivo derecho nacional las infracciones ambientales y punirlas con normas penales efectivas, proporcionadas y disuasivas, que incluyan, por lo menos en los casos mas graves, penas privativas de la libertad, que puedan dar espacio también a la extradición si fuera el caso. Esto hubiera sido realmente un grande avance en tema de protección del medio ambiente. Lastimosamente esta Decisión fue anulada en el año 2005; la Comisión Europea llevo' por la primera vez el Consejo frente a la Corte de Justicia porque la materia penal es competencia de cada país miembro. Para tomar una decisión de tal envergadura es necesario contar con la participación del Parlamento en el proceso. Por lo tanto hoy en día la penalización del derecho ambiental depende de la voluntad y del compromiso de cada país miembro.

## **10. EFECTIVIDAD DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO AMBIENTAL.**

La protección de la naturaleza es objeto del 42% de quejas en materia ambiental (580), seguidas por quejas en materia de residuos (249) y calidad del agua (156). Registramos 11 denuncias en 1984, 460 en 1989, 600 en 1998, 1032 en 2004, de las cuales 604 llegaron a la Comisión del exterior!

Normalmente son las asociaciones ambientales que representan sus denuncias; Alemania, Francia, Italia, España, observamos falta de cumplimiento por parte de dichos estados versus una buena movilización de las asociaciones ambientales de estos países y la facilidad de circulación de las informaciones ambientales.

Colocamos ahora unos ejemplos. En Junio 2000, la Grecia fue condenada por no haber respetado la transposición de la Directiva 92/43 destinada a proteger la tortuga *Caretta Caretta* en la Isla de Zante, zona NATURA 2000.

En el año 2002, registramos el record de infracciones. La Comisión empieza 10 procedimientos contra los países que no respetan la Directiva de las emisiones atmosféricas permitidas, 4 procedimientos por el non respecto de la Directiva de evaluación del impacto ambiental, 9 por el non respecto de la Directiva Hábitat e Aves Silvestres.

En el año 2004 registramos 4 procedimientos de infracciones por los países que no han respetado las medidas de seguridad marítima, conforme a la Directiva emanada después del desastre Erika.

En el mes de Junio de 2007, la Comisión inicia una acción legal contra 11 países miembros porque no habían destinado espacios suficientes en áreas protegidas para las especies de aves migratorias y en peligro, violando de esta manera la Directiva Hábitat y la Directiva Aves Silvestres. La Comisión lleva frente a la Corte de Justicia Austria, Alemania e Polonia e manda la primera comunicación escrita para otros 8 países ( Cipro, Republica Ceca, Eslovaquia, Hurgaría, Latvia, Lituania, Malta, Eslovenia). Respetar la Directiva es de suma importancia considerando que la Unión Europea tiene como objetivo prioritario para el 2010 el control y la reducción de la perdida de biodiversidad.

## **11. CLASIFICA DE LA VERGÜENZA, DATOS OCDE, 2005.**

España (estudio de impacto ambiental, protección de hábitat, especialmente con respecto a la realización de nuevas autopistas), Italia (gestión de los residuos, calidad del agua, aves migratorias) y Grecia (un poco de todo) son los menos respetuosos, seguidos a breve espacio por Francia (protección de la naturaleza, calidad agua, gestión de residuos), e Alemania (calidad del agua, gestión de residuos, aves migratorias). Siguen Bélgica (calidad agua, gestión residuos, aves migratorias) e Reino Unido, cuya situación es aun mas grave, considerando sus mejores situaciones económicas.

España tiene leyes fragmentadas de derecho ambiental, lo que dificulta más la aplicación del derecho, además de tener la cuestión de

las Autonomías Regionales. Francia cuenta con un Código Ambiental, lo cual no es un verdadero código, sino una compilación sistemática de normas, lo que no hace grande diferencia. Sin embargo, el maltrato y la matanza de animales es pasible de multa y reclusión, siendo que desde el 2002 esta incluido en el Código Penal. En Italia se lucha por un proyecto de Ley Ambiental que abarque todos los temas y que deje a las provincias la posibilidad de interpretar en manera mas restrictiva la norma, pero no en manera más blanda. Hasta ahora contamos solo con la penalización del maltrato y matanza de animales, conforme la Ley 189 del 2004. Dinamarca es el país más respetuoso. Luego viene Suecia que cuenta desde el 1969 con una Ley Nacional de Protección Ambiental, la cual prevé responsabilidad penal.

## **12. VIOLACIONES DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE DE JUSTICIA.**

Bélgica fue condenada varias veces, Italia dos veces, en 2002 y en 2003 por la violación de la Directiva Aves y Hábitat. Alemania fue condenada también. Francia fue condenada en 2005 por no respetar la moratoria en tema de pesca establecida para reconstituir las reservas hitticolas; la falta de respecto por la sentencia determina una multa de 20 billones de Euro, un acontecimiento histórico y un buen antecedentes.

El Art. 228 del Tratado de Maastricht institucionaliza la adopción de “penalidades financieras” y la Comisión sugiere que se asocie por extensión al valor de la multa un monto extra por cada día de atraso en el pago, que varia en virtud de la gravedad del hecho así como de la recidividad del culpable.

Resulta evidente que no es suficiente tener normas, tenemos que contar con la voluntad política de aplicarlas. El tiempo pasa rápido, la destrucción avanza inexorable, los intereses económicos son cada día más fuertes e globales, sin embargo cada uno de nosotros tiene en su mano los instrumentos para mejorar un poco el rumbo del mundo.

La consigna es no conformarse luchar por una realidad mejor.

## **FUENTES BIBLIOGRÁFICAS :**

- [www.eea.eu.int](http://www.eea.eu.int), **Agencia Europea de Medio Ambiente**
- [www.emea.eu.int](http://www.emea.eu.int), **Agencia Europea de Medicamentos**
- [www.emsa.eu.int](http://www.emsa.eu.int), **Agencia Europea de Seguridad Marítima**
- [www.euro-ombudsman.eu.int](http://www.euro-ombudsman.eu.int) , **Defensor del Pueblo**
- [www.ec.europa.eu/environment](http://www.ec.europa.eu/environment), **Medio Ambiente**
- [www.ec.europa.eu/environment/nature](http://www.ec.europa.eu/environment/nature), **Medio Ambiente**
- [www.ec.europa.eu/environment/legis](http://www.ec.europa.eu/environment/legis), **Derecho Ambiental**
- Animali non bestie, Gianluca Felicetti, ed. Ambiente, Milano, Italia, 2004.
- Derecho Ambiental, Mariana Valls, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- Droit Communautaire de l'Environnement, Simone Charbonneau, et. L' Harmattan, 2006, Paris.
- Guide to European Community, Dick Leonard, the Economist Book, Great Britain, 1992.
- Il cambio della ruota, Paul e Anne Ehrlich, ed. Ambiente, Milano, Italia, 2005.
- La natura nel conto, Fausto Giovannelli, ed. Ambiente, Milano, Italia, 2005.
- Rapporto ECOMAFIA 2004, PierLuigi Vigna, ed. Ecologia, Arzano (Napoli), Italia, 2004.
- Sviluppo sostenibile, Francesco la Camera, ed. Riuniti, Roma, Italia, 2005.
- Volo libero, Rino Esposito, ed. Alberto Perdisa, Bologna, Italia, 2002.

||  
—

||  
—

—  
||

—  
||



**Doutrina Nacional/  
*Brazilian Articles***





# Proteção jurídica dos animais

Silma Mendes BERTI\*

Edgard Audomar MARX NETO\*\*

**Resumo:** A proteção jurídica objetiva dos animais é reconhecida nos ordenamentos jurídicos internos e externos. Sua proteção se faz inserir no âmbito da preservação das condições naturais e culturais para a vida das futuras gerações.

**Abstract:** *The objective legal protection of the animals is recognized in internal and external legal systems. Their protection is inserted in the scope of the preservation of the natural and cultural conditions for the life of the future generations.*

**Sumário:** 1. Homens e animais. 2. Elementos de proteção. 3. Inserção problemática. 4. Novo olhar.

---

\* Professora Adjunta na Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora em Direito. Subcoordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. sm.berti@terra.com.br. Rua Aimorés, 1.631, apto. 1301 - Lourdes, 30.140-071 Belo Horizonte - MG

\*\* Mestrando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Substituto na Universidade Federal de Minas Gerais. Rua Tupis, 447, apto 403 – Centro, 30.190-060 Belo Horizonte - MG. edgardmarx@gmail.com

## 1. HOMENS E ANIMAIS

A continuidade da relação que se travou entre o homem e o animal acabou por repercutir no julgamento moral dessa condição. Cada vez mais animais são incorporados ao mundo da cultura e postos ao alcance das pessoas. Por outro lado, preserva-se o afastamento dos pólos dessa relação, derivado do desconhecimento das peculiaridades dos mecanismos biológicos de muitas espécies ou associado à atribuição do caráter místico a alguns animais.

Se a sociedade contemporânea incorporou a presença dos *pets*, a história registra um tormentoso caminho de dominação e violência do homem sobre os animais. Em passado não longínquo, alguns animais foram levados aos tribunais por *atos* que se lhe imputavam, sendo julgados como malfeitores e submetidos a penas<sup>1</sup>.

Ao lado dos animais dentre as coisas semoventes, até fins do século XIX a legislação brasileira reconhecia inserido o escravo, também objeto de direitos titularizados por outro homem<sup>2</sup>. “Simplesmente, ao passo que o escravo, mercê, designadamente, do cristianismo, se veio a emancipar, outrotanto não sucedeu com o animal”<sup>3</sup>.

Como coisas, os animais sujeitavam-se totalmente aos desígnios de seu proprietário, configurando latente conflituosidade na relação. Pela atribuição especular de características a um burro e seu dono, Machado de Assis descreve a prática de uma época:

“[...] uma carroça estava parada, ao pé da Travessa de S. Francisco, sem deixar passar um carro, e o carroceiro dava muita pancada no burro da carroça. Vulgar embora, este espetáculo fez parar o nosso

<sup>1</sup> Cf. BERTI, Silma Mendes. A condição jurídica do animal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 92, jul.-dez. 2005, p. 176.

<sup>2</sup> “Posto que os escravos, como artigos de propriedade, devão ser considerados *cousas*; não se-equiparão em tudo aos outros semoventes, e muito menos aos objectos inanimados, e porisso tem legislação peculiar” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. augm., Rio de Janeiro: Garnier, 1876, p. 35, n. 1).

<sup>3</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil Português*. V. 1 (Parte Geral), t. 2 (Coisas), 2. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 211.

Aires, não menos condoído do asno do homem. A força despendida por este era grande, porque o asno ruminava se devia ou não sair do lugar; mas não obstante esta superioridade, apanhava que era o diabo. Já havia algumas pessoas paradas, mirando. Cinco ou seis minutos durou esta situação; finalmente o burro preferiu a marcha à pancada, tirou a carroça do lugar e foi andando.

Nos olhos redondos do animal viu Aires uma expressão profunda de ironia e paciência. Pareceu-lhe o gesto largo do espírito invencível. Depois leu neles este monólogo: 'Anda, patrão, atulha a carroça de carga para ganhar o capim de que me alimentas. Vive de pé no chão para comprar minhas ferraduras. Nem por isso me impedirás que te chame um nome feio, mas eu não te chamo nada; ficas sendo sempre o meu querido patrão. Enquanto te esfalfas em ganhar a vida, eu vou pensando que o teu domínio não vale muito, uma vez que não me tiras a liberdade de teimar'<sup>4</sup>.

O burro da carroça pertencia ao carroceiro, como qualquer outra coisa que pudesse ser objeto de propriedade. Entretanto, o sofrimento do animal causa indignação, talvez por ser ele visto como a parte animal do homem (seus instintos).

Mais de um século após a publicação do texto, o direito procura soluções para garantir tratamento adequado aos animais.

## 2. ELEMENTOS DE PROTEÇÃO

Respeitar o “direito do animal” não significa tratá-lo como ser humano, significa, ao contrário, respeitar-lhe o interesse, especialmente para evitar inaceitáveis conflitos entre os interesses do homem e os interesses do animal.

É bem verdade que *petit a petit* os animais vêm conquistando alguns direitos. Diversos fundamentos contribuíram para a afirmação formal

---

<sup>4</sup> MACHADO DE ASSIS. *Esau e Jacó*. São Paulo: Globo, 1997, p. 81-82.

de proteção para os animais. Em linhas gerais, são as reflexões sobre os direitos do homem na segunda metade do século XVIII que criam condições para a ulterior atribuição de direitos aos animais

Tem-se por pioneira a determinação do *Martin's Act*, de 22 de julho de 1822, para prevenir o tratamento cruel e impróprio do gado na Grã-Bretanha<sup>5</sup>. Em França, a Lei Grammont, de 1850, proibiu maus tratos a animais em via pública. Só em 1959 se proibem os maus tratos em geral, independentemente de onde se façam.

Somente no século XX são publicados os primeiros trabalhos doutrinários sobre o assunto<sup>6</sup>. Em 1914, Henri Salt publica *Les droits de l'animal considérés dans leur rapport avec le progrès social*; em 1924 André Géraud, a partir do modelo da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, formula uma *Déclaration des droits de l'animal*. São as idéias de Géraud que, desenvolvidas, servem de base para a Declaração Universal dos Direitos do Animal, proclamada pela UNESCO em 1978.

Dois anos anterior, a lei francesa n. 76-629 reconhece ser de interesse geral “a preservação das espécies animais” (art. 1<sup>er</sup>). Define ainda, no art. 9., que “todo animal, sendo um ser sensível, deve ser tratado por seu proprietário em condições compatíveis com os imperativos biológicos de sua espécie”.

A ampliação do reconhecimento de direitos aos animais deixa aberta, com ampla margem de contestação, a possibilidade de considerá-los autênticos sujeitos de direito, titulares dessa proteção. Todavia, ao assegurar proteção e bem estar aos animais, a legislação quer, na verdade, é regular o comportamento do ser humano em relação ao animal.

No Brasil, o núcleo da regulação normativa se destina a evitar sofrimentos aos animais, principalmente pela via da tutela penal. O Decreto n. 24.645/1934 determina medidas de proteção aos animais, após definir o alcance o conceito. A Lei de Contravenções Penais (Decreto-

<sup>5</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, cit., p. 217.

<sup>6</sup> Há referências a obras anteriores acerca da repressão de crueldade contra animais, mas com prisma diverso daquele desenvolvido no século XX (Cf. VILLELA, João Baptista. *Bichos: uma outra revolução é possível. Del Rey Jurídica*, Belo Horizonte, a. 8, n. 16, 1. sem. 2006, p. 13).

Lei n. 3.688/1941) traz a tipificação como infração penal da “crueldade contra animais”, cominando pena de prisão simples de dez dias a um mês, ou multa. Carente de regulamentação no prazo previsto, restou com eficácia reduzida a lei n. 6.338/1979, que tratava da vivisseccção de animais, até que fosse revogada pela lei n. 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A proteção aos animais, definida no art. 32, visa coibir práticas de dolorosas, cruéis ou de maus tratos.

### 3. INSERÇÃO PROBLEMÁTICA

Nos últimos anos tem se desenvolvido com fôlego a discussão sobre o *locus* adequado para inserção dos animais, se ainda dentre as coisas ou já aproximado às pessoas. A oposição dicotômica das categorias não comporta com facilidade o problema. Salutar se indicar a reforma do Código Civil alemão em 1990 para fazer constar, de forma expressa, que os animais não são coisa (§ 90a), sem, contudo, os fazer inserir na categoria de pessoas.

“Não seria mais razoável melhorar a condição dos animais sem alterar-lhes o *status* jurídico que é o mesmo das coisas? Afinal, elevar o animal à classe de pessoa longe de encorajar um melhor tratamento àquele equivaleria, na prática, a reduzir esta à classe de coisas, privá-la do respeito que lhe é devido.

Então, admitir o animal na classe de sujeito de direito, ampliando-lhe a proteção, não é mais uma exigência, uma conveniência do homem que do próprio animal?”

Ainda que discutida a inserção sistemática dos animais, sua proteção objetiva possui amplas bases, em nível interno e internacional. “Nem é necessário, de resto, saber exatamente o que são os animais para reconhecer que são portadores de dignidade e lhes garantir tratamento justo”<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> VILLELA. Bichos..., cit., p. 13.

#### 4 . NOVO OLHAR

O fortalecimento dos vínculos afetivos do homem com os animais domesticados tem capacidade para oferecer soluções satisfatórias de proteção a esses animais. A relação de propriedade dá lugar à identificação do animal como companheiro, que pode aplacar a solidão de muitas pessoas ou ser inserido nos momentos de interação da vida familiar. Aqui a maior preocupação está voltada às restrições ao abandono, como expressamente no item 2 do art. 3º da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, de 1993: “Ninguém deve abandonar um animal de companhia”.

Voltar-se-ia assim, de modo mais imperativo, a proteção dos animais para aqueles que servem à experimentação científica e aos serviços e alimentação humanos.

O § 1º do art. 32 da Lei n. 9.605/1998 tipifica como crime a utilização de animais vivos em experiências dolorosas ou cruéis, ainda que científicas ou didáticas, com previsão de causa de aumento de pena se a ela sobrevier a morte do animal.

Em relação aos animais criados para consumo humano, deve ser analisada a preservação de condições de não sofrimento, afastando-se principalmente o decorrente de confinamento ou regime de engorda forçada. “Se a morte dum animal, sem sofrimento dispensável, parece adequada para fins alimentares, o seu sofrimento inútil merece a reprovação da sociedade e da cultura”<sup>8</sup>.

Ainda, a proteção dos animais se vincula também à preservação das condições ambientais para as gerações futuras, bem como sua inserção em ambiente culturalmente diversificado. Síntese dessa condição foi adição, em 2002, do artigo 20a à Lei Fundamental alemã, sob a rubrica de “Proteção do meio ambiente”: “O Estado assume também a responsabilidade para com gerações futuras de proteger as bases naturais da vida e os animais, através da legislação no âmbito da ordem constitucional, e do poder executivo e judiciário, conforme a lei e o direito”.

---

<sup>8</sup> MENEZES CORDEIRO. *Tratado...*, cit., p. 215.



Uma das possibilidades para superação do discurso de conflito entre homens e animais pode organizar-se em torno da valorização da vida, em todas as suas manifestações. Seria essa a base da inserção responsável do homem no mundo de que faz parte e que reconhece não servir à mera exploração.



# Os animais e o Direito

## Novos Paradigmas

Haydée Fernanda Cardoso<sup>1</sup>

*“Os desafios aí estão: para quando um sistema jurídico reconhecedor de direitos fundamentais da natureza? Enquanto não se consagrarem, em termos jurídicos, direitos dos animais e direitos de plantas – direitos dos seres vivos ao lado dos direitos do homem –, os ecologistas continuarão a olhar para o Direito do Ambiente como a expressão mais refinada da razão cínica.”*

J. J. Canotilho<sup>2</sup>

**Resumo:** a quebra de conceitos e a emergência de uma nova dogmática jurídica é apresentada como um importante instrumento de efetivação dos direitos dos animais, uma vez que são as bases jusfilosóficas calcadas na ética e na cultura, e estas, por sua vez, no conhecimento laico e científico, que pautam o direito, desde a elaboração das leis até a sentença.

<sup>1</sup> Bacharel em direito – UFPA; Assistente Jurídica da Associação de Produtores Rurais Agroextrativistas e Criadores de Animais Silvestres dos Municípios de Afuá e Anajás – ASPRACAMA; Assistente Jurídica dos Escritórios de Advocacia Maria Brasil de Lourdes Silva Adv. Associados; Benedito Rocha S/C e outros.

<sup>2</sup> *Apud* AYALA, Patrick de Araújo & LEITE, José Rubens Morato. *Novas Tendências e Possibilidades do Direito Ambiental no Brasil. In Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.* WOLKMER, Antônio Carlos & LEITE, José Rubens Morato (org.). São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 282.

Palavras-chave: animais; teoria jurídica; ética; personalidade.

**Abstract:** *the break of concepts and the emergence of a new law theory is presented as an important instrument to bring effective the animal's rights, therefore they are the law philosophics fundamentals based in ethic and in culture, and these, at then time, in layman and scientific knowledge, what enrolls the law, since the building of the rules until the judgment.*

*Key-words: animals; law theory; ethic; personality.*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Seres Vivos e Objetos; 3. O Tratamento Jurídico e a Ciência do Século XXI; 4. Razão e Cognição – Requisitos de Uma Personalidade Jurídica?; 5. O Direito Obsoleto e Sua Tendência Não Equitativa; 6. Conclusões; 7. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história a humanidade enfrentou diversos períodos de crise, pois ela, a crise, revela-se o conduto de desenvolvimento e crescimento, e não somente para a humanidade, mas também para os sistemas bioquímicos existentes no planeta. A crise é uma constante máxima de transformação e desenvolvimento, não devemos teme-la, devemos enfrenta-la sabendo que como resultado muito provavelmente surgirá uma mudança, um melhoramento.

Interessante é notar que tudo surge nos sistemas bioquímicos, mesmo as figuras morais, abstratas e subjetivas que nascem na mente, pois o cérebro é órgão dominante de todo o corpo que o possui, conduzindo-se este segundo a lógica de funcionamento mental, baseada em processos bioquímicos. Mesmo quando responde aos estímulos emanados do corpo, a mente controla a forma de reação e intensidade, a forma de expressão externa, sendo este princípio utilizado pelos iogues e outras filosofias e terapias que desenvolvem o controle ou o autocontrole através da mente.

Certo é que nível de domínio tão elevado, a ponto do controle voluntário da dor em alguns casos, é possibilidade exclusiva dos humanos, e dentre eles somente de alguns que o desenvolveram através do uso da razão.

O fato de que os outros animais não possuírem nível de funcionamento cerebral tal não elide a existência de sensações e

sentimentos neles, especialmente quando se tratar de sofrimento e afetividade, os faz, mais ainda, dignos de proteção.

Temos uma realidade sobre a qual vê-se uma efusão de discussões, onde chovem fundamentos e questionamentos, e onde interesses digladiam-se havendo um único real interessado: aquele que sofre, a vítima de condutas praticadas pelo homem, dignas de reprimenda adequada.

Há a necessidade de encontrar-se uma saída para a garantia da qualidade de vida a todos os seres do planeta – e não somente ao homem –, tornar-se realidade.

Na busca de uma saída racional e juridicamente possível, analisamos a realidade dos fatos, primando pela lógica pautada na interdisciplinaridade possibilitadora de uma aplicação jurídica mais equânime e uma hermenêutica mais consistente, surgindo assim, um novo padrão de ética em prol de uma mais verdadeira justiça.

## 2. SERES VIVOS E OBJETOS

A dogmática jurídica brasileira<sup>3</sup> incluiu o indivíduo animal ou a coletividade *fauna*, dentre os objetos de direito, ao traçar, no art. 82 do atual Código Civil, o conceito de bens móveis, completado no art. 83, II, do mesmo diploma, dando-lhes a denominação técnica de *bens semoventes*. Assim também, ao pô-los sob a propriedade do Estado na Lei de Proteção à Fauna, o que está superado desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, passando a *bem de uso comum do povo*, e o Estado a mero gestor, do mesmo modo que todo o patrimônio público.

O Decreto 24.645 de 1934, tem entendido doutrina minoritária, que teria feito os animais *sujeitos de direitos* em nosso ordenamento<sup>4</sup>, vez

<sup>3</sup> “*Ciência do Direito* – Também chamada *Dogmática Jurídica*, esta disciplina aborda o direito vigente em determinada sociedade e as questões referentes à sua interpretação e aplicação. O seu papel é revelar o *ser* do Direito, aquele que é obrigatório, que se acha *posto* à coletividade e que se localiza, basicamente, nas leis e nos códigos.” (NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002., pág. 10).

<sup>4</sup> “Embora sejam os Animais sujeitos de direitos com personalidade jurídica própria, de acordo com a interpretação do Dec.-lei 24.645/34, a legislação civil ainda não foi aperfeiçoada.” (RODRIGUES, Daniele Tetü. *O Direito & os Animais: Uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa*. Curitiba: Juruá, 2005, pág. 96).

que os coloca como tutelados do Estado, sendo “assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais, e pelos membros das sociedades protetoras dos animais”<sup>5</sup>, no entanto, estamos sob um sistema de direito constitucional, no qual a Carta Magna está no topo da hierarquia, portanto, muito embora este decreto tenha sido recepcionado com força de lei ordinária pelo novo sistema constitucional, não diremos que o artigo foi revogado, pois ele pode ser interpretado à luz da Lei da Ação Civil Pública, que segue a mesma lógica.

A proteção jurídica do animal na legislação brasileira é feita, segundo a doutrina, ora pela função ecológica exercida pela fauna, ora pelo sentimento de piedade do homem para com os animais, devido à capacidade de colocar-se no lugar do animal e sensibilizar-se, o que se explica pelas semelhanças biológicas e comportamentais maiores que as encontradas entre homens e vegetais ou minerais.

Neste diapasão, de acordo com a doutrina dominante, o direito ambientalista constitucional brasileiro abraçou a corrente antropocentrista, existindo ainda, doutrina intermediária, entendendo pelo caráter híbrido: ora antropocentrista ora biocentrista<sup>6</sup>.

O caráter antropocentrista está presente na proteção em função do equilíbrio ecológico, principalmente, onde “o intuito era a ‘domesticação’ do homem coligado à manutenção dos Animais como garantidores da sobrevivência humana”<sup>7</sup>, pois é a corrente de pensamento que vê o homem como centro e fim da proteção ambiental, que entende os recursos naturais (dentre eles a fauna), apenas em prol dos objetivos e bem-estar humanos.

Como bem público, semelhantemente aos demais entes ambientais, a fauna é classificada entre os *bens de uso comum do povo*, modalidade conceituada no art. 99, II, do Código Civil Brasileiro vigente, e que,

---

<sup>5</sup> Art. 2º, parágrafo 3º, decreto 24.645 de 1934.

<sup>6</sup> “Nos parágrafos do art. 225, equilibra-se o antropocentrismo com o biocentrismo (nos §§ 4º e 5º e nos incisos I, II, III e VI do §1º), havendo a preocupação de harmonizar e integrar seres humanos e biota.” (MACHADO, Paulo Affonso. Direito Ambiental Brasileiro. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005; pág. 118).

<sup>7</sup> RODRIGUES, Daniele Tetü. *Op. cit.*, pág. 95.

apesar de os bens públicos estarem sob regime jurídico próprio, dando-lhes todos os atributos de uso, gozo e fruição, inerentes ao domínio em geral, porém, com limitações próprias à sua natureza.

Inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis, tais características dos bens de domínio público não são absolutas às coisas que compõem o patrimônio do Estado, sendo condicionadas ao interesse público sobre o bem, e não apenas à sua destinação e afetação, porém, diríamos que relativamente aos animais, os quais “*são coisas que não são coisas*”, é preciso um olhar diferenciado, pois o patrimônio genético tem valor próprio (inestimável, na verdade), ou o que dizer sobre a biopirataria e o tráfico de animais, que a alimenta, é o terceiro maior do mundo?<sup>8</sup> É diferente o tratamento pelo caráter *ontológico* do *bem* (vida) e das questões éticas a ele ligadas, e, especialmente, porque muitos animais têm capacidades biopsíquicas que lhes permitem sofrer das mais diversas formas e semelhantemente ao homem.

Os *bens* faunísticos são inalienáveis, porém, acreditamos que esta inalienabilidade é limitada aos animais pertencentes à fauna silvestre, pois é perfeitamente legal o comércio de animais domésticos (apesar de não ser ético), e não apenas, é também estimulado através de feiras e exposições, no entanto, sabe-se que é ensejador de muitos abusos e crueldades. E ainda, temos um regime jurídico privado do animal no código civil, sobre o qual incide toda a teoria geral das obrigações, além do da responsabilidade civil, expressamente o art. 936, sobre a obrigação de indenizar, onde a responsabilidade é do *dono* do animal.

Numa interpretação estrita do texto civilista, entenderíamos que existem no direito brasileiro, dois regimes jurídicos sobre entes da fauna, porém, considerando a hierarquia de normas de um sistema

---

<sup>8</sup> “(...) levando-se em conta a movimentação de capital mundial de cerca de US\$ 12 bilhões anuais (valores estimativos), os traficantes de animais silvestres se sentem encorajados a praticar o tráfico de animais silvestres, passando a figurar como grandes perdedores e maiores prejudicados os animais desafortunados, que chegam a ter seus olhos furados para não enxergarem a luz do Sol, ou mesmo anestesiados para que pareçam mais dóceis. O Brasil colabora para triste estatística com 15% do movimento mundial (...).” (ELABRAS, Ricardo Bechara. *Operações de Repressão aos Crimes Ambientais: Procedimentos e Resultados*. In *Animais Silvestres: Vida à Venda*. Brasília: Dupligráfica, 2002, pág. 77)

constitucional, fica clara a impropriedade do termo *dono*, utilizado no referido artigo, vez que a proteção constitucional do animal é generalista, sendo impossível a apropriação privada do *bem de uso comum do povo*. É possível sim, o *uso* exclusivo, porém, submetido aos limites legais, pois é interesse metaindividual o bem-estar animal, nos termos da legislação vigente, e seria um contra-senso a apropriação privada, sendo ainda, uma impertinência a apropriação, o uso e o gozo sobre a vida, especialmente quando isto tem dado azo ao abuso de direitos do homem sobre os animais.

O próprio Prof. Paulo Affonso Machado adverte que “domínio eminente não traduz necessariamente direito de propriedade sobre um determinado bem”<sup>9</sup>. O que se tem no regime privado é simplesmente uma imputação de responsabilidade em caso de dano, vez que cabe à pessoa que *cuida* do animal, prover a contenção adequada com cercas e coleiras ou, no caso de dano provocado, por ter ordenado o animal que responde a comando, por exemplo.

Tanto se prova existência de um único regime jurídico sobre a fauna, que é permitido ao particular proibir a caça no interior de sua propriedade quando na região seja permitido, reservar a caça para si ou franquear a entrada mediante remuneração, quando ela seja permitida na região, mas não pode fazê-lo em épocas ou regiões onde não haja permissão, pois a fauna está sob o regime de direito público, sendo o Estado seu gestor<sup>10</sup>, e por isso a caça não é acessório do solo, segundo Clóvis Beviláqua<sup>11</sup>.

Há um grande problema, atualmente, sobre posse responsável de animais domésticos, de maneira geral, seja animais de companhia, seja animais de tração urbanos e rurais, seja animais destinados a corte, pois é comum o abuso de direitos sobre estes animais ao confundir-se a

---

<sup>9</sup> *Op. cit.*, pág. 753.

<sup>10</sup> A nosso sentir, não foi recepcionado pela Constituição de 1988 o artigo primeiro da Lei de Proteção à Fauna, que classificava a fauna silvestre como *propriedade do Estado*, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais, conquanto a Fauna ainda faça parte juridicamente, do todo ambiental, sem que com isto cada animal perca seu valor próprio.

<sup>11</sup> *Apud* MACHADO, Paulo A. Leme, *op. cit.*, pág. 765.

posse com a propriedade, sendo que, ao particular somente é permitida a *posse* sobre o animal, já que todos os entes faunísticos estão em patamar de igualdade na atual legislação pátria, e a posse não dá o direito de disposição, podendo-se então questionar a destinação dada aos animais de corte, e mesmo a animais de companhia, que são grandes vítimas de uma verdadeira *indústria da vida*.

Ora, o direito de uso é feito nos limites da Lei, e o abate de animais, por exemplo, é rigidamente normatizado (embora a ilegalidade seja mais comum na mesa do brasileiro). Havendo abuso de direito por parte daquele que não cumpre as determinações nela contidas, poderá ele sofrer imputação criminal e/ou civil, embargo ou suspensão das atividades ou cancelamento da licença. Ainda, o abate de animal para consumo é feito no interesse dos titulares do direito sobre os bens ambientais, estando sob a tutela da Administração Pública, no interesse geral.

Cezar Fiúza<sup>12</sup> ensina-nos que o caçador torna-se *dono* dos animais que capturar por concessão legal. A nosso sentir, há que se fazer uma reflexão à luz da legislação ambiental e penal, à qual, *data venia*, não nos parece ter-se elevado o referido autor. Tal legislação escusou aquele que mata o animal para consumo<sup>13</sup> quando em estado de necessidade, e assim, de fato concedendo a posse do animal para aquele fim; e também quando haja a permissão de caça em determinada época ou região, segundo os limites estabelecidos e a fiscalização do Poder Público, sendo concedida a propriedade da caça ao caçador. No entanto, quando a prática da caça seja ilegal, os produtos serão apreendidos através do chamado perdimento, em geral, executado em nível administrativo, dando-se-lhes a adequada destinação<sup>14</sup>.

Porém, o ato de caçar vai muito além de matar o animal – o que depreende-se das próprias modalidades de caça – pois procedimentos científicos, não raramente, requerem animais vivos, e, sabe-se que a

---

<sup>12</sup> FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 6ª ed. (rev. atual e amp.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003; pág. 683.

<sup>13</sup> Lei de Crimes Ambientais, art. 37, I.

<sup>14</sup> Art. 25, §§ 1º e 3º, da Lei de Crimes Ambientais; Art. 2º., §6º., I, II, a, b e c, III, IV e IX, do Decreto 3.179/99.

perseguição ou apanha de animal silvestre compreende o ato de caçar, o que é completado pela própria Lei de Proteção à Fauna, a qual diz que *é proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha*, restando claro que o produto da caça poderá ser um animal vivo, afinal, é a caça ilegal que sustenta o tráfico de animais silvestres.

Salvo quando provenientes de criadouros autorizados pelo Poder Público no exercício do Poder de Polícia, é proibido tanto o comércio quanto a manutenção em cativeiro de espécimes da fauna silvestre. Assim, não haverá concessão legal que permita, a quem quer que seja, o **domínio** sobre animal silvestre vivo, mas somente morto, para consumo e sob a cobertura do estado de necessidade (que encontra regulamentação também no direito penal).

No caso da caça científica que necessite da morte do animal para a obtenção de resultados, haverá que ser autorizada, e, por fim, a caça de controle, regulamentada por Instrução Normativa do IBAMA.<sup>15</sup>

Quanto à caça científica, o Estado apenas lhe outorga o direito de uso, pois esse uso tem, *a priori*, função social e interesse metaindividual<sup>16</sup>, sendo permitida a morte do animal no interesse público de obter resultados científicos que possam elevar a qualidade de vida do homem, pois o interesse público é o principal critério de disposição de qualquer bem público.

É obrigação do Estado intervir na defesa ambiental como detentor da responsabilidade de defesa dos direitos do homem, desde a formação do *contrato social* (embora o Direito não tenha se dado conta logo desta obrigação), especialmente no caso do patrimônio ambiental, sendo o

<sup>15</sup> CARDOSO, Haydée Fernanda. *A Raiva Humana e a Proteção Jurídica dos Animais*. In Revista Brasileira de Direito Animal – Vol. 1, nº. 1 (jan. 2006) – Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006 – Anual, págs. 151 a 159.

<sup>16</sup> Muitos autores usam a expressão *coletivo* para falar dos interesses humanos sobre o bem ambiental, seja ele qual for. Preferimos o termo metaindividual, nos termos da Dogmática Jurídica Positivista – ainda muito adotada pela doutrina brasileira, apesar de muito criticada -, que diz que todo direito diz uma obrigação, pois essa, a nosso sentir, há que ser proporcional ao direito exercível, e, sabendo-se que os direitos metaindividuais são mais amplos que os coletivos, preferimos a terminologia *obrigação metaindividual*.

direito ambiental área do Direito que tem como princípio informador a obrigatoriedade de intervenção do Poder Público, positivado nos arts. 70 e seguintes da Lei de Crimes Ambientais, ficando claro não se ter como alvo a *apropriação* do bem ambiental pelo Estado ou mesmo por entidade privada, e sim a proteção.

Assim, a dogmática jurídica que classifica o animal como *bem semovente* deve ser interpretada à luz da hierarquia de valores abraçados pelo direito, a qual põe em nível mais elevado os direitos e interesses públicos e coletivos, e por isso a “propriedade privada” sobre animais não pode ser entendida nos mesmos termos da propriedade em geral, mas sim como uma concessão do Estado, na condição de representante da coletividade e gestor do patrimônio ambiental, em favor do particular, o qual tem a obrigação de manter sua ação adstrita aos limites que começam mas não terminam na função social da propriedade.

A Lei da Ação Civil Pública não apenas confirmou o Estado na posição de mero gestor obrigado a zelar pelo que não é seu, como também antecipou a efetivação do princípio da participação, constante do texto da conferência da ONU realizada na cidade do Rio de Janeiro em 1992, a ECO/92, que indica as ONG's e as associações como maiores protagonistas da proteção ambiental, já que representam a ação organizada da sociedade civil em prol dos seus próprios interesses, vez que a referida lei legitimou tais entidades, e o Ministério Público, fiscal da lei, para atuarem em juízo na defesa dos interesses difusos e coletivos. Além disso, o advento da Lei da Ação Civil Pública veio ratificar a condição do Bem Ambiental como bem de uso comum do povo ao legitimar o Ministério Público para a atuação em juízo.

### **3. O TRATAMENTO JURÍDICO E A CIÊNCIA DO SÉCULO XXI**

A questão é que o tratamento dado não é condizente com a condição natural do animal e com o nível de conhecimento alcançado pela ciência em geral, fazendo o Direito atrasado em relação às demais ciências.

O que aqui nos interessa, é refutar o tratamento dado pelo Direito aos animais, onde ainda são considerados objetos, concepção que está

comprovadamente superada nas ciências naturais e na psicologia, apesar de servir de pano de fundo como instrumento legitimador das condutas anti-éticas dos experimentadores nestas mesmas ciências, em função do conflito de interesses onde vence o intelectualmente mais forte.

Muito embora a ética médica veterinária ainda esteja voltada, em primeiro lugar, para o homem – o que nos parece paradoxal –, essa ciência tem vivido desenvolvimento nos tratamentos e técnicas, bem como têm sido buscadas melhorias para o bem-estar dos animais, o que decorre, não apenas de estudos clínicos, mas principalmente de estudos como o da Prof<sup>ta</sup>. Dra. Irvênia Prada, professora da pós-graduação da USP em medicina veterinária, que dedicou-se ao estudo da neuroanatomia dos animais.

Por estudos desta natureza é que foi possível provar cientificamente aquilo que já se sabia empiricamente: os animais têm *alma*. Esclarecemos de antemão que não se está falando da alma sob o prisma da religião, a *alma* aqui representará o *animus*, ou seja, uma capacidade até então atribuída somente ao homem, mas que, segundo os resultados científicos da veterinária e da psicologia, esta exclusividade, influenciada por um antropocentrismo egoísta, é falsa.

Não queremos – assim como eles – dizer que os animais têm capacidade para executar cálculos complexos, ou reflexões profundas, mas que, a seu modo, são capazes de raciocínios simples, de aprender, de ter emoções, de encontrar soluções para alguns de seus problemas e que têm memória, pois são atributos do *animus*<sup>17</sup> a inteligência, a razão, a consciência, o pensamento, a vontade, etc<sup>18</sup>.

Estes atributos, segundo a professora, são inerentes à área pré-frontal do cérebro dos mamíferos, que é a área mais desenvolvida,

---

<sup>17</sup> Existem duas concepções de pensamento sobre a vida: a mecanicista, para a qual a vida é produto do funcionamento do corpo físico; e a animista que entende a vida com uma natureza distinta do corpo, sendo composta por três elementos: o corpo físico (*soma*), a vida (*anima*), e, a mente ou psique (*animus*), esta atribuída exclusivamente ao âmbito de vida humano. (in PRADA, Irvênia, *A Alma dos Animais*. Campos do Jordão, São Paulo: Editora Mantiqueira, 1997, págs. 12 a 14).

<sup>18</sup> PRADA, Irvênia. *A Alma dos Animais*. 2ª impressão. Campos do Jordão, SP: Ed. Mantiqueira, 1997; pág. 13.

estando relacionada com as funções psíquicas e mentais superiores, onde está compreendida a vontade, a capacidade de aprendizado, o livre-arbítrio, julgamento, iniciativa, ideação, etc., a qual, embora variando de tamanho, está presente não apenas no homem, mas também em outros mamíferos, sendo conhecidas clinicamente a repercussão de lesões nesta área cerebral em cães, gatos, cavalos e macacos, p. ex., e são manifestadas em alterações de comportamento e de *personalidade*<sup>19</sup>.

Assim, tornam-se dementes, alheios aos estímulos do meio, não reconhecem mais as pessoas, perdem-se em lugares distantes, batem a cabeça contra obstáculos e, por vezes, põem-se a andar compulsivamente até a exaustão. Sintomas semelhantes podem ser evidenciados em animais estressados, sejam abandonados, maltratados, amedrontados, acudados ou aprisionados. (PRADA, Irvênia. *Op. cit.*, pág. 56)

Tudo isto é o fundamento da hipótese levantada pela Dra. Irvênia Prada, de que, estando bem definida para o homem a função da área pré-frontal de seu cérebro, e estando esta mesma anatomia presente nos cérebros de outros animais, *isso é sugestivo de que esses animais têm igualmente funções mentais, embora mais acanhadas, tendo-se como referência o ser humano*. Esta também é a crença do Prof. Carlos Campos<sup>20</sup>, o qual levantou a bandeira do pensamento em animais já em 1945, chegando

---

<sup>19</sup> Claramente o termo ganha aqui a conotação psicológica, de traços marcantes do comportamento que caracterizam o indivíduo e o fazem singular dentre os membros da sua própria espécie ou raça, embora possam repetir-se em outros indivíduos, mas, por outro lado, fundamenta nosso trabalho no sentido de mostrar que os animais, especialmente os mamíferos, não são *uma massa* grupal como vem pretendendo o direito vigente, e, considerando os laudos de especialistas trazido por Peter Singer (*Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler. Rev. Técnica Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004, págs. 113, 114), as aves também. É também conhecida a hierarquizada e coordenada organização social de animais como as abelhas e as formigas, além de pulgas adestradas há muito exibidas em diversos shows, mostrando que, embora não tenham um cérebro desenvolvido como o dos mamíferos, alguma espécie de inteligência têm, além de capacidade de mútua identificação.

<sup>20</sup> *O Mundo Como Realidade* (originalmente publicado como *Estudos de Psicologia e Lógica*, 1945). Belo Horizonte: Editora Cardal Ltda, 1961, pág. 246.

a proferir em sua obra, a frase: “êles pensam”! (sic). Muito embora o Prof. fundamente-se em outros nomes da psicologia, como Köhler, Koffka e Jerkes, é extremamente surpreendente ver-se uma frase tão incisiva como esta em uma obra psicológica, e no período em que foi lançada. Representa um grande avanço.

Para o Prof. Carlos Campos, o pensamento em animais é um pensamento concreto. Como as crianças, eles identificam as coisas com as próprias coisas, ou seja, resume-se à realidade material, com a forma como as coisas se apresentam, o que, sabe-se, não significa necessariamente uma representação visual. Assim é que, se for dada certa quantidade de coisas a um animal ou a uma criança, embora eles não saibam distinguir a individualidade da coisa do todo, eles saberão que foi subtraído algo do todo que lhe pertencia, embora não saibam fazer a individualização matemática abstrata dos elementos do todo, apenas compreendendo a sua totalidade e sentindo que da totalidade saiu algum componente.

Isso denota dois fatores: que existe memória nas mentes inferiores<sup>21</sup> (animais e crianças), e que a experiência é algo que existe aquém da capacidade de expressão verbal.

É exatamente por isso, segundo o professor, que Aristóteles afirma que não há ciência de individuais, porque não se podendo pensar em materiais da experiência, o pensamento só pode ser comunicado nos elementos que sejam da experiência de todos, nos elementos constantes, comuns, gerais, universais, fazendo com que, por mais individual que seja a experiência, ela possa ser passada pelos elementos constantes e comuns presentes na linguagem.

Em mais uma coisa convergem Irvênia Prada<sup>22</sup> e Carlos Campos<sup>23</sup>: a complexidade do comportamento denuncia o grau de desenvolvimento mental nos indivíduos, animais humanos ou não, sendo que ele expressa esta idéia na complexidade de variações, da realidade móvel, da

---

<sup>21</sup> Terminologia utilizada originalmente pelo autor e que utilizamos apenas para conferir veracidade científica à citação, segundo as normas técnicas e éticas que regulam este tipo de trabalho.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, pág. 36.

<sup>23</sup> *Op. cit.*; pág. 246.

experiência de escolha que oferece vários caminhos, devendo-se supor que o ser mais ou menos complexo vive adequadamente em um ambiente variável, tem memória e consciência – ressaltando que a memória é elemento essencial à consciência – e, sendo assim, o homem é o mais complexo, pois vive no ambiente mais variável, dispondo de uma consciência mais completa, e uma memória mais rica, da qual não estão desprovidas as mentes das crianças e dos animais, ainda que em grau menor de complexidade. Para a prof<sup>a</sup>. Irvênia Prada, o nível de complexidade do comportamento é expressivo do grau de complexidade do sistema nervoso.

Estas linhas de pensamento – a biologia e a psicologia – são trazidas pelo hermenauta Prof. Pós-Dr. Athualpa Fernandez, como necessários à correta aplicação do Direito. Para ele, é obvio que as ciências sociais, e especialmente o Direito, *tem vivido os últimos decênios de costas aos espetaculares logros da biologia evolucionária e da ciência cognitiva*. Esta separação vicia a aplicação do Direito, uma vez que este só existe dentro de um contexto humano, e que o homem é construído sob dinâmicas *epigenéticas*, ou seja, um resultado influenciado conjuntamente pela herança e pelo ambiente.<sup>24</sup>

No Direito, sem pretender algo diferente, estas dinâmicas *epigenéticas*, que originalmente são um conceito da biologia, representam a realização do próprio Direito considerando uma gama muito mais ampla de elementos formadores do homem, albergando os objetos da biologia e das ciências cognitivas conjuntamente, que, muito embora não estejam dentro do *domínio-específico* do conhecimento do juiz, devem passar a ser elemento constitutivo da argumentação da decisão que, passando a proteger o meio ambiente e seus elementos, imiscui-se no seio da vida, devendo o conhecimento sobre ela fazer parte da argumentação jurídica, e, a nosso sentir, sendo sobre o *Direito da Vida*, especialmente sob o manto dos princípios da precaução e da prevenção, que nortearão a ética formadora de entendimentos previsíveis

---

<sup>24</sup> *A hermenêutica jurídica sob a perspectiva das dinâmicas evolucionárias*. Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFPA, n.º. 13. Belém: Programa de Pós-Graduação em Direito, pág. 29.

configuradores de uma segurança jurídica provida pela jurisprudência, considerando-se que, baseada numa ciência em acelerada e constante transformação, vez que estamos no chamado século da biologia, não se fará por decisões repetidas, mas sim inovadoras no passo das ciências da vida.

Por outro lado, o douto hermeneuta traz um posicionamento que para nós é o mais plausível: para uma realização verdadeira do Direito, que existe nas relações, necessário se faz o conhecimento do outro, na medida em que esse “reconhecimento do outro vai ligado com o reconhecimento do eu”<sup>25</sup>, dentro de uma avaliação hierárquico-axiológica para a solução de uma controvérsia no caso concreto. Assim, para o Prof. Athualpa, as decisões se fazem sobre o melhor argumento ético e somente sobre o caso concreto, segundo princípios de racionalidade, sendo a “tarefa interpretativa um verdadeiro exercício prático-normativo baseado na irremissível dimensão ‘circular’ e argumentativa do discurso jurídico e projetado em várias disposições do pensamento positivo”<sup>26</sup>.

Lembra o Prof. ainda, que os seres humanos e os mecanismos que conformam o comportamento humano, assim como os que conformam a sua anatomia e fisiologia, *são produtos das mesmas leis fundamentais da biologia*.

Portanto, temos um arcabouço informativo respeitável, probante do caráter obsoleto do estado da dogmática jurídica no que tange ao tratamento dado aos animais, e é reveladora do afastamento com que o Direito manteve-se e ainda tanta se manter – apesar de alguns avanços –, do desenvolvimento das demais ciências biológicas e cognitivas, vez que, a própria psicologia tem dedicado-se a produzir conhecimento sobre animais, especialmente os mais evoluídos, e como resultado deste esforço temos presenciado a publicação de informações surpreendentes.

Em 2004, pesquisadores alemães comunicaram à comunidade científica e geral que haviam treinado um cão da raça *border collie* de

---

<sup>25</sup> FERNANDEZ, Athualpa. *Op. cit.*, pág. 49.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, pág. 34.

nove anos<sup>27</sup>, o qual dominava um vocabulário de 200 palavras e em expansão – o equivalente ao vocabulário de uma criança de 3 anos de idade –, bastando dizer-lhe uma palavra nova que ele logo assimilava a um brinquedo diferente que aparecia dentre os antigos, demonstrando assimilação de informações, memória e capacidade de aprendizado. Para os cientistas, isto permitiu revelar que os caninos compartilham alguns aspectos da capacidade para a linguagem que se desenvolveu nos humanos<sup>28</sup>.

Dois anos depois, pesquisadores da USP treinaram uma *vira-  
latinha*<sup>29</sup>, a Sofia, que foi capaz de aprender frases com duas palavras, além de expressar sua *vontade* a partir da assimilação de formas e cores representativas de botões dispostos em uma caixa de teclado que pressionava sempre que desejava se comunicar com humanos. Para os pesquisadores, o que ela faz não é uma resposta simples, condicionada, é um ato de comunicação real, porque quando tecla, olha principalmente para quem possa atendê-la<sup>30</sup>, ou seja, a comunicação é um ato *volitivo*.<sup>31</sup>

O *animus* que possuem os animais é todo o fundamento de serem utilizados em cruéis experimentos psicológicos, ou, se não houvesse semelhança fisiológica (o corpo é o meio de expressão da *alma*, havendo, inclusive em animais, as chamadas doenças *psicossomáticas* – lembrando: *soma* – corpo), qual seria a razão de serem usados em experimentos que pretendem descobrir algo de bom para o ser humano, o que, considerando as reais diferenças paralelas às semelhanças, apresentam

---

<sup>27</sup> Note-se que, quanto mais velho o animal, mais difícil de treina-lo é. Em média, um cão vive quinze anos, o que denota a meia-idade do *border-collie*, celularmente corresponde a aproximadamente 52 anos na espécie humana, segundo a tabela de equivalência etária usada pelos veterinários.

<sup>28</sup> Informações obtidas no site <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=19282>, consultado em 29/03/2006 (informativo da SBPC – Sociedade Brasileira Para o Progresso da Ciência).

<sup>29</sup> Usamos o termo coloquial, sendo que o termo técnico usado pelos veterinários é SRD – sem raça definida.

<sup>30</sup> Informações obtidas no site <http://noticias.usp.br/canalacontece/artigo.php?id=10754>, consultado em 29/03/2006.

<sup>31</sup> Estudos desta natureza também já foram realizados com golfinhos e primatas.

resultados discutíveis e até desconsideráveis, para renomados pesquisadores das áreas onde elas são realizadas.<sup>32</sup>

Não resta dúvida nas ciências da vida e na ciência cognitiva que os animais, especialmente os mais desenvolvidos – o que não exclui animais menos desenvolvidos em certos aspectos, inclusive os peixes –, da capacidade de sensações e sentimentos como dor, terror, ansiedade, e, principalmente, de terem fome e necessidades básicas de sobrevivência física, como, além da alimentação, condições ambientais e paz.

Paz? Sim, os animais têm necessidades básicas tão próximas às do homem que também precisam de paz, uma vez que, como dito, a ocorrência de doenças de caráter psicossomático em várias espécies não-humanas, é refletora da consciência e sensibilidade em relação ao meio. Muito embora o material não seja tão acessível, os veterinários conhecem processos analgésicos em répteis e anfíbios, denotando que neles também existe dor, e o que é facilmente perceptível ao observar a reação de um jacaré, de uma cobra ou lagarto, ou de um peixe que se debate descontroladamente na tentativa de escapar daquilo que lhe fere.

Em psicologia estas reações são consideradas instintivas mas são resultado de um processo evolucionário por que passaram as espécies e aprenderam assim, a buscar a fuga da dor. O prof. Carlos Campos diz-nos que, assim como quando de maneira inesperada furamos o dedo em um objeto pontiagudo a primeira reação é de puxar imediatamente e afastar o membro da agressão é instintiva, as demais, de tentar curar, p. ex., são pensadas. Assim também a atitude de um animal que ao notar a presença de um carro na estrada, num primeiro momento percebe o carro e depois sai correndo a se esconder.<sup>33</sup>

Para ele, o ato instintivo é o primeiro, mas o de sair correndo é um hábito, que por ser simples não é primitivo. O hábito é um ato que, pensado num primeiro momento, é feito inconscientemente por dar

---

<sup>32</sup> Por sinal, *Peter Singer* (*Op. cit.*, cap. 2), enumera uma série de experimentos científicos realizados com animais que tiveram resultados verdadeiramente inúteis, pois não foram aplicados, ou, pior, tiveram efeito inverso em homens e animais, a exemplo da Talidomida, o mais famoso: inofensiva para animais, teratogênica para humanos.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, pág. 245.

certo, mas o seu caráter de consciência aparece na ocorrência do erro que é logo percebido.

Os animais mais evoluídos possuem um sistema nervoso muito parecido com o nosso, e sobre estes é muito mais fácil fundamentar a argumentação científica de que sentem dor, no entanto, animais menos evoluídos, como os peixes, também demonstram sofrimento quando dele são acometidos, pois se o corpo é o involução da nossa essência, da nossa alma, e a expressão para os demais do nosso eu, as expressões do corpo são capazes de permitir, inclusive, a identificação das sensações ou sentimentos que vivencia o *ser* que ele contém, do qual é o envólucro<sup>34</sup>. Com relação a isto, nos fala a Prof. Dra. Irvênia Prada:

(...) eles têm capacidade de avaliar que esses estímulos lhes são agressivos, ou seja, perigosos à sua integridade.

(...) pode-se concluir que os sinais fisiológicos e comportamentais exibidos pelos animais, nos treinamentos e provas de rodeio, são coerentes com a vivência de dor/sofrimento.<sup>35</sup>

Ainda, Peter Singer levanta argumentos que devem ser tidos em consideração diante do princípio da precaução. Ele elabora critérios para avaliação da capacidade de sentir dor:

---

<sup>34</sup> “A nossa vida inteira no-lo mostra isolando a entidade psíquica dos envólucros *corpóreo, moral e civil*, que as encerram no seu centro. É o que se tem chamado por expressões sinonímicas, o Sentido íntimo, a Consciência, a ‘Alma’, enquanto resultado e confluyente de todos os órgãos do Foro Interno, um só foco recebendo e aglomerando todas as nossas percepções e todas as nossas sensações materiais e psíquicas, resumindo mesmo tudo o que nossa individualidade deve a outras forças além das que nela residem, porque o Eu humano não é somente um produto de nossos próprios órgãos, é sobretudo um produto social, uma resultante do complexo de fatores sócias passados e presentes, da mesma sorte que toda a civilização.” (PICARD, Edmond. *Op. cit.*, pág. 87 – sic). Não podemos, de modo algum, esquecer que muitos animais não-humanos também são sociais, moldando-se segundo imperativos de suas sociedades, e que, quando em convivência com o homem, humanizam-se, sendo os cães o mais claro exemplo, os quais, em geral adquirem características das personalidades de seus donos.

<sup>35</sup> PRADA, Irvênia, *apud* LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. Campos do Jordão-SP: Editora Mantiqueira, 2004, pág. 57.

(...) o comportamento do ser – se ele se contorce, emite gritos, tenta fugir da fonte da dor e assim por diante – e a semelhança do seu sistema nervoso com o nosso. À medida que descemos na escala evolucionária, percebemos que, em ambos esses parâmetros, diminui a força das evidências para a capacidade de sentir dor. Com relação a aves e mamíferos, as evidências são esmagadoras. Os répteis e os peixes possuem sistema nervoso diferente dos mamíferos sem alguns aspectos importantes, mas compartilham a estrutura básica de organização de vias nervosas centrais. Peixes e répteis demonstram a maior parte do comportamento de dor dos mamíferos. Na maioria das espécies há, inclusive, vocalização, embora não seja audível para nossos ouvidos. Os peixes, por exemplo, emitem sons vibratórios, e diferentes ‘chamados’ foram constatados pelos pesquisadores, inclusive sons indicando estado de ‘alarme’ e ‘exasperação’. Os peixes também exibem sinais de aflição quando são retirados da água e deixados pulando na rede ou no chão seco até morrer. (...)

“(...) A investigação examinou, em detalhes, as evidências de que os peixes sentem dor e concluíram, inequivocamente, que essas evidências são tão fortes quanto as apresentadas em relação a outros animais vertebrados.<sup>36</sup>

Não se pode ver como *coisa seres viventes*, pois tais elementos mostram a existência de vida não apenas no plano moral e psíquico, mas também biológico, mecânico, como podem alguns preferir, e vice-versa.

O conhecimento jurídico-dogmático hoje encontra-se ultrapassado, não apenas em função de animais considerados inteligentes, mas sim em função de todos os seres sensientes, capazes de sentir, cada um a seu

---

<sup>36</sup> SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler. Rev. Técnica Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004; pág. 194, 195. Peter Singer baseia-se sempre em laudos científicos.

modo, e de individualizarem-se estabelecendo relações sociais entre si ou com humanos, constituindo-se velhaco e inadequado o tratamento dispensado, inclusive mostrando-se incompatível com os próprios fins deste Direito “atual” de ética invertida.

#### **4. RAZÃO E COGNIÇÃO – REQUISITOS DE UMA PERSONALIDADE JURÍDICA?**

Especialmente se considerarmos o pensamento kantiano sobre o juízo *a posteriori*, mais do que nunca perceberemos que nenhuma teoria, ainda que pareça, é criada ao acaso, mas sim que surge de determinado questionamento realizável, ainda que no plano abstrato, somando-se à percepção dos sentidos. Assim também o instituto jurídico de personalidade que representa uma das grandes discussões atuais que intenta a *atualização* do Direito através de seus institutos para uma maior proteção aos animais.

Historicamente, a personalidade no direito surge como a maneira de fazer os seres humanos existirem perante ele, segundo o que se entendia por necessitado de proteção jurídica e de acordo com os critérios éticos do tempo histórico em que a proteção foi dada.

Assim que, em dados momentos, sua compreensão não abrangeu seres humanos considerados escravos ou mesmo crianças, embora se reconhecesse entes morais (as corporações), que, apesar do elemento humano que guardam, recebiam proteção em função do direito patrimonial, enquanto não se reconhecia a homens individuais de modo a garantir-lhes necessidades primitivas mantenedoras da vida digna: direitos humanos fundamentais.

Hoje conferimos proteção a todos os homens, ainda que suas faculdades mentais não sejam plenas, ainda que não tenham capacidade racional ou mesmo consciência, ainda que seus atributos mentais estejam limitados à mera resposta a estímulos básicos como a dor ou a fome, mas ainda assim não sendo capazes de expressar qualquer desejo que seja, mesmo o simples desejo de comer, não sejam capazes de se comunicar ainda que apenas por gestos, sendo que a comunicação demanda expressão volitiva, e ultrapassando o limite das palavras. Conferimos

também proteção a homens que não sabem falar, porque entendemos que têm outras maneiras de se expressar, mesmo que sejam limitados no atributo da fala. E a todos esses protegemos não como coisas, mas sim como pessoas, porque são semelhantes a nós, pertencentes à mesma espécie, porque são seres humanos no sentido biológico e morfológico, embora suas funções que constituem os atributos entendidos como formadores do conceito atual de *personalidade jurídica*, lhes faltem.

Portanto, não é a capacidade racional e cognitiva, ou mesmo a fala, requisito de uma personalidade jurídica, até porque os animais possuem as duas primeiras, segundo provado por outras ciências, possuindo inclusive consciência. É sim, o critério especista que determina tais limitações, pois ainda que o ser humano, por situações que fogem ao seu controle perca aquilo que é considerado peculiar ao homem pela ciência, não lhe é seqüestrado o *status* jurídico de pessoa, ou então, são também coisas crianças e todos os alienados mentais, não sendo capazes de manifestar sua vontade ou diferenciar-se dos demais, quanto mais ainda ter funções cognitivas e racionais em funcionamento.

Vê-se que a limitação é traçada segundo os interesses do capital e da espécie dominante, da mesma forma que é traçada a proteção dos bens ambientais de maneira geral, no entanto, como estamos falando de ser individual com valor em si próprio, a forma é a mesma, mas os fundamentos da proteção são diversos, muito mais sensíveis e muito mais fortes.

Argumenta-se que a diferença em dar-se proteção ao homem em seus primeiros graus de desenvolvimento – discutindo-se hoje a condição de sujeitos de direitos para embriões humanos, com base em argumentos religiosos e científicos, face ao “*brincando de Deus*” de muitos cientistas – e não a animais, seja pela potencialidade existente em filhotes humanos que não há em animais não-humanos.

Uma argumentação completamente frágil diante da existência de seres humanos que jamais desenvolvem a capacidade de fato ou um discernimento mínimo por serem acometidos por paralisia cerebral ou outras doenças, desde a formação ou adquiridas no curso do desenvolvimento ou após.

Nem por isso tais seres humanos são destinados a serem cobaias de laboratórios, a serem enclausurados em parques de exposição para

que as crianças *normais* aprendam a respeitá-los ou tornam-se alimento para outros animais, sendo que esta prática, de descartar crianças especiais, hoje está abandonada como reflexo do desenvolvimento de uma civilidade, tendo sido comum e natural em idos tempos, para os antigos gregos.

Por mais que as leis protejam a cultura indígena, nossos princípios levam-nos a considerar grotesca a prática de índios que ainda hoje entregam bebês a animais carnívoros quando que não se formaram perfeitamente, ou dos chineses que simplesmente descartam, abandonam ou entregam a “abrigos” governamentais bebês humanos fêmeas, onde, sabe-se, são submetidas a crueldade, simplesmente por causa de um absurdo controle de natalidade, o qual opta por descartar vidas a prevenir a concepção.

No entanto, fazemos a mesma coisa com animais que possuem um desenvolvimento biopsíquico capaz de proporcionar-lhes as mesmas sensações e grau de compreensão por vezes até maior que o dessas pessoas com desenvolvimento incompleto, com as quais, nós, *ocidentais civilizados(!)*, nos preocupamos sobremaneira, por serem *seres humanos*.

Não estamos desmerecendo a condição humana. De fato, o ser humano é o ser mais complexo, construtor do Direito e para a ação do qual o Direito é e deve ser direcionada, estamos apenas levantando considerações éticas sobre os incongruentes fundamentos argumentativos da nossa cultura tão proclamada, tão difundida, tão valorizada, fundamento do labor do elaborador de um Direito controverso em seus princípios, de uma sociedade antagônica construtora de argumentos que se esvaziam em si mesmos quando levantados fatos probantes, como a tese de um advogado que tenta inocentar um réu confesso em uma situação de autoria e materialidade pericialmente comprovadas.

É certo que a natureza não deu aos animais condições de serem partes em um contrato, para o quê, nem sequer têm interesse, mas dotou-lhes de interesses primitivos e outros que, por simples não se fazem primitivos, mas ao contrário, são nobres, nítidos em animais domésticos, e objeto da moda dos *pets* – que também tem o lado cruel do comércio explorador da vida e seus ciclos.

A natureza deu aos animais não-humanos vontade e arbítrio nos limites das manifestações axiológicas e anatômicas de seu sistema

nervoso, o que nos parece fazer-lhes *peças jurídicas*, porém, não acobertados pelo atributo da capacidade, sendo este reconhecimento pelo Direito, tão natural quanto o reconhecimento de direitos humanos.

Ainda que não sejam requisitos de uma personalidade, conforme o exposto, a Natureza deu aos animais certos atributos que o Direito, equivocadamente, tem entendido como exclusivos do homem, e a partir deste princípio vem construindo seus institutos.

Por outro lado, ainda que assim não fosse, não seria razão para considerar os animais externos à proteção da ordem jurídica pelo valor próprio que possuem, ou manter-lhes protegidos sob o manto de interesses que não sejam seus, fragilizando esta mesma proteção por vezes fictícia.

## 5. O DIREITO OBSOLETO E SUA TENDÊNCIA NÃO EQÜITATIVA

A base ética do atual direito tem dado azo à *desproteção* dos animais, vez que, com base na lógica de que são bens ambientais, sua proteção vem sendo pautada unicamente no interesse humano.

Essa desproteção tem se revestido na larga aplicação do princípio da insignificância na esfera penal ambiental, a qual, muito pior do que a aplicação de penas que não atingem aos objetivos em função dos quais foram instituídas, têm levado a, simplesmente, não aplicação da pena, por entender-se não atingido o bem ambiental, por serem poucos *exemplares*, ou por não estarem as espécies que estes poucos exemplares, (encontrados sob grades, maltratados ou mortos) representam ameaçadas de extinção. Tem se revestido, também, na permissão de práticas cruéis, sob o manto da *autorização* emanada do Poder Público, que Wolf Paul chamou de *irresponsabilidade organizada*, citando o famoso caso dos lobos marinhos do Mar do Norte, exemplo clássico representativo da *função simbólica do direito ambiental*.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> *Op. cit.*

Quando falamos em penas que não atingem seus objetivos, estamos falando em sua má adequação ao caso concreto, o que ocorre principalmente na aplicação das penas alternativas, que deveriam servir como instrumento de educação ambiental, mas, em geral, nada tem a ver com o bem atacado pelo ato delituoso,

Esquece-se, no entanto, do sofrimento contido em cada indivíduo animal, dura experiência individual que, mesmo se fosse possível, ninguém se disporia a enfrentar pelo outro, e por isso deve receber valoração suficiente a coibir práticas cruéis contra criaturas inocentes.

O surgimento genérico da defesa de sujeitos de direitos deve-se ao fato de que ela emerge apegada ao direito do ambiente, entendendo-se como pertencentes ao todo ambiental. A consideração do animal como bem ambiental tem sido forte fundamento para que se não dê a ele o *status* de proteção adequado, o que resolver-se-ia com a simples consideração do valor intrínseco que possui a vida e o bem-estar, ainda que não do ser humano, mas princípios jurídicos aleijados não permitem.

No entanto, apesar de toda a defesa realizada por tradicionais e renomados juristas, a exemplo da citação de Canotilho em nosso epílogo, e muitos outros que surgem defendendo o reconhecimento de novos sujeitos de direitos, os operadores do direito têm se negado a admitir o valor intrínseco dos seres animais não-humanos aplicando a norma em desfavor deles. A aplicação do princípio da insignificância ou bagatela, baseada na avaliação do bem jurídico sob o caso concreto, revela a importância dada ao bem *vida e bem-estar de um animal não humano*, representando o bem-estar a vida em sentido lato: qualidade de vida.

José Rubens Morato Leite e Patrick Ayala<sup>38</sup> vem defendendo a consideração do valor intrínseco dos seres vivos não-humanos tendo como pano de fundo o *princípio da equidade intergeracional*. Segundo este princípio, a proteção do patrimônio ambiental deve-se à necessidade de garantir-se os direitos das futuras gerações, desdobrando-se este em mais três princípios, quais sejam: o *da conservação de opções*, o *da conservação da qualidade* e o *da conservação do acesso*.

---

<sup>38</sup> *Op. cit.*, págs. 241 a 253.

“A tendência atual é evoluir para um panorama muito menos antropocêntrico, em que a proteção da natureza, pelos valores que representa em si mesma, mereça um substancial incremento. A natureza precisa de proteção **de per si** e por seu próprio fundamento.”<sup>39</sup> (grifo nosso)

Para a defesa em favor das gerações futuras haveria uma emergência de atribuir juridicidade à *alteridade*, objetivando a pretensão universal de solidariedade social, que poderia convergir no reconhecimento do *princípio da solidariedade*, o que seria a impossibilidade *prima facie* de titulares individualizados e de pretensões unipessoais.<sup>40</sup>

Isso dá patente diferenciação entre a quebra do paradigma de proteção ambiental e a quebra do paradigma jurídico epistemológico no qual é pautada a proteção jurídica do animal, sendo que o paradigma tradicional é muito mais presentes nos parágrafos das sentenças que na letra da lei, pois os princípios em que está fundamentada são aleijados.

Não são poucas as situações encontradas na jurisprudência em que, estando mais do que configurado o crime, havendo até de flagrante delito, sentenciam-se pela atipicidade da conduta por não ter-se atingido o bem tutelado, não obstante daquela conduta *sub judice* haver resultado um cadáver de animal ou uma tortura

Antes do advento da lei de crimes ambientais, em 1998, apesar da existência da lei de proteção à fauna, de 1967, não se tinha instrumentos penais adequados, no entanto, esta nova lei trouxe melhor prisma para os casos de estado de necessidade e demais situações envolvendo crimes contra animais. O art. 37, I, da lei de crimes ambientais classificou o estado de necessidade como excludente de ilicitude, e, embora esse instituto já existisse no código penal, ganha muito mais instrumentalidade ao ser incluso em lei especial, principalmente considerando-se que esta aduz ao estado de necessidade “saciar a fome” com maior relevância.

<sup>39</sup> LEITE & AYALA, *op. cit.*, pág. 210.

<sup>40</sup> *Op. cit.*, págs. 241, 242.

Obviamente que a necessidade de alimentação do ser humano sobrepõe-se juridicamente ao interesse do animal de viver quando não haja alternativas para a satisfação de tal necessidade de sobrevivência, até porque estamos falando de um sistema jurídico criado e manipulado pelo ser humano, e, como qualquer espécie, este há de proteger-se – inobstante anomalias de comportamento. O que é inaceitável é que o direito do animal seja preterido em razão do prazer de alguns em aprisionar, pelo simples prazer de comer determinadas espécies, utilizando-se, muitas vezes, de métodos cruéis de captura e abate, sem que o Poder Público fiscalize adequadamente, e, principalmente, do comércio, ainda que o fruto deste comércio ilegal seja para sustento de uma família humilde, especialmente se considerarmos que é da ingenuidade dos ignorantes e necessitados que se utiliza a rede do tráfico de animais.

Vejamos decisão da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, em maio de 2007, que unanimemente negou provimento à apelação sobre crime em que o réu era acusado de vender pássaros que capturava ilegalmente, narrando a denúncia ter ele em cativeiro 16 canários da terra e 01 bico de lacre. O próprio réu declarou que já praticava a caça há quarenta anos no intuito de complementar a renda familiar, vendendo cada ave por R\$ 0,25 (vinte e cinco centavos). O policial militar que testemunhou no processo declarou ser o réu bastante pobre. Restou decidido:

**APELACÃO. CRIME CONTRA A FAUNA. MANTER EM CATIVEIRO ESPÉCIME DA FAUNA SILVESTRE (ART. 29, PARÁGRAFO 1º, INCISO III, DA LEI 9.605/98)**

Inaplicável o princípio da insignificância face ao impacto ambiental causado pela captura indiscriminada de aves, retiradas de seu *habitat* natural, produzindo desequilíbrio ao ecossistema.

Provadas materialidade e autoria e ausentes causas excludentes de criminalidade ou que isentem de pena, a sentença condenatória deve ser *mantida*.

Apelação improvida.

(RC n. 71001271626/2007 – Comarca de Pelotas.  
Rel. Dra. Ângela Maria Silveira, juíza de direito)

Inobstante não ter considerado o valor intrínseco da vida do animal de per si e o direito do animal à liberdade, é um trecho do acórdão citado:

“O argumento defensivo de que o delito é insignificante não merece acolhida, uma vez que não importa a quantidade de aves a serem vendidas, mas sim o desvalor da conduta, já que o dano ambiental não pode ser quantificado, pois a agressão ao meio ambiente atinge toda a coletividade, de forma que a reprimenda deve ser mantida, a fim de garantir a preservação das espécies e o equilíbrio ecológico.

Portanto, inaplicável o princípio da insignificância, não se podendo definir como de irrelevante significado a conduta imputada ao réu, porquanto os efeitos desta não se resumem ao número de animais vendidos, mas ao impacto causado pela captura indiscriminada das aves retiradas de seu *habitat* natural, produzindo desequilíbrio ao ecossistema.

(...)

Note-se que a conduta imputada ao réu *Vilmar Pires* é altamente reprovável e importa, desta forma em censura social que autoriza a cominação de reprimenda, na medida em que o réu pratica a caça de pássaros para vender, há mais de 40 anos (fl. 19), sem autorização para tanto.

Ademais, vale ressaltar que a maior parte da captura ou abate irregular de animais silvestres não é feita em grande escala, não se podendo permitir ocorra em número de espécimes, sob a pena de se possibilitar que a soma das ações pontuais de caçadores provoque relevante impacto ou desequilíbrio ambiental.

(...) a exclusão da ilicitude só ocorre em caso de situação de indisponibilidade absoluta de outra forma de sobrevivência e o réu alegou que caçava os pássaros para vendê-los, a fim de aumentar a renda familiar e não para saciar a fome, descaracterizando, assim, o estado de necessidade.”

Embora ainda sob o prisma antropocêntrico e institutos tradicionais, esta decisão traz bons prenúncios diante de uma realidade de quase absoluta absolvição de crimes com comprovada materialidade e autoria, sob o manto da insignificância, ou da condenação a prestação de serviços que nada tem a ver com o causado, em nada servindo ao caráter educativo da pena, que, em matéria ambiental, deve ser privilegiado, a nosso sentir.

Os melhores ventos em relação a serem considerados os animais de per si para fins de proteção jurídica, vieram em 2005, pela justiça baiana, por ocasião de um *habeas corpus* impetrado pelos organizadores desta revista<sup>41</sup> e outros em favor de uma chimpanzé por nome “Suíça”: conhecendo o juiz da ação, mandou citar a autoridade coatora para prestar informações em 72 horas.

O fundamento principal do magistrado para admitir o debate foi a necessidade de se provocar a discussão em torno do assunto, uma vez que o processo penal não é estático, ou seja, muito embora o magistrado deixe bem claro não ser adepto das correntes que pugnam pelo reconhecimento da personalidade jurídica dos animais, reconhece, em fantástica decisão, a necessidade do debate sobre o tema, admitindo não só que o direito não é estático, mas que está em vias de transformação sobre o tema<sup>42</sup>. Decisão isolada que demonstra tanto a tensão transformadora prestas a eclodir, como a resistência a essa transformação por estar envolta em uma grande geleira de difícil derretimento: a atual dogmática jurídica.

---

<sup>41</sup> Drs. Heron Santana e Luciano Santana.

<sup>42</sup> HC 833085-3/2005, TJBA. Juiz: Edmundo Lúcio da Cruz (a sentença e a peça vestibular do *writ* foram publicadas na edição anterior desta revista, págs. 261 a 285).

Reflexo disto é que embora os tradicionais doutrinadores do direito ambiental não se mostrem favoráveis a tal entendimento, o de reconhecer os animais como sujeitos de direitos, têm mencionado argumentos favoráveis ao tema. É o caso de BENJAMIN:

‘Uma definição como esta, de macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos.’<sup>43</sup>

Ou seja, muito embora incisivamente eles digam “não”, sua argumentação, não raras vezes abre brechas para o “sim”, isso porque o direito ambiental, conforme defendem LEITE & AYALA<sup>44</sup> e WOLF PAUL<sup>45</sup>, por suas incongruências, muito mais têm servido a uma função simbólica que a uma efetiva proteção, emergindo daí sua urgência de transformação do direito a reconhecer seus novos/velhos sujeitos, que, assim como se deu a evolução histórica dos direitos humanos, não num processo de criação mas de reconhecimento<sup>46</sup>, também os direitos dos animais, no todo e individualmente considerados.

A proteção individual do animal de modo algum quebra com a visão holística que se deve ter do meio ambiente e seus componentes, mas ao contrário, embora privilegie a consideração individual de cada animal, tendo-o de acordo com seu valor *de per si* e valorando eticamente seu sofrimento face a atos humanos atentatórios ao bem-estar individual do animal.

“A proposta do desenvolvimento de um *olhar de integridade do Direito Ambiental* estrutura-se a partir da realização da proteção da *equidade intergeracional* e da definição do *alter*, de modo que a atuação

<sup>43</sup> *Apud* AYALA & LEITE, pág. 215.

<sup>44</sup> *Op. cit.*

<sup>45</sup> PAUL, Wolf. *A Irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do direito ambiental*. Universidade Federal do Pará –ano 2 – n. 2 – 1989.

<sup>46</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos do Homem*. 3<sup>a</sup>. ed.. São Paulo: Saraiva: 2004.

responsável do homem em face do outro e o respeito e reconhecimento da dignidade desse outro conduzam ao reconhecimento de novo *ethos*, para a definição dos sujeitos envolvidos nas relações ambientais, qual seja a natureza, inserindo-se ambos no espectro global da *proteção das condições adequadas para o desenvolvimento e conservação da vida*, e não simplesmente da *vida qualificada pelo elemento humano*. Assim, ao tratar dos interesses das futuras gerações, pretendemos desenvolver o discurso da *proteção integral da vida*, compreendendo aqui como sujeitos os seres vivos.”<sup>47</sup>

Não estamos falando em tratar-se animais como seres humanos, mas com dignidade segundo aquilo que isto represente de acordo com a lógica de seus processos orgânicos determinadores de suas necessidades de saúde e bem-estar.

Obviamente, em muitas situações, teremos por parâmetro de dignidade aquilo que ela representa para nós, fato que as ciências do comportamento humano explicam. Quanto aos animais domésticos, a etologia e a veterinária têm provado adquirirem hábitos humanos. É necessário considerar o *habitat* e a realidade de vida de cada animal na aplicação e adequação do direito em seu benefício.

Se o direito tem, como um de seus escopos, dar dignidade e bem-estar aos indivíduos, através da repartição equitativa dos bens materiais e imateriais, como falar em equidade se a alguns o direito tem dolosamente se omitido sob argumentos de tradições sobre alicerces apodrecidos, e, na verdade, para a preservação de interesses de grupos, não raramente econômicos?

“Note-se que a gravidade do problema é acentuada naqueles estados de elevado grau de conflituosidade, que de forma sedutora têm atraído a aplicação do princípio da precaução, e que demonstram essencialmente duas conseqüências altamente nocivas à consolidação do Estado do Ambiente:

---

<sup>47</sup> AYALA & LEITE, *op. cit.*, pág. 245.

a) a completa deficiência, ou até mesmo inexistência, de um modelo racional e coerente de justificação democrática do discurso penal do ambiente, que denotam, não raras vezes, comportamentos de completa infidelidade semântica com a literalidade do texto normativo;

b) a desconsideração do valor jurídico autônomo do bem ambiental como critério metódico para a solução dos estados potenciais e atuais de conflituosidade de valores e normas (regras e princípios), que tendem a utilizar critérios metodicamente alheios à ponderação, uma vez que nem mesmo chegam a dirigir atenção ao valor posicionado no pólo do conflito, o ambiente.

Prefere-se, ao contrário, a utilização de critérios originários do senso comum ou externos à situação de tensão hermenêutica, ou ainda, estabelecer o gravíssimo equívoco metódico de imposição de uma relação de precedência absoluta, sempre que estiver em jogo o ambiente (ou na hipótese do princípio da insignificância, a proteção de direitos fundamentais de conteúdo civil.”<sup>48</sup>

O Direito tem necessitado de um andar mais rápido para poder acompanhar as inovações da sociedade científica, para ser um direito mais baseado na realidade e nas realidades que regula e não simplesmente em teorias friamente congeladas.

Ao contrário do que talvez possam pensar alguns, um direito mais real não representa uma ameaça à segurança jurídica mas, ao contrário, uma maior garantia de se ter um direito eficazmente útil, pois atual, servindo-se ao que realmente se presta: à promoção de justiça e equidade para homens e todos aqueles não-homens mas vivos e detentores de legítimos interesses mercedores de digna proteção.

---

<sup>48</sup> AYALA & LEITE, *op. cit.*, pág. 271.

## 6. CONCLUSÕES

A partir da análise dos institutos jurídicos vigentes e leis, percebeu-se que a necessidade de atualização dos institutos jurídicos é simplesmente um imperativo de justiça. A transformação constante é uma característica comum das ciências e, muito embora não seja unânime a crença no caráter científico do direito, é irrefutável que se socorre daquelas que, indiscutivelmente, são assim conceituadas, tendo o direito a obrigação de acompanhá-las pois seus feitos estão presentes no dia-a-dia, alterando a realidade material e psicológica sobre a qual o direito pretende ter ingerência.

Assim, um direito parado no tempo, que alicerça seus institutos em fundações velhas não tem como ter força de suportar as construções de arquitetura cada vez mais complexas que a sociedade tem edificado.

Embora sempre sobre a conduta humana, nem sempre o direito será em benefício do próprio homem. Regulador da conduta humana sim, pois baseado sempre na moral desta espécie porquanto regulando o comportamento de seus mesmos exemplares, a fonte deste direito estará na cultura, não somente laica, mas também científica e interdisciplinar, afinal, estamos na era ciência.

Iniciada com o iluminismo, em nenhum outro momento da história experimentou-se tão expressivo avanço científico como hoje, logros aos quais o direito não pode pôr-se de costas, sob pena ineficácia.

O reconhecimento da condição de detentores de elementos subjetivos, de interesse e vontade no que tange aos animais não-humanos, não representa uma defesa utópica e surreal, mas um imperativo de reconhecimento da realidade fática pelo direito.

Os novos paradigmas jurídicos, no que tange aos animais, pulsam com intensidade, vez que, *reais*, carecem apenas de serem reconhecidos em oposição ao congelamento tradicionalista e extirpador da eficácia dos institutos jurídicos.

A conseqüência da mudança das bases jurídicas a partir da mais recente realidade social e científica construtora de uma nova ética, culminará numa maior equidade e num direito mais justo através de leis e, principalmente, decisões judiciais mais adequadas. O segredo da equidade e da justiça está na transformação dos alicerces.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECHARA, Érika. *A Proteção da Fauna sob a Ótica Constitucional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003;
- BITENCURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1;
- CAMPOS, Carlos. *O Mundo Como Realidade* (originalmente publicado como *Estudos de Psicologia e Lógica*, 1945). Belo Horizonte: Editôra Cardal Ltda, 1961;
- CARDOSO, Haydée Fernanda. *O Reconhecimento da Personalidade Jurídica dos Animais – A Aceitação Doutrinária da Ordem Legal Vigente e a Responsabilidade Metaindividual*. BENJAMIN, Antônio Herman (org.). *Congresso Internacional de Direito Ambiental. Fauna Políticas Públicas e Instrumentos Legais*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2004;
- \_\_\_\_\_. *A Personalidade Jurídica dos Animais*. 2006. 103 f. Monografia (Graduação em Direito) Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2006;
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004;
- FERNANDEZ, Athaulpa. *A Hermenêutica Jurídica Sob a Perspectiva das Dinâmicas Evolucionárias*. Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFPA, n<sup>o</sup>. 13. Belém: Programa da Pós-Graduação em Direito;
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986;
- GORETTI, Cesare. *L'Animale Comme Soggetto di Diritto*. Rivista di Filosofia da Universidad di Milano, 1928;
- LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patryck de Araújo. WOLKMER, Antônio Carlos & LEITE, José Rubens Morato (org.). *Novas Tendências e Possibilidades do Direito Ambiental no Brasil*. In Os “Novos” Direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. 2<sup>a</sup> ed. rev. amp. e atual. Campos do Jordão, SP: Editora Mantiqueira, 2004;
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral – Arts. 1<sup>o</sup>. a 120 do CP*. 18<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2002, vol. 1;
- PAUL, Wolf. *A Irresponsabilidade Organizada? Comentários Sobre a Função Simbólica do Direito Ambiental*. Universidade Federal do Pará – Ano 2 – n<sup>o</sup>. 2 – 1989;
- PICARD, Edmond. *O Direito Puro*. 2<sup>a</sup>. Edição brasileira. Salvador, Bahia, Livraria Progresso Editora, 1954;

PRADA, Irvênia. *A Alma dos Animais*. 2ª impressão. Campos do Jordão, SP: Ed. Mantiqueira, 1997;

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: José Bushatky editor, 1974;

RODRIGUES, Danielle Tetü. *O Direito & os Animais. Uma Abordagem Ética, Filosófica e Normativa*. 1ª ed. (2003), 3ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 2005;

SINGER, Peter. *Libertação Animal*. Trad. Marly Winckler. Rev. Técnica Rita Paixão. Porto Alegre, São Paulo: Lugano, 2004.



# **A Defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil**

Edna Cardozo Dias\*

Resumo: A proteção legal dos animais: fundamentos filosóficos, códigos legais, direito pátrio, a história da promulgação das leis de proteção animal no Brasil, os animais como sujeitos de direitos, o direito à vida e à integridade física como direito de personalidade de todo ser vivo.

## **1. INTRODUÇÃO: BREVE RELATÓRIO SOBRE OS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA PROTEÇÃO ANIMAL**

A relação do ser humano com os animais sempre foi regida pela noção de domínio. Acostumado à idéia de legitimidade da exploração dos animais e da natureza, o homem tem agido, muitas vezes, com arbitrariedade, torpeza e irresponsabilidade.

No pensamento grego antigo o homem fazia parte do Universo sem qualquer autonomia. A justiça do Estado se confundia com as leis

---

\* Doutora em direito pela UFMG, Prof<sup>ª</sup> de Direito Ambiental e Urbanístico, presidente da Liga de Prevenção da Crueldade contra o Animal, autora do livro *Tutela jurídica dos*

da natureza, uma vez que o homem, imerso na totalidade do cosmo obedecia às leis físicas ou religiosas que o regiam. Esta concepção é um jusnaturalismo cosmológico.

Os pré - socráticos já afirmavam o tema essencial da unidade.

Com a crise ética e moral do século V a.C. os sofistas deslocaram o conhecimento do cosmo para o homem. Com os sofistas as indagações sobre a ordem cósmica cedem lugar às indagações sobre a ordem humana.

É a partir de Sócrates, com a máxima *Conhece-te a ti mesmo*<sup>1</sup> que o ser humano começa a engendrar o antropocentrismo.

Aristóteles em “ *A Política*” argumenta que a família se forma da união do homem com a mulher, do senhor com o escravo. E que a primeira família se formou da mulher e do boi feito para a lavra. O boi serve de escravo aos pobres.<sup>2</sup>

Aristóteles vê no fato do homem ter o dom da palavra uma forma de elevação, ao ser comparado com os outros animais que só tem a voz para expressar o prazer e a dor. Ele vê como natural o domínio do homem sobre o animal da mesma forma que para ele é natural o domínio do homem que tem idéias sobre aquele que só tem a força. Aristóteles inclui o animal na sociedade como escravo.

Já nos estoicos encontramos a idéia de que o direito natural é comum a homens e animais. Essa idéia de que todos os seres vivos estão sujeitos a uma lei, bem como a um Deus, logos, ratio ou pneuma - é um dos princípios fundamentais do estoicismo. *Todos os seres vivos participam da ratio universal*. Porém preconizavam a idéia de que a aplicação da justiça é apenas para os seres racionais. O estoicismo, de certa forma, é o precursor da teoria do contrato social.

Mas, entre os gregos a antropocentría teve uma visão limitada. Com o cristianismo o intelectualismo grego cede lugar ao voluntarismo de Deus. As atitudes generalizadas de domínio e maus tratos com os animais encontram respaldo na crença bíblica de que

---

<sup>1</sup> COELHO, Luiz Fernando. Introdução histórica á filosofia do direito. rio de Janeiro: forense, 1977, p. 59.

<sup>2</sup> ARISTOTELES. *A política*. Julian Marias Y Maria Araújo. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1951, p. XLV e 12.

Deus outorgou ao homem o domínio sobre todas as criaturas viventes. Tudo isto era mais que uma crença, era um dogma de fé. São Thomaz de Aquino afiançou o dualismo ecológico judaico – cristão, em seu “Tratado de Justiça” afirmando que “*Ninguém peca por usar uma coisa para o fim a que foi feita. As plantas vivem em função dos animais e os animais das plantas*”.<sup>3</sup> Costumava evocar estas palavras de Santo Agostinho, em a *Cidade de Deus*, livro 1, cap. 20: “*Por justíssima ordenação do Criador, a vida e a morte das plantas e dos animais está subordinada ao homem*”.

O pensamento filosófico ocidental continuou assentado nessa dualidade ontológica, que criou uma separatividade entre o homem e a natureza, e legitimou toda sorte de exploração dos animais. Assim seguiram o romantismo, o humanismo, o racionalismo, que colocaram o homem no centro do Universo.

O pensador Francis Bacon defendeu uma atitude experimentalista face aos animais e a filosofia de dominação e manipulação da natureza.

Com Descartes o racionalismo atingiu a sua culminância. Com sua máxima “*Cogito ergo sum - penso, logo existo*”<sup>4</sup> reduziu o homem à sua mente. Isto alienou o homem da natureza e dos demais seres humanos, levando a uma absurda desordem econômica, injusta divisão de bens, e uma onda crescente de violência. Nesta época difundiu-se na Europa a prática da vivisseção, que é o ato de realizar experimentos em animais vivos.

De um lado encontramos em Galileu, Descartes e Newton pensamentos que constituíram a base da revolução tecnológica e de outro, a linha que começa com Montaigne, Rousseau e Goethe, que defendem o pensamento não manipulador da natureza.

Montaigne acreditava que o Criador nos pôs na terra para servi-lo e os animais são como nossa família. Pregava o respeito não só pelos animais, mas às árvores e plantas. Montaigne dizia que aos homens devemos justiça, mas aos animais devemos solicitude e benevolência.

---

<sup>3</sup> TOMÁS DE AQUINO (Santo). Tratado de Justiça. Portugal, p.104 (Coleção Res Jurídica).

<sup>4</sup> VILLEZ Michel. philosophie de droit. Paris: Dalloz, 1986, p. 125.

Rousseau atribuía à sociedade a origem de todos os males e a instituição das desigualdades. Em sua 7<sup>a</sup> caminhada no livro “Devaneios de um caminhante solitário” ele critica o uso de animais em experimentos e a visão das plantas como bem utilitário na confecção de remédios. E afirma que nunca julgou que tanta ciência contribuísse para a felicidade da vida. Rousseau se refugiava na natureza para se furtar à lembrança dos homens e aos ataques dos maus.

Goethe criticava o ser humano por só valorizar as coisas na medida em que lhe são úteis, e por se arrogar o direito de classificar algumas plantas como ervas daninhas, ao invés de vê-las como crianças da natureza universal, tão amadas por ela quanto o trigo que o homem valoriza e cultiva.

Foi dentro desse pensamento que o filósofo inglês Thomas Hobbes de Malmesbury, com seu livro, o *Leviatã*, fundou a filosofia do direito individual moderno. Dando à linguagem o papel de formadora das relações sociais e políticas, ele excluiu os animais do contrato social. Para a formação do Estado é preciso um pacto, para cuja adesão é preciso a linguagem.

Locke, precursor do liberalismo inglês, coloca o homem em sua origem como senhor de todas as criaturas “inferiores” podendo fazer delas o que lhe aprouver. Pregava que, em princípio, tudo pertence a todos e a força do trabalho pertence a cada um individualmente, o que vem a constituir a primeira forma de propriedade privada. Segundo ele o homem pode se apossar dos frutos e das criaturas da terra. Locke retirou o animal da natureza tornando-o propriedade privada. Dizia que a natureza extra humana não tem vontades e nem direitos, são recursos à disposição de toda humanidade.

Depois de Hobbes e Locke a natureza não humana ficou fora do contrato social ou subjugada.

Na cultura ocidental, em sua vertente liberal e socialista o direito natural se limitava à natureza humana. O liberalismo e o socialismo outorgaram ao homem o título de rei da criação. E este pensamento tomou força depois das revoluções francesas e industrial. Tanto que na Declaração dos Direitos do Homem está dito: “*Todo homem*”. Não se reconhecem direitos para a natureza não humana.

Só em 1978, quase duzentos anos depois foi proclamada na Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - Unesco a Declaração dos Direitos dos Animais, onde está dito: “ *Todos os animais nascem iguais perante a vida e tem os mesmos direitos à existência.*”

O filósofo francês Michel Serres, em seu livro “ Le Contrat Naturel ( Éditions Bourin, França, 1990) defende a idéia de que é chegada a hora de substituímos a Teoria do Contrato Social ( de Hobbes), pela Teoria do Contrato Natural.

Para Serres a o homem deve buscar o estado de paz e o amor, e para tal deve renunciar ao contrato social primitivo para firmar um novo pacto com o mundo: o contrato natural.

Serres preconiza a revisão conceitual do direito natural de Locke, pelo qual o homem é o único sujeito de direito.

O mundo que foi visto como nosso senhor, depois se tornou nosso escravo, em seguida passou a ser visto como nosso hospedeiro, e agora temos que admitir que é, na verdade, nosso simbiota.

Para Serres, homem parasita da natureza e do mundo, filho do direito de propriedade, tudo tomou e não deu nada. A Terra hospedeira deu tudo e não tomou nada. Um relacionamento correto terá que se assentar na reciprocidade. Tudo que a natureza dá ao homem ele deve restituir.

Hoje a filosofia e a ciência já admitem a unidade do cosmo. E nessa unidade não há hierarquia. Os componentes dos átomos e partículas atômicas são padrões dinâmicos que não existem como entidades isoladas, mas como partes de uma rede inseparável de interações. Os físicos modernos nos mostram que toda matéria - tanto na terra como no espaço externo - está envolvida numa contínua dança cósmica . Tudo no espaço está conectado a tudo mais, e nenhuma parte dele é fundamental. As propriedades de qualquer parte são determinadas, não por alguma lei fundamental, mas pelas propriedades de todas as demais partes. O físico Heisenberg, ao estudar o mundo material, mostrou-nos a unidade essencial de todas as coisas e eventos. O mundo está envolvido em uma grande unidade, nenhum elemento está isolado, nem na

extensão presente nem na história. Átomos e mundos são levados por um só impulso e o resultado disso é a vida.

É a mesma conclusão a que chegam os místicos partindo do reino interior, enquanto os físicos partem do reino exterior.

Esta maneira nova que os físicos nos mostram de ver o Universo é a essência do Tao, fundado por Lao - Tsé ; e do Zen, que nos ensina a não nos apegarmos ao pensamento dos contrários, dos opostos. O Ser em sua plenitude está unido a tudo que vive. Essa unidade abole todas as diferenças. O ensinamento da unidade é a essência do Zen e do Tao.

Esta é, também, a cosmovisão dos pré-socráticos, que concederam ao cosmo uma alma. *Logos*, o princípio é a alma do mundo.

A diferença cosmovisão pré - socrática para a das sociedades orientais consiste no fato dessas sacralizarem a natureza enquanto que os gregos interrogavam sua natureza para descobrir o seu segredo.

Esta teoria renasceu sob o nome de Gaia, a Terra viva, através do biólogo inglês James Lovelock, para quem a Terra é um ser vivo, capaz de se regular a si mesma e ao próprio clima.

Estamos retornando à visão holística dos lendários gregos que habitavam o logos.

Para reconhecermos os direitos dos animais temos que repensar muitas coisas e mudar nossas relações com o ambiente. O movimento de libertação dos animais exigirá um altruísmo maior que qualquer outro, o feminismo, o racismo, já que os animais não podem exigir a própria libertação. Como seres mais conscientes temos o dever não só de respeitar todas as formas de vida, como o de tomar as providências para evitar o sofrimento de outros seres.

Os humanos são os únicos seres que estão na posição de ajudar e guiar os menos desenvolvidos dando um exemplo de cooperação e auxílio. São os únicos seres capazes de transformar a si mesmo e ao mundo.

Um dia o homem descobrirá um poder superior ao atômico - o do amor. O verdadeiro amor, o único, capaz de transformar o mundo. Neste dia o homem se conscientizará de que possui um dever cósmico, e então, só então, poderá dizer que é o rei de toda criação, o filho de Deus na terra.

## 2- A PROTEÇÃO DOS ANIMAIS COMO RELEVANTE QUESTÃO JURÍDICA

Diante dos habituais massacres contra os animais no decorrer da história, e da prática de atos cruéis e socialmente inaceitáveis, surgiu a necessidade da cooperação internacional, junto aos diversos países, em defesa e preservação da fauna e flora remanescentes, indispensáveis ao equilíbrio ecológico e sobrevivência das espécies e da própria humanidade. Com a evolução do processo civilizatório da humanidade a legislação de proteção animal foi surgindo, e depois sendo substituída de forma progressiva, por normas compatíveis com o saber científico atual e o estágio consciencial da humanidade.

### 2.1. NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL

Neste âmbito, tanto os animais silvestres, como os domésticos, exóticos ou migratórios, constituem bens de valor jurídico a ser protegido. Dentre as normas internacionais, relativas à proteção dos animais destacamos as seguintes: **A Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagem em Perigo de Extinção** ( Washington, em 3-3-73, aprovada pelo Brasil, pelo Dec.legisl. n.º 54, de 24-6-75, e promulgada pelo Decreto n.º 76.623, de 17-11-75, com as alterações, em Gaborone, em 20-4-83, aprovadas pelo Dec-legisl. N.º 35, de 5-12-85, e promulgadas pelo Decreto n. 92.446, de 7-3-86; **A Convenção da biodiversidade** ( Rio de Janeiro, de 5-6-92, aprovada pelo Dec. Legisl. N.º 2, de 3-2-94, promulgada pelo Dec. N.º 2.519, de 16 de março de 1998. **Agenda 21** , que constituiu um programa de ação internacional para proteção do meio ambiente no século XXI. Ela recomenda o desenvolvimento de atividades no sentido de melhorar a conservação da diversidade biológica e o uso sustentável dos recursos biológicos; **A Declaração Universal dos Direitos dos Animais** ( proclamada em Assembléia da UNESCO, em Bruxelas, em 27-1-78- proposta pela União Internacional dos Direitos dos Animais), considerando que cada animal tem direitos e que o desconhecimento ou o desprezo destes direitos tem levado e continua a levar o homem a cometer crimes

contra a natureza e contra os animais; **Declaração sobre ética experimental** (Geneva, 1981); **Declaração de Vancouver sobre a sobrevivência do século XXI** (1979); **Apelo de Sevilha contra a violência** (1986); **Declaração por um contrato de solidariedade** (Porto Novo (1989); **Nossa própria agenda** (Comissão de Meio Ambiente da América Latina e do Caribe, 1990); **Nosso futuro comum** (Redigido por um grupo de especialistas em Direito Ambiental, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1991).

## 2.2. NORMAS DE DIREITO COMUNITÁRIO

A conservação da natureza tem sido uma grande preocupação na Comunidade Econômica Européia. Neste sentido destacamos: Diretiva 79/409/CEE, de 2-4-79, que dispõe sobre a conservação dos pássaros selvagens; Diretiva 92/43/CEE, de 21-5-92, que dispõe sobre a conservação dos habitats naturais; Regulamento/CEE 338/97, de 9-12-96, que regulamenta a importação e exportação de animais selvagens; Regulamento CEE n.º 880, de 23-3-92, que instituiu o eco-label; Regulamento 2771/75/CEE, que dispõe sobre etiquetas obrigatórias para comercialização de galinhas criadas no sistema de baterias; Regulamento 3254/CEE, de 1991, que proíbe o uso de armadilhas leg-hold para capturas de animais na indústria de peles.

## 2.3. NORMAS DE DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A vigente Constituição Federal, com o objetivo de efetivar o exercício ao meio ambiente sadio, estabeleceu uma gama de incumbências para o Poder Público, arroladas nos incisos I/VII do art. 225. Os animais, independentemente de serem ou não da fauna brasileira, contam agora, com garantia constitucional dando maior força à legislação vigente, pois todas as situações jurídicas devem se conformar com os princípios constitucionais.

No âmbito da legislação ordinária o maior destaque foi dado à nova Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605, de 12-12-98, que transformou em crimes os maus tratos a animais, sejam eles domésticos, domesticados,

exóticos ou silvestres. Além dessa norma mereceram destaque o Decreto 24.645, de 10-7-34, o Código de Pesca (Decreto-lei 221 ,de 28 fevereiro de 1967), Lei de Proteção ‘a Fauna ( Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967, alterada e pela lei 7.653, de 12 de fevereiro 1988), lei da vivisseccção ( lei 6.638, de 8 de maio de 1979), lei dos zoológicos ( lei 7.173, de 14 de dezembro de 1983), lei dos cetáceos (lei 7.643, de 18 de dezembro de 1987), Lei da inspeção de produtos de origem animal ( Lei 7.889, de 23 de novembro de 1989).

### **3. A HISTÓRIA DA APROVAÇÃO DA LEIS DE PROTEÇÃO AO ANIMAL NO BRASIL**

3.1. A primeira legislação de proteção aos animais no Brasil foi promulgada no Governo de Getúlio Vargas. Em 10 de julho de 1934 o Governo Provisório promulgou o decreto 24.645, que tornava contravenção os maus tratos contra os animas. Esse Decreto foi promulgado por iniciativa da União Internacional de Proteção aos Animais – UIPA, primeira entidade a ser fundada no Brasil, que importou a legislação vigente na Europa. Em 1941, a Lei das Contravenções Penais proibia, em seu art. 64 a crueldade contra os animais. Até então tal prática permaneceu apenas como contravenção.

#### **3.2. CRIMINALIZAÇÃO DOS ATENTADOS CONTRA OS ANIMAIS**

Podemos afirmar que a modernização da legislação de proteção aos animais se deve ao empenho do terceiro setor.

A Liga de Prevenção da Crueldade contra o Animal- LPCA, desde a sua fundação, em 1983, esteve envolvida com a modernização da legislação ambiental no Brasil. Ao verificar que a punição dos maus tratos aos animais e agressões à fauna silvestre eram apenas contravenções e, via de regra, restavam sem punição, a meta de modernizar a legislação entrou para a linha de frente da LPCA. Para atingir seus objetivos a Liga trabalhou continuamente junto com a mídia, junto às autoridades e outras entidades ambientalistas do Brasil.

Em 1984, ao ensejo da reforma do Código Penal, na qualidade de presidente da LPCA, procuramos o Professor Jair Leonardo Lopes, então presidente do Conselho de Política Criminal e Penitenciária, para entregar-lhe uma proposta de criminalização dos atentados aos animais.

Nesta ocasião o Código Penal acabou sendo alterado tão somente em sua parte geral, razão pela qual a proposta não pode ser aproveitada.

Em 1988 os atentados aos animais silvestres nativos foram transformados em crimes inafiançáveis, com a alteração dos arts. 27 e 28 da Lei 5.197/67, dentro do Programa Nossa Natureza. Os atentados aos animais domésticos e exóticos permaneceram como contravenções, e sem punição.

Em 1989 a LPCA editou um boletim com a proposta de um projeto de lei para criminalização dos crimes contra os animais, que foi entregue, pessoalmente, em Brasília a cem deputados dos diversos partidos e ao Ministro da Justiça Bernardo Cabral.

Quando em 1993 formou-se no Ministério da Justiça uma comissão encarregada de, novamente, estudar a reforma da parte especial do Código Penal, mais uma vez o projeto da LPCA foi entregue a seus membros: Prof. Jair Leonardo Lopes, Evandro Lins e Silva, Wanderlock Moreira, Francisco Assis Toledo, Renée Ariel Dotti e aos conselheiros das subseções da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, bem como à Comissão de Meio Ambiente da OAB Federal.

Mais tarde, os advogados ambientalistas entenderam que, por tratar-se o Direito Ambiental de um ramo peculiar do Direito, as infrações ambientais deveriam ser elencadas em legislação própria. Foi formada uma comissão interministerial composta pelos mais ilustres advogados ambientalistas e penalistas, vinculada aos Ministérios do Meio Ambiente e Justiça. Sob a presidência do Desembargador Gilberto Passos de Freitas compunham a comissão.

A proposta da inclusão dos crimes contra os animais, independentemente de sua natureza, doméstico, exótico ou doméstico foi imediatamente encaminhada por nós ( 1996), ao Desembargador,

que prontamente atendeu ao pedido após acordo telefônico, levando a idéia para discussão na citada comissão. Informados pelo Desembargador Gilberto Passos de Freitas sobre o dia e local da reunião da comissão, solicitamos ao Desembargador que recebesse os representantes do movimento residentes em São Paulo, e, imediatamente, passamos a informação para Dra. Sônia Fonseca, presidente do Fórum Nacional de Proteção e Defesa dos Animais.

A primeira barreira a ser vencida foi oferecer elementos de convicção aos membros da comissão, que eram contrários à inclusão da proteção animal na Lei de Crimes Ambientais. O movimento promoveu um grande lobby e a Liga de Prevenção da Crueldade contra o Animal editou o livro “ Liberticídio dos animais”, onde os crimes cometidos contra os animais foram relatados com mais de cem legendas e fotos. Esse material foi distribuído não só à comissão de juristas, como aos Deputados e Senadores, que depois votariam o projeto de lei. A vitória veio com o art. 32 da Lei de Crimes Ambientais:

#### LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS

LEI N.º 9605, DE 12 FEVEREIRO DE 1998

Dispõe sobre as sanções penais e administrativas às condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Art. 32 - Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º - Incorre nas mesma penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º - A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

### 3.3. PROTEÇÃO ANIMAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Logo que foi empossada a Assembléia Constituinte o movimento de proteção animal se mobilizou em torno da inclusão da proteção animal na Constituição Federal.

A idéia foi abraçada pelo Deputado Federal Fábio Feldman, eleito por São Paulo, e ex-presidente da Comissão de Meio Ambiente da OAB-SP, e que foi o articulador dos segmentos interessados em participar da elaboração da redação do art. 225, sobre o meio ambiente, na Constituição Federal de 1988.

Coube à Liga de Prevenção da Crueldade contra o Animal – LPCA, juntamente com a União dos Defensores da terra - OIKOS, presidida por Fábio Feldman, e à Associação Protetora dos Animais São Francisco de Assis – APASFA, presidida por D. Alzira, encabeçar a lista de um abaixo-assinado, visando 30.000 assinaturas. Foram conseguidas 11.000 assinaturas, mas mesmo sem o abaixo-assinado a proteção animal foi agasalhada pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Art. 225, § 1º, inciso VII.

#### Capítulo VI

##### Do meio ambiente

**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º: Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

Inciso VII: proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Coube à Liga de Presidente da Crueldade contra o Animal, representada por sua presidente que subscreve este artigo, a defesa do

referido texto, junto ao relator da Constituição Federal, Bernardo Cabral, em cerimônia realizada no auditório Nereu Ramos, em Brasília ( 5 de junho de 1987). Na ocasião o Deputado Fábio Feldman designou um ecologista de cada região do país para defender os diversos parágrafos e incisos do capítulo sobre meio ambiente.

Após a aprovação da Constituição Federal os estados seguiram o exemplo e contemplaram a defesa animal em suas constituições. O exemplo foi , ainda, seguido por diversas leis orgânicas dos municípios. Hoje a proteção animal é uma garantia constitucional.

#### 3.4. A PROIBIÇÃO DA CAÇA NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE SÃO PAULO

Após a competente exposição contra a caça, de Ana Maria Pinheiro ( Associação de Proteção à Natureza) e Cacilda Lanuza ( Grupo Seiva de Ecologia), durante o 1º Seminário de Proteção aos Animais, realizado em 13, 14 e 15 de outubro de 1988, na Assembléia Legislativa de São Paulo, auditório Teotônio Vilela, promovido pelo deputado estadual de São Paulo Oswaldo Bettio, em parceria com a LPCA/MG e APASEFA/SP, a idéia ganhou a adesão de vários deputados daquele estado. E pelo esforço e empenho dos ecologistas a caça acabou por ser proibida no estado de São Paulo, por sua Constituição.

Embalada no exemplo de São Paulo, o estado de Mato Grosso também a proibiu, por influência da ecologista e advogada Alzira Papadimacopoulos.

Nessa ocasião a Associação Brasileira de Caça – ABC havia se infiltrado no movimento ecológico e até havia conseguido se cadastrar no Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA, de onde foi expulsa por empenho da ecologista Fernanda Colagrossi, representante das ONGs da região sudeste naquele órgão durante vários mandatos e presidente da Associação dos Amigos de Petrópolis, Patrimônio, Proteção Animal e Defesa da Ecologia - APANDE.

O movimento de proteção animal liderado por Ana Pinheiro, Cacilda Lanuza, Alzira Papadimacopoulos passou a se reunir na casa de Cacilda, de onde nasceu uma proposta de projeto de lei para proibir a caça no país. Fernanda Colagrossi levou o assunto para discussão e

apoio do CONAMA, conseguindo que fosse instituída uma Câmara de Fauna onde o assunto foi debatido. Foi assim que o assunto proteção animal, chegou à mais alta corte ambiental do país e os protetores dos animais passaram a ter voz e voto na mesma. A presidente da LPCA coube, ainda, por delegação de Fernanda Colagrossi, um assento na Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos, e mais tarde lhe coube, por meio de eleição realizada pelas ONGs-sudeste, o posto de suplente de Paulo Finotti, que sucedeu Colagrossi como representante das ONGs da região sudeste naquele conselho.

O projeto de defesa da fauna silvestre e proibição da caça no país não chegou a seu termo, mas obteve apoio de várias seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil. Em São Paulo, a Comissão de Meio Ambiente, então presidida por Pinheiro Pedro, fundou uma subcomissão de fauna, coordenada pelo Dr. Eduardo Fanganiello.

Em seminário realizado em Cabo Frio, promovido pela APANDE e a Prefeitura, protetores dos animais de todo Brasil se reuniram para discutir o assunto leis e proteção aos animais. Naquela ocasião estavam presentes representantes das ONGs do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, contando com a presença da bióloga Sônia Fonseca, que representava o Quintal de São Francisco, e passou, desde aquela época, a ter destaque no movimento.

Conforme já mencionado, malgrado o grande empenho, o projeto de proibição da caça não logrou êxito. Os animais silvestres estão protegidos pelas leis 5.197, de 3 de janeiro de 1967 e Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

### 3.5. CÓDIGO DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS

A LPCA, pelo fato de ter em sua presidência uma advogada, desde sua fundação redigiu um Código de Proteção aos Animais, que além de enumerar vários maus tratos, transformava em crime os atentados contra os animais, independentemente de sua natureza jurídica.

O código foi impresso e largamente distribuído entre as Organizações Não-governamentais, autoridades, deputados federais e estaduais de todo país. O projeto, com as devidas alterações para respeitar divisão de competências foi encaminhado a todas Assembléias

Legislativas dos estados. Destaque-se que só a União pode legislar sobre Direito Penal.

Em 1992 o Código já estava tramitando em São Paulo, por iniciativa do Deputado Afanásio Jazadji (projeto de lei 66/92), em Minas Gerais foram diversas as tentativas para sua aprovação, todas barradas pelos ruralistas, e no Rio Grande do Sul foi proposto pelo Deputado Manoel Maria Santos, transformando-se na Lei 11.915/2003. Atualmente, o projeto tramita, também no estado do Paraná.

O Deputado Manoel Maria do PTB/RS, durante mais de dez anos persistiu na aprovação do Código de Proteção aos Animais/RS. Em 21 de maio de 2003 o projeto foi transformado em lei, durante comemoração no Parque Zoológico de Sapucaia do Sul. A comemoração contou com a presença dos secretários da Educação, José Fortunati; do Meio ambiente, José Alberto Wenzel; e do chefe da Casa Civil, Alberto Oliveira; além do vereador Beto Moesch e da presidente da Fundação Zoobotânica, Verena Nygaard. Em 5 de junho, o código foi lançado em livro de bolso no solar dos Câmara, na Assembléia Legislativa/RS.

### 3.6. ABATE HUMANITÁRIO DE ANIMAIS DE CONSUMO

Quando conhecemos a veterinária Claudie Dunin, presidente da Sociedade Zoofila Educativa-SOZED, e representante da World Society for the Protection of Animals no Brasil, já em nosso primeiro contato ela expôs sua preocupação em aprovar uma lei que tornasse obrigatório o abate humanitário de animais de consumo e outra que regulamentasse os experimentos com animais vivos. Ao tomar conhecimento da nossa qualificação profissional de advogada solicitou nossa presença no Rio de Janeiro para dar uma forma jurídica às propostas que vinha levando a Brasília.

Dada uma forma jurídica que resultou em um ante-projeto de lei de abate humanitário, acompanhamos Dra. Claudie a Brasília, onde ela o entregou ao deputado Fábio Feldman.

Nesse ínterim, Dra. Claudie, que transitava também em São Paulo, levou o projeto às entidades daquela cidade, que o aperfeiçoaram, e conseguiram sua aprovação no estado, por intermédio do Deputado

Oswaldo Bettio. Várias representantes ilustres do movimento estiveram envolvidas na sua aprovação, como a bióloga Sônia Fonseca, hoje representante do Fórum Nacional de Proteção e Defesa dos Animais. Depois aprovaram o projeto Rio Grande do Sul ( graças ao empenho de Benjamin Barbiaro) e Ceará (graças ao empenho de Geuza Leitão de Barros). Em Minas Gerais o projeto foi apresentado em várias legislaturas, pelo Deputado Marcos Helênio ( projeto 557/95), mas foi barrado pela bancada ruralista.

Por exigência do Mercosul, o Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária foi alterado, adotando a obrigação de insensibilização prévia do animal antes do abate para consumo.

Foram realizados vários encontros em Brasília para se regulamentar o novo texto do decreto, e mais uma vez, a bióloga Sônia Fonseca foi a representante do movimento para o assunto abate humanitário, junto ao Ministério da Agricultura. Entretanto, o projeto só viria a ser regulamentado, bem mais tarde, pela Instrução Normativa 3, da Secretaria de Defesa Animal do Ministério da Agricultura e Abastecimento, de 17 de janeiro de 2000.

#### **4. LIVROS JURÍDICOS SOBRE PROTEÇÃO DA FAUNA**

4.1. Até 1996 não havia qualquer bibliografia de proteção aos animais no Brasil. Apenas artigos e pareceres exparsos notabilizando-se os publicados pela prof<sup>a</sup>. Helita Barreiro Custódio, do Conselheiro Editorial da revista Forum de Direito Urbano e Ambiental. Hoje podemos citar, em sucessão cronológica, os seguintes autores e livros:

4.2. Laerte Fernando Levai, *Direito dos animais*, Editora Mantiqueira, 1996, revisto e ampliado em 2004. Levai é formado em Direito e Jornalismo, ingressou no Ministério Público em 1990. Atua como Promotor de Justiça em São José dos Campos, depois de ter sido titular nas comarcas de São Bento do Sapucaí e Caraguatatuba. Ajuizou as pioneiras ações civis públicas contra o abate cruel da animais em matadouros, a experimentação animal e os abusos de animais em circos.

Propôs a primeira ação penal contra organizadores de rodeios, além de denúncias contra pessoas jurídicas que cometeram crimes ambientais.

4.3. Edna Cardozo Dias: *Tutela jurídica dos animais*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2000.

Primeira tese de doutorado no Brasil versando sobre a proteção dos animais. A tese enfatiza que os direitos dos animais fazem parte do processo evolutivo das declarações de direitos, e que os animais devem ser reconhecidos como sujeitos de direitos. O livro fala, ainda, das leis de proteção aos animais, em vigor, tanto a nível internacional, comunitário, como nacional.

4.4. Diomar Ackel Filho: *Direito dos animais*. Themis, São Paulo, 2001. Ackel é advogado em São Paulo e magistrado aposentado. Leciona Direito Administrativo na Universidade Braz Cubas de Mogi das Cruzes.

4.5. Luciana Caetano da Silva: *Fauna terrestre no Direito Penal brasileiro*. Mandamentos, Belo Horizonte, 2001. Tese de mestrado da prof<sup>a</sup>. Luciana, pela Universidade Estadual de Maringá, Professora de Direito Penal na Universidade de Maringá.

4.6. Geuza Leitão: *A voz dos sem voz, direitos dos animais*. INESP, Fortaleza, 2002. Geuza é Admnsitradora de Empresas e advogada, especializou-se em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará e fez da luta de defesa dos animais o sentido maior de sua vida. É responsável pela maioria das leis de proteção aos animais naquele estado. É Procuradora Autárquicas em Fortaleza, foi Conselheira da OAB/CE e é representante da União Internacional de Proteção aos Animais – UIPA, no Ceará.

4.7. Danielle Tetü Rodrigues: *Direito & os animais, uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Juruá, Paraná, 2003. Daniela é mestre em Direito Econômico e Social pela PUC/PR e Desenvolvimento pela UFPR. Leciona Direito Penal na Faculdade de Direito de Curitiba.

## 5. CONCLUSÃO:

Os animais em suas diversas categorias - silvestre, nativo ou exótico, doméstico ou domesticado- fazem parte da ampla variedade de seres

vivos integrantes da biosfera. O meio ambiente, constituído pelos fatores abióticos e bióticos, que compreendem todos os seres vivos em relação formam um todo onde nada pode ser excluído. Sob o ponto de vista legal os animais, sem qualquer discriminação em categoria estão inseridos no capítulo do Meio Ambiente da Constituição Federal, cujos preceitos asseguram sua total proteção pelo Poder Público e a comunidade. Estão ainda amparados pela Lei de Crimes Ambientais.

Entretanto, o que se vê na prática é que os atentados contra fauna são punidos timidamente, e de forma imediata só quando o crime se insere nas modalidades de crime ecológico, ou seja, quando o ato ameaça a função ecológica de um animal silvestre no ecossistema.

Para a maioria dos doutrinadores o Direito protege os animais com o intuito de proteger o homem, daí uma habitual atenção dirigida aos animais silvestres, em detrimento dos domésticos. O extermínio da vida de um animal doméstico é aceita pelo sistema que prioriza os direitos econômicos. Não existe uma vontade política para a proteção dos animais domésticos, além de haver um descaso com a proteção dos silvestres. Tanto que, apesar de ser de competência dos órgãos ambientais que compõem o Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA protegê-los, tais órgãos não contam com uma diretoria competente para fiscalização de animais domésticos.

De outro lado, enquanto a lei considera os animais silvestres como bem de uso comum do povo, ou seja um bem difuso indivisível e indisponível, já os domésticos são considerados pelo Código Civil como semoventes passíveis de direitos reais. Assim que é permitida a apropriação dos animais domésticos para integrar o patrimônio individual, diferentemente do que ocorre com o bem coletivo.

Quando o Poder Público aplica a Lei de Crimes Ambientais em defesa da função ecológica dos animais a atitude é aceita pela doutrina majoritária e pela crença dominante. Ao contrário, quando se procura inibir maus tratos aos animais existe uma resistência, que se esbarra não só na insensibilidade generalizada, mas no falso conceito de que existem vidas que valem mais que as outras.

Como se vê a organização dos poderes constituídos, a mentalidade científica e a crença popular são as grandes responsáveis pelo tratamento

ético e jurídico dispensado aos animais na atualidade, e pela discriminação ainda maior contra os animais domésticos.

Precisamos acordar para o fato de que é chegada a hora de se esfacular os velhos tabus. A vida é um bem genérico e, portanto o direito à vida, constituiu um direito de personalidade igualmente do animal, assim como do homem. O animal, embora não tenha personalidade jurídica, possui sua personalidade própria, de acordo com sua espécie, natureza biológica e sensibilidade. O direito à integridade física é imanente a todo ser vivo, e está umbicado à sua própria natureza, indiferentemente de ser humana ou não humana, silvestre ou doméstica.

O certo é aceitar a natureza *sui generis* dos animais, afim de que sejam compreendidos como sujeitos de direitos. Seus direitos são reconhecidos e tutelados, e podem ser postulados por agentes titulados para esse mister, que agem em legitimidade substitutiva.

Enfim, todos os animais merecem igual proteção e consideração, os silvestres nativos ou exóticos e os domésticos. Temos que combater com veemência o tráfico de animais, a biopirataria, a vida e integridade de todo ser vivo, e todo especismo.

## **BIBLIOGRAFIA**

ARISTÓTELES, *A política*. Marias Jullien y Araujo Maria. Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1951.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: UnB, 1997.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de política*. 8.ed., Brasília: UnB, 1995.

COELHO, Luiz Fernando. *Introdução histórica da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CUSTÓDIO, Helita Barreira, Condutas lesivas à fauna silvestre. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, p. 87, ano 17, p. 87-107, abr./jun. 1993.

\_\_\_\_\_. Código de Proteção ao Meio Ambiente. São Paulo, *Boletim de Direito Administrativo*, jul. 1991.

\_\_\_\_\_. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. Parecer datado de 7 de fevereiro de 1997, dirigido à Dra. Sônia Fonseca, diretora da UIPA. Datil, inédito.

- DIAS, Edna Cardozo. *Tutela jurídica dos animais. Mandamentos*. Belo Horizonte: 2000.
- LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1996.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. São Paulo: Forense Universitária, 1992.
- RODRIGUES, Daniela Tetu. *O direito e os animais*, Juruá. Curitiba: 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Os devaneios de um viajante solitário*. 3. ed., Brasília: Editora da UnB.
- SERRES, Michel. *O contrato natural*. Tradução de Beatriz Sidoux. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.
- SOFFIATI, Aristides Arthur. *A natureza no pensamento liberal clássico*. Campos dos Goitacases, 1992. Datil, inédito.
- TOMAS DE AQUINO (Santo), *Tratado de justiça*. Tradução de Fernando Couto. Portugal: Rés (Texto constante da Summa Theologica).
- VILLEY, Michel, *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1986.
- WOELMANN, Sérgio, *O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes*. 2. ed., Porto Alegre: Coleção Filosofia, 1994.

— | |  
—

— | |

— | |

—

**Dos Direitos morais aos  
Direitos Constitucionais  
Para além do especismo elitista  
e eletivo\***

Sônia T. Felipe\*\*

**UM POUCO DE HISTÓRIA**

No final do século XVIII, em 1776, foi publicado um texto de filosofia moral, quiçá o único escrito à época inteiramente em defesa dos animais. Esse texto, *Uma dissertação sobre a compaixão e o pecado da crueldade contra animais brutos*, de Humphry Primatt,<sup>1</sup> foi construído

---

\* Uma versão preliminar deste artigo foi apresentada na Sessão Plenária pelos Direitos Animais do I Congresso Vegetariano Brasileiro e Latino-americano, organizado em agosto de 2006 em São Paulo, no Memorial da América Latina, pela Presidente da Sociedade Vegetariana Brasileira, Marly Winckler.

\*\* Autora de “Por uma questão de princípios: alcance e limites da ética de Peter Singer em defesa dos animais”. Florianópolis: Boiteux, 2003; “Ética e Experimentação Animal: argumentos abolicionistas”. Florianópolis: EDUFSC, 2007. Artigos na rede: <http://www.cfh.ufsc.br/ethic@CAPA53.htm>; [www.vegetarianismo.com](http://www.vegetarianismo.com); [www.criticanarede.com](http://www.criticanarede.com); <http://www.internichebrasil.org>

<sup>1</sup> PRIMATT, Humphry. *The Duty of Mercy*. Edited by Richard D. Ryder. Fontwell, Sussex: Centaur Press, 1992.

rigorosamente com argumentos lógicos, exigindo a completa redefinição dos conceitos cultivados pela tradição moral e religiosa em relação ao valor da vida e do sofrimento dos animais. Em defesa da paz para a vida dos animais, a voz de Primatt é solo no âmbito da igreja cristã, dissonando da doutrina oficial, legada por Tomás de Aquino aos católicos.<sup>2</sup>

No mesmo ano, 1776, os norte-americanos proclamavam a liberdade, a igualdade, a autonomia biográfica e o direito de buscar a própria felicidade sem impedimentos injustificáveis, como princípios éticos, econômicos e políticos, para orientar sua vida de modo independente em relação ao domínio político britânico. Falava-se de igualdade para todos os cidadãos. Mas, na política, não se falava de igualdade para todos os animais. O direito à vida, restringia-se apenas aos humanos. A vida boa, serena, feliz, também. O direito de viver em paz, dizia respeito apenas aos humanos. Por isso, pode-se considerar aquela declaração de direitos fundamentais, um esboço da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DDHH), proclamada em 1948. Apenas os humanos, em todos os artigos, são considerados moralmente dignos de respeito e proteção. Uma declaração, portanto, *especista*, de cunho antropocêntrico. Enquanto *antropocêntrica*, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foca apenas aquilo que diz respeito às liberdades fundamentais do ser humano. Enquanto *especista*, reconhece que tais liberdades são importantes, *por* serem humanas, e deixam de ser importantes, *se* forem importantes para animais não-humanos.

Essa é a matriz cognitiva de nossa herança moral *humanista*: somos especistas e antropocêntricos. A dificuldade para livrar-se de tal formatação conceitual é tão grande, que, ao reconhecermos que somos

---

<sup>2</sup> Em 1897, o Dicionário Católico descrevia nos seguintes termos o estatuto dos animais: “They (sic) are not created by God. They have no rights. The brutes are made for man, who has the same right over them which he has over plants and stones. He may kill them for his food; and if it is lawful to destroy them for food, and this without strict necessity, it must also be lawful to put them to death, or to inflict pain upon them, for any good or reasonable end, such as the promotion of man’s knowledge, health, etc., or even for the purpose of recreation.” Apud LINZEY, Andrew. *Animal Rights: A Christian Assessment of Man’s Treatment of Animals*. London: SCM Press, 1976, p. 20.

guiados por conceitos especistas em nossa relação com os animais, e, desejando superar essa limitação mental e moral, tendemos a adotar uma postura anti-especista elitista, marcada pelo especismo eletivo: passamos a defender os animais escolhendo os que julgamos mais adequados à expressão de nossa necessidade afetiva, estética, econômica, etc. *Elegemos*, então, certos animais, de acordo com nossa predileção. Por isso os chamamos de “animais de estimação”.

Essa prática não se limita àqueles que compram animais para lhes fazer companhia. É prática recorrente nos grupos de defesa dos animais. Enquanto defendem araras, tucanos, mico-leão-dourado, capivaras, baleias, golfinhos, cães, cavalos, por exemplo, muitos são indiferentes a rodeios, circos, zoológicos, galpões de confinamento, e laboratórios de experimentação, isto é, indiferentes ao sofrimento e à dor de porcos, vacas, galinhas, avestruz, bezerros, coelhos, camundongos, ratos, etc.

Dito de outro modo, *defendemos* com facilidade uma certa espécie de vida animal, via de regra aquela pela qual temos alguma predileção. Mas, por fazermos depender a defesa moral, política e jurídica dos animais, de nossos afetos e predileções, acabamos por nos assemelhar aos caçadores. Passamos a *caçar* um tipo de animal, um que se *pareça* com alguém que julgamos merecer carinho e proteção. Só então encontrarmos, nessa identificação afetiva, a força necessária à luta contra sua escravização, a exploração de seu corpo, abuso e extermínio. Não fugimos, desse modo, nem do *antropocentrismo*, nem do *especismo*.

## **DO ESPECISMO**

O termo especismo, criado por Richard D. Ryder, nos anos setenta, para indicar uma forma de desconsideração moral, aquela praticada pelos humanos contra os interesses dos animais, sob o pretexto de que os interesses dos animais, ainda que sejam da mesma ordem dos interesses humanos, não têm o mesmo peso moral desses, por serem interesses não-humanos.

Pode-se denominar o especismo de *chauvinismo*, o preconceito através do qual as qualidades de outra pessoa nunca são consideradas tão boas quanto as próprias qualidades. O chauvinista se autoproclama

superior em sua natureza. Analogamente, no *especismo elitista*, que declara a superioridade dos seres dotados de razão, a capacidade de um animal de sentir dor e de sofrer nunca é considerada tão relevante quanto a capacidade de sentir dor e de sofrer de um humano, pelo simples fato de que aquela dor não é sentida por um sujeito da espécie humana.

Mas, no sentido original, o termo *especismo* não se desdobra. Sugiro que distingamos, a partir desse momento, duas formas de especismo: o *elitista*, que considera os interesses de sujeitos racionais sempre mais relevantes, pelo simples fato de que os sujeitos dotados da capacidade de raciocinar são membros da espécie *Homo sapiens*; e o *eletivo* ou *afetivo*, que considera importante defender os interesses de um animal, apenas quando sua figura ou forma de interação desperta no sujeito alguma simpatia, ternura ou compaixão. Na prática especista eletiva, o sujeito permanece indiferente ao sofrimento dos animais que não se incluem no âmbito de sua predileção.

A concepção das duas formas de especismo, *elitista* e *eletivo*, nos permite avançar na compreensão psicológica e moral de nossa aparente incapacidade para superar o *especismo* da matriz cognitiva e moral na qual constituímos nossa concepção humana sobre o estatuto dos animais.

Para superar as duas formas de especismo, é preciso parar de usar nossa predileção elitista e afetiva, como referência moral, através da qual o valor de qualquer indivíduo passa a ser estabelecido.

A passagem da defesa de direitos morais aos direitos constitucionais para os animais deve ser feita com base na superação das duas formas de especismo acima distinguidas. Em outras palavras, é preciso reconhecer *valor inerente* (Tom Regan) ao animal, pelo fato de este ser *sujeito-de-sua-vida*, independentemente de seu *desenho* despertar, ou não, em nós, qualquer afeto especial. O viver em paz, para um animal, não pode depender das emoções humanas, pois essas nem sempre são de boa índole. Humanos *amam*, por vezes, atormentando o *amado*.

Ao acrescentar o qualificativo antropocêntrico, ao termo especismo, quero tratar de uma outra forma de especismo, interna e presente nos próprios defensores dos animais: a eleição de uma determinada espécie animal como escudo para a luta política, enquanto os animais que não pertencem a essa espécie eleita continuam a sofrer todo tipo de maus-

tratos, negligência e abandono, sem merecer a menor consideração. Diria, então, para caracterizar as duas formas de especismo, que temos um componente racional e outro emocional, em nossa concepção especista da natureza viva.

Por conta do componente racional, em nossa concepção especista da natureza viva, defendemos os interesses humanos como supremos, afirmando que são interesses de seres dotados de razão. Por conta do componente emocional, em nossa concepção especista da natureza viva, defendemos alguma espécie animal, por despertar em nós simpatia, ternura, compaixão ou temor. Nos dois casos, continuamos a considerar que são dignos de consideração, de serem preservados, apenas os interesses que podem ser enquadrados em nosso conceito moral de valor. Mudamos então, esse conceito, para adaptar nossa vida pessoal e nossa consciência às exigências por ele estabelecidas. Todos os outros animais continuam excluídos de nossa compreensão moral.

Entre os séculos XVIII e XIX, a filosofia moral britânica recebeu ainda, além do texto referido acima, de Primatt, as contribuições de Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Henry Sidgwick e Henry Salt, relativamente à urgência moral da expansão dos princípios da liberdade, igualdade e justiça, para contemplar a necessidade de respeito ao *bem-estar específico* de todos os animais dotados de *senciência*, capazes, por isso, de sentir dor e de sofrer com a limitação da liberdade física e constrangimentos fisiológicos e emocionais aos quais podem ser condenados pela interação humana em sua natureza.

## **FUGINDO DO ESPECISMO ELITISTA, CAINDO NO ELETIVO**

No século XIX foram criadas na Europa ocidental as primeiras leis de defesa dos animais. Mas, elas não contemplaram todas as espécies animais. Conforme dito acima, para compreender as lacunas da luta política em defesa dos animais é preciso ter consciência dos limites conceituais criados pela própria racionalidade a partir da qual a luta é empreendida. Se somos *especistas elitistas* por conta de nossa moral baseada na tradição e não queremos repetir seus erros, é preciso

reconhecer que os padrões do pensar com os quais operamos para romper com a tradição ainda são um legado desta mesma razão. Em outras palavras, se a *razão* que nos coloca num patamar superior em relação aos outros animais é *calculativa* ou instrumental não se pode esperar de uma legislação formulada nessa matriz a não ser leis de proteção animal que protegem muito bem os interesses econômicos subjacentes ao sistemático uso dos animais.

## LEIS ESPECISTAS ELETIVAS

Em 15 de maio de 1809, Lord Erskine apresentou um projeto ao parlamento para instituir a proteção legal dos animais na Inglaterra.<sup>3</sup> Este projeto-de-lei foi aprovado na Casa dos Lordes mas rejeitado na dos Comuns.<sup>4</sup> A aristocracia distanciava-se das práticas de maus-tratos às bestas. A burguesia tirava seus lucros, delas.

Richard Martin conseguiu fazer aprovar a lei de Prevenção à Crueldade e Tratamento Inadequado do Gado [a lei que “proibia a todos de açoitar brutal ou cruelmente: cavalo, égua, potranca, mula, asno, boi, vaca, novilha, bezerro, ou qualquer outro gado”<sup>5</sup>], em 10 de junho de 1822. A aprovação da Lei de Martin fez crescer o entusiasmo dos nobres pela causa animal, levando-os a fundarem a Royal Society for the Protection of Animals, RSPA.<sup>6</sup>

Até 1846 a legislação norte-americana protegia os animais somente na condição de objetos de propriedade. Os animais citados são os domesticados pelo trabalho ou explorados comercialmente: cavalo, vaca, ovelha, porco. Os de estimação e silvestres não eram incluídos.<sup>7</sup> Não há nos textos daquelas leis quaisquer referências à dor ou sofrimento animal.

---

<sup>3</sup> FAVRE, David and TSANG, Vivien. The Development of Anti-Cruelty Laws During the 1800's. In: RANDALL, Lockwood and ASCIONE, Frank R. (Eds.) *Cruelty to Animals and Interpersonal Violence*. Readings in Research and Application. Purdue University Press/ West Lafayette, Indiana, 1998, p. 34. Citado Favre e Tsang, DAL.

<sup>4</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 35.

<sup>5</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 35.

<sup>6</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 35.

<sup>7</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 38.

A preferência pelas espécies domesticadas com fins comerciais evidencia os interesses reais subjacentes àquelas leis de proteção animal: a valorização da propriedade privada.

Só era crime causar dano a um animal se este fosse propriedade de alguém. Maltratar e machucar o próprio animal, não era crime. Do mesmo modo, não o era, maltratar ou machucar um animal doméstico, sem dono, ou um silvestre.<sup>8</sup>

### **O ESPECISMO ELETIVO NAS PROPOSTAS DE LEI: A QUESTÃO SE TORNA POLÍTICA.**

Em 1829, a *New York Law* estabelece em seu §26: “Toda pessoa que [...] maldosamente matar, aleijar ou ferir qualquer cavalo, boi ou outro bovino, ou ovelha, pertencente a outro, ou [...] maldosa e cruelmente açoitar ou torturar qualquer desses animais, pertencente a ele ou a outro, deve ser acusado e julgado culpado de um delito.”<sup>9</sup> A ênfase continua sendo comercial: matar, mutilar, ferir, são ações que estragam o corpo do animal, sempre tido como objeto da propriedade, alheia, ou própria. Ainda uma vez, era evidente a predileção pelos animais com valor comercial. Ela não restringiu a liberdade humana em relação a cães e ursos, por exemplo. Favre e Tsang a criticam, nos seguintes termos: “O legislativo não tinha, ainda, reconhecido conceitualmente que, se era errado torturar cruelmente uma vaca, deveria também ter sido errado torturar um gato ou um cão. A questão crucial não deve ser o valor comercial do animal para seu proprietário, mas a capacidade do animal de sofrer.”<sup>10</sup> A lei de proteção às *bestas*<sup>11</sup> excluía todo animal sem valor comercial.

<sup>8</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 39.

<sup>9</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 40.

<sup>10</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 42.

<sup>11</sup> Definição de “besta”, em 1856, em Minnesota, USA: “[I]t seems to me, that all [animals] such as have, in law, no value, were not intended to be included in that general term.... The term beasts may well be intended to include asses, mules, sheep and swine, and perhaps, some other domesticated animals, but it would be going quite too far to hold that dogs were intended.” Favre e Tsang, DAL, p. 43.

O especismo eletivo, até nossos dias, pode ser interpretado segundo a tese de Favre e Tsang: as leis de proteção animal padecem de uma confusão, por não distinguirem, elas mesmas, se a proibição da crueldade e maus-tratos se deve ao valor da propriedade, ou ao sofrimento animal.<sup>12</sup> Nesse sentido, pode-se dizer que a legislação sofre um dilema que não está em seu poder superar: ou atribui valor venal, ou valor moral, à vida e à integridade física e emocional de seres sencientes.

Em 10 de abril de 1866 foi criada por Henry Bergh a *American Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, ASPCA. Houve uma modificação no texto da *Lei de Nova Iorque*, no qual foi introduzidas as expressões: “ou outro animal” (além dos citados na lei de 1829), e “pertencente a ele mesmo ou a outro”, para incriminar também os proprietários. Os animais *prediletos* continuaram a ser exclusivamente os de valor comercial, as *bestas*.<sup>13</sup>

Em 1867, Henry Bergh reformulou outra vez o texto da lei anterior, acrescentando a expressão, “toda criatura viva” (*any living creature*), para redefinir a abrangência da lei de proteção animal. A lista de atos criminosos foi ampliada: carregar em excesso, guiar em excesso, torturar ou atormentar, privar do sustento necessário, bater desnecessariamente, mutilar ou matar desnecessariamente. Nestas modificações, apontam Favre e Tsang, o “foco muda do estado mental do indivíduo para a evidência objetiva do que acontece ao animal.” Esta lei tornou as rinhas e quaisquer outros tipos de luta entre animais, ilegais. Embora continuasse a citar algumas espécies, por exemplo, touros, ursos, cães e galos, ela abrangia todos os animais. Com ela, o transporte de seres vivos foi regulamentado pela primeira vez.<sup>14</sup>

O especismo eletivo aparece claramente mesmo nessa lei de 1867, elaborada por Henry Bergh: “investigações ou experimentos conduzidos

---

<sup>12</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 43.

<sup>13</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 45.

<sup>14</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 47.

de forma apropriada [...] numa faculdade de medicina ou universidade do Estado de Nova Iorque “, foram tornados exceção à lei<sup>15</sup>.

A evidente *predileção* individual ou coletiva por certos animais fica patente no chamado “caso das tartarugas”, vendidas por um barqueiro, que as carregava com o casco e corpo perfurados e aquele virado para baixo, atadas umas às outras. Em 1868, Henry Bergh foi considerado “obsessivo”, ao aplicar a regulamentação do transporte de animais aos donos desse barco. O juiz mandou que Bergh fosse para casa, cuidar de seus afazeres. Os jornais o ridicularizaram. Todos o achincalhavam. O *caso das tartarugas* não resultou em qualquer benefício imediato para elas. Mas o fato de Henry Bergh tornar-se objeto público de chacotas fez com que todos voltassem sua atenção para a atividade política de defesa dos animais, que ele realizava. A causa ganhou inúmeros novos adeptos, em Nova Iorque.<sup>16</sup> Embora a lei de Nova Iorque tivesse adotado a expressão, “toda criatura viva”, para designar “animais”, o *especismo eletivo* predominou, e ainda predomina, em todas as leis de proteção aos animais. Finalmente, as tartarugas também foram consideradas capazes de sofrer com o tipo de tratamento que lhes era destinado no transporte de Cuba para Nova Iorque, voltadas com as costas para baixo, o casco e corpos perfurados e trespassados por uma corda que as atava umas às outras, em pencas. Em 1911, este tipo de transporte foi considerado desumano e cruel. O mestre da tripulação de um desses barcos foi, pela primeira vez, condenado.

O especismo eletivo igualmente se mantém na definição do que seja crueldade ao infligir a morte a animais de espécies diferentes. A crueldade é algo mais do que simplesmente matar, algo injustificável praticado contra o animal, assim o afirmam os juizes. Matar, considerando-se o ato mesmo de tirar a vida de um animal (não-humano), não traduz simplesmente “crueldade”, profere a corte no caso *Horton v. State*, em 1900, nos EUA. [De] “outro modo [adverte] não se poderia abater um porco ou um boi para o mercado, e o homem

---

<sup>15</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 49.

<sup>16</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 50.

não poderia mais comer carne”.<sup>17</sup> A predileção pessoal ou *política* por certos animais, e a indiferença quanto a outros, são mantidas quando se torna *exceção* os casos de “necessidade” ou “utilidade” da inflição de dor ou morte a certos animais.

## O ESPECISMO ELETIVO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Congresso Nacional brasileiro temos o mesmo compromisso. Segundo Edna Cardozo Dias, a “primeira legislação brasileira relativa à crueldade contra os animais foi o Decreto 16.590, de 1924”.<sup>18</sup> Os animais contemplados com a proibição de espetáculos cruéis foram: touros, garraios, novilhos, galos e canários. Seguiram-se, a ele: o Código de Pesca, Lei 221, de 28 de fevereiro de 1967; a Lei de Proteção à Fauna, Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967, alterada pela Lei 7.653, de 12 de fevereiro de 1988; a Lei de Visissecção, lei 6.638, de 8 de maio de 1979; a Lei dos Zoológicos, Lei 7.173, de 14 de dezembro de 1983; a Lei dos Cetáceos, Lei 7.643, de 18 de dezembro de 1987; a Lei de Inspeção de Produtos Animais, Lei 7.889, de 23 de novembro de 1989; a Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.<sup>19</sup> Cada uma dessas leis representa um marco político, pois estabelece limites à atividades com fins econômicos para todos os que dependem daquela forma de exploração animal.

Para os demais cidadãos, entretanto, as leis de proteção aos animais, mesmo tendo em seu título a especificação de uma espécie animal ou atividade econômica relacionada a ela, parecem proteger *os* animais. O que ninguém parece perceber é que a proteção *eletiva* de uma espécie animal revela a indiferença em relação à condição miserável da vida de outros animais igualmente explorados com fins comerciais.

<sup>17</sup> Favre e Tsang, DAL, p. 57.

<sup>18</sup> *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 155.

<sup>19</sup> Apud Edna Cardozo Dias, *Op. cit.*, p. 155.

## ESPECISMO ELITISTA, ESPECISMO ELETIVO

As leis de proteção aos animais, criadas no século XIX em outros países para superar o *especismo elitista*, sofrem de uma forma de *especismo eletivo*. Este discrimina todos os animais excluídos de cada uma das leis especiais, em função de não representarem a espécie que desperta em nós compaixão moral e consideração política. Esta forma de especismo tem um componente eletivo pois está diretamente fundada sobre nossas predileções particulares, nossos afetos, emoções ou interesses econômicos.

Na Europa, os silvestres não são citados nas primeiras leis de proteção aos animais. A caça é uma atividade que representa interesses poderosos em todos os sentidos, do econômico ao cultural e psicológico, na tradição européia. Os animais domesticados para o abate também foram excluídos da proteção jurídica, não foram citados nem lembrados nas primeiras leis de proteção animal aprovadas na Europa e nos Estados Unidos, no século XIX e na maior parte do século XX.

Quando se quer abolir o *especismo*, de que sofrimento, afinal, se fala? Pode-se falar do sofrimento dos animais usados para o trabalho, especialmente os empregues no transporte e tração, via de regra propriedade dos trabalhadores pobres. Defende-se, então, o direito dos pobres animais, propriedade de pobres, de não serem assoberbados com o peso das cargas que têm de puxar. Pobres não têm meios para adquirir motores para tração. Pode-se falar, ainda, do sofrimento dos animais enjaulados em zoológicos, dos usados em espetáculos. Fala-se abertamente do não-direito de um homem de maltratar ou abandonar um animal que lhe faz companhia. Mas todos se calam sobre o sofrimento dos porcos, das aves e das vacas usados para a produção de carne e derivados.

As primeiras leis de proteção animal, do mesmo modo como o fazemos hoje, elegem “certas espécies”, só as “certas”, como alvo da proteção legal. Ao mesmo tempo, incapazes de superarem genuinamente o *especismo elitista*, racional, condenam outras espécies, as que não servem de alvo da proteção, as “erradas”, ao mais completo abandono jurídico, por não serem, aqueles animais, alvo de nenhuma predileção, enquanto

vivos, somente mortos. A predileção humana por animais em forma cadavérica é evidente pelo silêncio dos textos jurídicos relativamente a sua condição. Juridicamente, o que não é citado, não existe. Sem personalidade jurídica, não há direitos.

Os animais são citados como “objetos de propriedade” desde as tábuas da lei de *Eshnunna* e *Hammurabi*, no terceiro milênio anterior à nossa era. Escravos e escravas humanos, bois, cabras, cães e gatos aparecem nas tábuas da lei, sempre relacionados a preços, custos, usos e valor comercial. Destruir um elemento da propriedade de um homem livre, de um *awilum*,<sup>20</sup> implicava em multa, estipulada por lei. O sofrimento do animal maltratado não tinha valor algum. O dano à propriedade, sim.

Na tradição judaica, os animais são citados também como elementos da propriedade, e seu bem-estar está relacionado ao direito do proprietário de manter sua propriedade valorizada.<sup>21</sup> O dever de tratar bem os animais domesticados para o trabalho humano vincula-se ao direito humano de ter o valor investido no animal preservado, e ao direito humano de possuir instrumentos para realizar seu trabalho. Animais, nesse sentido, são tidos como “coisas”, ainda que “vivas”, constitutivas da “pessoa” do “proprietário”.

Enquanto a concepção de “coisa viva” não for substituída pela concepção de “ser sujeito de uma vida”, conforme o sugere Tom Regan, e Gary L. Francione, os animais dificilmente serão considerados em sua natureza própria, com direito ao próprio bem-estar, e à proteção contra a destruição do ambiente natural e social nos quais sua natureza encontra prazer de viver.

---

<sup>20</sup> Termo que designa o homem livre, proprietário, considerado sujeito de direito comercial e digno da proteção da lei. Cf. BOUZON, Emanuel. *Uma coleção de Direito Babilônico pré-hammurabiano*. Petrópolis: Vozes, 2001; e, do mesmo autor, *O Código de Hammurabi*. Petrópolis: Vozes, 2003.

<sup>21</sup> Sobre o estatuto dos animais na tradição judaica, ver BLEICH, David J. *Judaism and Animal Experimentation*. In: REGAN, Tom (Ed.). *Animal Sacrifices: Religious Perspectives on the Use of Animals in Science*. Philadelphia: Temple university press, 1986, p. 63 ss.

Na primeira metade do século XIX, escrevem David Favre e Vivien Tsang,<sup>22</sup> ainda se desconsiderou na legislação a capacidade de sofrer do animal. Mas, quando as primeiras leis são estabelecidas na Inglaterra e nos Estados Unidos para a proteção jurídica dos animais, na segunda metade do século XIX, o reconhecimento da *senciência* nos animais tornou-se evidente. A passagem da defesa de direitos morais à defesa de direitos constitucionais para os animais, apelo feito por Humphry Primatt, no final do século XVIII, continua a ser feita, nesses dois séculos mais recentes de nossa história, de forma intermitente.

Temos, por conta do especismo eletivo acima referido, a defesa enfática de uma certa categoria de animais, por vezes, dos que são alvos da caça marinha, por outras, dos confinados em sistema intensivo de produção pela indústria da carne. Uns levantam a voz contra o uso de animais em espetáculos, conseguindo sua proibição em certos municípios, a exemplo do que o fizeram Blumenau e Florianópolis, em Santa Catarina. Outras vezes levantam-se contra a produção de animais como se fossem itens ou utensílios para os laboratórios de pesquisa em modelo vivo.

Cada um desses movimentos luta contra o especismo. Mas, se forem conduzidos de forma sectária, tornam-se especistas eletivos: cada movimento escolhe um animal, ou um tipo de maus-tratos como alvo de sua indignação, permanecendo indiferente ao que outros animais sofrem em outros âmbitos da atividade humana. Os movimentos de defesa e proteção dos animais, por serem eles mesmos especistas eletivos, não seguem o mesmo ritmo, nem sequer chegam a ser “contemporâneos”.

Atribuo essa intermitência ao fato de que, por sermos especistas, no sentido elitista (racional) ou eletivo (emocional), ao pretendermos abolir o especismo acabamos por adotar o modo mais prazeroso de o fazer, qual seja, elegendo “certos animais” como alvo de nossa proteção e não reconhecendo aos demais o mesmo estatuto. Acabamos, assim,

---

<sup>22</sup> Cf. “The development of anti-cruelty laws during the 1800’s”. In: LOCKWOOD, Randall and ASCIONE, Frank R. (Eds.) *Cruelty to Animals and Interpersonal Violence: Readings in Research and Application*. Purdue University Press/West Lafayette, Indiana, 1998, pp. 33.

por nos tornar especistas no sentido eletivo, afetivo, emocional, exatamente quando pretendemos não mais ser especistas no sentido elitista, racional.

Mas, conforme escrito acima, a luta política em defesa dos animais é intermitente e extemporânea; quando cresce num país, enfraquece noutro; quando se concentra na proteção de uma espécie de animal, descuida de outras.

Na década de setenta, no século XX, os animais foram ardorosamente defendidos, na Europa e nos Estados Unidos, conforme se pode constatar através de vasta bibliografia.<sup>23</sup> Na mesma década, no Brasil e na América do Sul, ninguém ousou falar de direitos animais, nem de libertação animal. Vivíamos todos, na América do Sul, sob o jugo de ditaduras militares. Nesse clima, defendeu-se direitos morais e constitucionais para os cidadãos, não para todos os *sujeitos de uma vida*, sujeitos ao interesse de viver em paz.

Os filósofos e teólogos da libertação latino-americanos perderam o trem da história, ao ignorarem em seus tratados políticos a universalidade, generalidade e imparcialidade que deveria ter caracterizado a luta pela *libertação* de todos os seres oprimidos, uma luta que deveria ter sido levada a efeito sem discriminação de espécie alguma. Onde houvesse aprisionamento e opressão, haveria de começar a libertação. Mas, na América do Sul, não fizemos nada até o final do século XX. Essa lacuna mereceu críticas do teólogo britânico da libertação animal, Andrew Linzey, no capítulo 4, “Liberation Theology for Animals”, de seu livro, *Animal Theology*, escrito em 1994.

O atraso brasileiro na defesa ética e política de direitos morais e constitucionais para os animais pode ser constatado a partir do ensino de filosofia e direito. No Brasil, apenas uma universidade, a UFSC, oferece no currículo regular de filosofia, cursos de ética prática nos quais as teorias de Tom Regan, Richard D. Ryder, Humphry Primatt e Peter Singer, para citar apenas alguns nomes, são estudados. Também é apenas nessa mesma universidade, que estudantes de filosofia têm a

---

<sup>23</sup> Cf. MAGEL, Charles R. *Keyguide to Information sources in Animal Rights*. London: Mansell Publishing Limited, 1989.

oportunidade de escrever seus trabalhos de conclusão de curso, suas dissertações de mestrado e teses de doutorado em filosofia, em ética animal. Dá para imaginar, então, o quanto estamos atrasados na reflexão ética sobre o estatuto moral e jurídico dos animais, em nosso país.

O primeiro livro desse teor a ser traduzido em 1994, no Brasil, foi *Ética Prática*, de Peter Singer. Somente 10 anos mais tarde tivemos a tradução de *Libertação Animal*, feita por Marly Winckler, organizadora do I Congresso Vegetariano Brasileiro e Latino-americano, em 2006. Em 2005, finalmente, tivemos a tradução de *Jaulas Vazias*, de Tom Regan. Mas os textos de Gary L. Francione e de Steven M. Wise continuam inéditos em nossa língua, justamente os mais relevantes para a discussão da questão dos direitos legais para os animais.

No Brasil, as leis de proteção animal foram aprovadas sem qualquer fundamentação filosófica durante os regimes ditatoriais. Quando os cidadãos foram privados de sua liberdade de expressão política e demais direitos democráticos, os animais e a natureza receberam uma legislação que os protegeria, caso o Estado levasse a sério o dever e a obrigação de respeitar as próprias leis. Mas, conforme o disse Thomas Hobbes, no *Leviatã*, quando os cidadãos estão nas mãos de um poder soberano, este poder faz as leis para que os cidadãos as obedeam, abstendo-se, ele mesmo, de as obedecer. É nessa perspectiva que compreendo as leis de proteção aos animais, feitas nos regimes de exceção, no Brasil.

Dado que os animais e o ambiente físico natural ficam sob a guarda ou proteção do Estado, e, dado que o Estado não-democrático faz as leis, mas recusa-se a ser submetido a elas, os animais e ecossistemas ficam entregues à arbitrariedade dos poderes empresariais instalados no planalto através de seus representantes legislativos, entregues, portanto, aos “amigos” das ditaduras, aquelas mesmas que fazem as leis para os outros, não para obedecê-las.

Em nosso país, os projetos de lei são encaminhados ao Congresso Nacional por algum político “interessado” na questão de angariar votos de segmentos específicos do eleitorado, sem que necessariamente esse projeto tenha sido discutido nos meios acadêmicos ou mesmo no âmbito de qualquer partido político. Não há seminários, mesas-redondas, congressos ou similares para a discussão de leis em defesa dos animais.

Por isso, as leis, em nosso país, são apenas “para inglês ver”. Quando aplicadas, via de regra, o são para coibir atos de cidadãos não apadrinhados pelos governantes locais de plantão.

Reconhecemos direitos aos animais apenas se alguma prática cruel contra eles for denunciada pelos meios de comunicação. Não pensamos que todos os dias, em nossos hábitos, cultivamos a crueldade contra os animais. Políticos, empresários e consumidores continuam a produzir, comercializar e consumir animais para todos os fins humanos: da alimentação ao lazer, sem que pessoa alguma se questione sobre a moralidade ou legalidade dessas práticas. Se em nosso país ainda se desconhece o termo *especismo*, não é de estranhar que não se reconheça o quanto somos *eletivos* ao defendermos certos animais, enquanto comemos ou maltratamos outros.

Em nosso país, só *comete* “crime”, quem é flagrado. Onde não há flagrante, não há crime. Práticas contrárias ao bem-estar animal não flagradas por agentes policiais não são consideradas, de fato, criminosas, pois não há força alguma colocada em movimento para barrá-las. Os costumes, nesse caso, definem o “certo” e o “errado” em relação ao que humanos devem aos animais. E o fazem pelo viés da predileção subjetiva.

Concluindo: enquanto não substituirmos o conceito de “coisa viva”, empregue para definir o estatuto dos animais, pelo de “sujeito-de-uma-vida”, e, enquanto não reconhecermos que continuamos a praticar o especismo quando defendemos uma determinada espécie animal e ignoramos a crueldade, a negligência, o descaso e o sofrimento de outros, não eleitos por nós como alvo da proteção moral e legal; enquanto, abraçando um animal, testemunhamos indiferentes a sangria de outros, permanecemos *especistas eletivos* - elegendo uma espécie animal como nossa predileta -, ainda que tenhamos deixado de lado o critério racional que nos tornava *especistas elitistas*.

Direitos morais e constitucionais devem ser universais, gerais, imparciais. Devem, portanto, ser não-elitistas. Devem considerar a necessidade do bem ou do benefício sem discriminar sexo, raça, espécie ou seja lá a diferença que houver, nos que estão sujeitos a interações malélicas, prejudiciais.

A luta pela igualdade moral e constitucional dos animais, e pela libertação animal de todo tipo de interação maléfica, deve ser uma virada radical na concepção que temos da natureza viva animada, sem repetir os erros especistas da tradição moral que pretendemos superar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FELIPE, Sônia T. Fundamentação ética dos direitos animais. O legado de Humphry Primatt. In: *REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO ANIMAL*. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, v. 1. n. 1. jan./dez. 2006, p. 207-229.

FELIPE, Sônia T. *Por uma questão de princípios*. Florianópolis: FundaçãoBoiteux, 2003.

FELIPE, Sônia T. *Ética e experimentação animal. Argumentos abolicionistas*. Florianópolis: Edufsc, 2007.

PRIMATT, Humphry. *The Duty of Mercy*. Edited by Richard D. Ryder. Fontwell, Sussex: Centaur Press, 1992.

LINZEY, Andrew. *Animal Rights: A Christian Assessment of Man's Treatment of Animals*. London: SCM Press, 1976, p. 20.

BOUZON, Emanuel. *Uma coleção de Direito Babilônico pré-hammurabiano*. Petrópolis: Vozes, 2001.

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. Petrópolis: Vozes, 2003.

BLEICH, David J. Judaism and Animal Experimentation. In: REGAN, Tom (Ed.). *Animal Sacrifices: Religious Perspectives on the Use of Animals in Science*. Philadelphia: Temple university Press, 1986, p. 63.

LOCKWOOD, Randall and ASCIONE, Frank R. (Eds.) *Cruelty to Animals and Interpersonal Violence: Readings in Research and Application*. Purdue University Press/West Lafayette, Indiana, 1998.

MAGEL, Charles R. *Keyguide to Information sources in Animal Rights*. London: Mansell Publishing Limited, 1989.



# O bem-estar dos cães domiciliados em apartamento

Marcia Graça Graminhani<sup>1</sup>

**Resumo:** Este trabalho buscou responder, de maneira prática e objetiva, o que é necessário para que o bem-estar dos cães que moram em apartamentos seja preservado: saber sobre as necessidades da espécie; comportamento animal; os princípios da ciência do Bem-Estar; o conceito de guarda responsável; e o que diz a legislação brasileira sobre animais em condomínios.

**Palavras-chave:** cães condomínio; bem-estar animal; guarda responsável.

**Abstract:** *This paper tried to answer, in a practical and objective way, what is needed to preserve dogs that live in apartment welfare: to know about the specie's needs; animal behaviour; Animal Welfare science principals; responsible guardianship concept; and what does Brazilian law say about animals living in condominium.*

**Key-words:** *dogs condominium; animal welfare; responsible guardianship.*

---

<sup>1</sup> Especialista em Bem Estar Animal pelo Cambridge E-Learning Institute (Reino Unido). A presente monografia de conclusão da Especialização em Bem-Estar Animal, do CEI - Cambridge e-Learning Institute, do Reino Unido, elaborada pela aluna Marcia Graça Graminhani, sob o título “O bem-estar dos cães domiciliados em apartamento”, foi submetida em fevereiro de 2007 à Dr.<sup>a</sup> Anabela Pinto.

## INTRODUÇÃO

Vítimas da solidão, as crianças de famílias pouco afetivas e os adultos ilhados em um mar de automação recorrem aos animais em busca de companhia. As crescentes dificuldades de convivência, especialmente nos grandes centros, frustram a necessidade humana de estabelecimento de vínculos. Para essas pessoas, são os animais que desempenharão o papel de interlocutores para a aceitação almejada.

Para muitos idosos o animal de estimação “*pode representar a compensação para o ‘ninho vazio’, a vida sem sentido, falta de convívio com os familiares [...] [porque] não há pessoas em suas vidas, somente animais*”. (BERZINS, 2000, apud UYEHARA )

Não faltam comprovações científicas de que as crianças “*formam ligações poderosas com seus bichos de estimação, que em muitos casos podem ser tão fortes quanto a que têm com os pais*” (BECKER, 2003, p.45). Convivendo com os animais de estimação, elas desenvolvem-se cognitivamente, emocional e socialmente e tendem a ser pessoas mais respeitadas, responsáveis e equilibradas. É com os animais de estimação que elas ensaiam a viver em sociedade.

A Terapia Assistida por Animais e suas vantagens para a manutenção da saúde humana está documentada em inúmeras pesquisas<sup>2</sup>. Os tratamentos são os mais diversos: “*asma, alergias, envelhecimento, artrite, depressão, transtorno do déficit de atenção / hiperatividade (TDAH), dor crônica, câncer, diabetes e problemas cardíacos*” (BECKER, 2003, p.8). Uma das pesquisas mais referidas nessa área foi conduzida na Universidade Estadual de Nova Iorque<sup>3</sup>, em Búfalo, Nova Iorque. Nela constatou-se que os animais de estimação foram mais efetivos que os esposos na recuperação de doentes cardíacos.

Sem entrar no mérito se é ético privarmos os animais dos seus “*direitos morais básicos, incluindo o direito a liberdade, a integridade física e*

<sup>2</sup> Articles on Animal Assisted Therapy Cornell Companions Library Bibliography. <http://www.vet.cornell.edu/services/companions/bibAAT.htm> Acesso: 01.fev;2007

<sup>3</sup> Cardiovascular Reactivity and the Presence of Pets, Friends, and Spouses: The Truth About Cats and Dogs. <http://www.psychosomaticmedicine.org/cgi/content/full/64/5/727> Acesso: 01.fev.2007

— | | — | | —

a vida” (REGAN, 2006, p.9), se a criança, o idoso, o convalescente, ou o solitário for um dos 12.569.039 brasileiros que moram em apartamento na área urbana do país (IBGE<sup>4</sup> 2000), e desejar ali conviver com um animal de estimação, deverá considerar algumas questões que se imporão. O ponto mais visível delas, em nossa cultura antropocêntrica, serão as situações de vizinhança, oriundas da rejeição à presença de cães nos prédios. Contratos de locação e convenções de condomínio comumente proíbem a permanência de animais, e existe uma série de jurisprudências visando a resguardar o direito de propriedade (os animais como “coisas”) dos condôminos. As outras questões envolvem os animais. Embora Woolston (2006) tenha dito que acariciar um animal baixa não somente a pressão e os batimentos cardíacos dos humanos, mas do animal também — dando a entender que há troca entre homens e animais, e não o uso puro e simples feito pelo homem —, fica a pergunta: como fica o bem-estar dos cães que moram em apartamento?

Este trabalho é o resultado da busca por uma resposta. A *Origem, o Comportamento e as Necessidades Básicas do cão* buscam servir como pano de fundo para os princípios da *Ciência do Bem-Estar Animal e da Guarda Responsável de animais*: o que se espera dos humanos que pretendem lidar de maneira respeitosa com os animais. O *Estudo de Caso* possibilita que se apliquem os fundamentos apresentados e seus desdobramentos para o animal e a comunidade. As reflexões e sugestões foram alocadas nas *Considerações Finais*. A base da metodologia adotada foi empírica, baseada na minha experiência em três anos como voluntária de uma Organização Civil de proteção aos animais.

Para conferir consistência às inquietações que deram origem a este trabalho e fundamentar tanto as reflexões quanto as sugestões ora apresentadas, buscou-se o auxílio de teóricos e autores de diversas áreas do saber, tais como: Psicologia; Veterinária; Etologia e Direito. A pesquisa bibliográfica, com a seleção do pensamento desses estudiosos, está relacionada em *Referências Bibliográficas*.

---

<sup>4</sup> Censo Demográfico 2000 – Características da População e dos Domicílios – Resultados do Universo – Tabela 1.3.1-Domicílios Particulares permanentes e moradores em domicílios particulares permanentes, por situação do domicílio, segundo algumas das principais características do domicílio - Brasil

## 1. ORIGEM, ETOLOGIA E NECESSIDADES BÁSICAS DO CÃO

Os cães são da família dos canídeos (*Canidae*), como a raposa, o lobo e o chacal, dentre outros, e essa é a única certeza que a Ciência nos dá sobre a história deles. A teoria de origem aceita pelo maior número de cientistas aponta que os cães são descendentes dos lobos cinzentos (*Canis lupus*) e, mesmo sem consenso, estudos estabeleceram a sua domesticação como tendo acontecido há 15 mil anos – ambas as teorias apóiam-se na variabilidade genética de cães do mundo todo.

Pesquisadores supõem que a longevidade da convivência entre homens e cães se deva às vantagens que estes dela obtiveram — possivelmente os cuidados, em forma de proteção e alimento. Domesticado, o cão foi companheiro do nômade e caçador homem primitivo e pastoreou e cuidou dos rebanhos quando os humanos se estabeleceram. A despeito do uso que desde a pré-história vimos fazendo desses animais, por milênios eles compartilharam de aparência e morfologia suficientes para as tarefas a eles reservadas. Supõe-se que o homem de então tenha criado três grupos de cães: os de caça (lebréis<sup>5</sup> e seus cruzamentos); os de guarda e defesa (os pré-molossos<sup>6</sup> e seus cruzamentos); e os pastores. O interesse pelo cão como companhia se fortaleceu a partir do Renascimento, assim, a maior parte das cerca de 400 raças hoje existentes resulta de mudanças genéticas provocadas pelos humanos nos últimos 500 anos. Cada raça tem o seu perfil comportamental e mazelas, posto que a busca estética ignora a morfologia dos animais, ocasionando doenças e dores e comprometendo o bem-estar dos animais (GIRLING).

Apesar dessa diversidade, observa-se uma constância na forma como os cães se comportam, socializam e comunicam, explicada por Dethier e Stellar quando afirmam que “nenhum animal é capaz de se

---

<sup>5</sup> O mesmo que galgo. Cão de caça de animais muito velozes, que usam a visão e a audição associados à velocidade para caçar. Ex.: Greyhound, o mais rápido.

<sup>6</sup> Cão pastor da Ásia Central, cujos registros de existência remontam há 6.000 anos. Os molossos são cães pesados, ossudos, de cabeça pesada, originários da Malásia.

*libertar completamente da sua herança, seu comportamento deve ser visto como inevitavelmente ligado à sua história evolutiva” (1973, p.XII).*

Um apanhado sobre a conclusão de pesquisadores a respeito do comportamento dos cães foi feito por McGreevy e, em linhas gerais, eles gostam de brincar, roer, cavoucar para esconder comida, arranhar o solo para deixar uma marca visual e o cheiro de suas glândulas sudoríparas; morder (mesmo que por brincadeira), se deitar na terra e demarcar o território com urina. Os machos procuram ininterruptamente por fêmeas no cio e estas, por sua vez, tendem a cruzar com mais de um animal para que a cria tenha múltipla paternidade e, assim, aumente a diversidade genética.

São animais biologicamente sociais, que andam em matilhas e seguem um líder. A hierarquia formada não necessariamente obedece ao porte do animal e ela sempre existirá independentemente do tamanho da matilha. Os cães tendem a estabelecer forte ligação de confiança e companheirismo com o seu guardião, prezam a sua companhia e sentem sua ausência. Os cães são capazes de aprender e de solucionar problemas, ou seja, de ter um comportamento adquirido.

Não restam dúvidas de que esses animais precisam mais do que alimentação, higiene, cuidados de saúde e treinamento. Muitas das suas necessidades não serão atendidas em um apartamento, Isto os motivará a buscar formas de evitar o sofrimento daí decorrente, porque os seus registros biológicos os encaminham para que lutem para aumentar as chances de sobrevivência e para capacitá-los para a reprodução, porque *“a continuação da existência de [...] uma espécie depende da efetividade das ações do indivíduo”* (DETHIER; STELLAR, 1973, p.XI), com o que concorda Konrad Lorenz<sup>7</sup> (apud COBRA) *“as espécies animais estão geneticamente construídas para aprenderem tipos específicos de informação que são importantes para a sobrevivência da espécie”*.

No apartamento, sem os devidos cuidados dos guardiões, os desvios comportamentais não tardarão a surgir, e considerando-se que *“muitos*

---

<sup>7</sup> Konrad Zacharias Lorenz (1903 – 1989) Zoólogo austríaco, prêmio Nobel em Psicologia ou Medicina em 1973, um dos fundadores da moderna Etologia, o estudo comparativo do comportamento humano e animal, uma nova área de estudos científicos com profundas implicações para a humanidade.

cães apresentam pelo menos uma forma de comportamento inadequado e as atividades de 25% dos cães implica em excessivo barulho” (MCGREEVY), comprometendo o bem-estar do animal e causando questões de vizinhança.

## 2. A CIÊNCIA DO BEM-ESTAR E A GUARDA RESPONSÁVEL DE ANIMAIS

Uma vez que o sistema nervoso dos animais humanos e não-humanos tem o mesmo modelo de organização – medula espinhal, tronco encefálico, cérebro e cerebelo (PRADA, 1997) —, é de se lamentar “*a sina servil que fez dos animais meros objetos de uso, diversão e consumo humano*” (LEVAI, 2004, p.21). Ao longo da História, várias personalidades se pronunciaram a respeito da ética na forma como “*nós tratamos os animais e como deveríamos fazê-lo*” (BROOM) e, mesmo com o advento da ciência do Bem-Estar Animal - BEA, em meados da década de 60<sup>8</sup>, é lenta a mudança de conceitos em tempos assim descritos por Levai (2004):

[...] as sociedades contemporâneas — na busca daquilo que chamam ‘progresso’ — deslocaram seu eixo de ação do ser para o ter, como se o existir somente se justificasse em função do usufruir. Essa atitude egoísta e ambiciosa interferiu tanto na natureza a ponto de transformá-la em mera fonte de recursos, como se houvesse uma significação funcional para tudo o que existe. Sob os ditames da deusa-razão, o mundo se tornaria o mundo dos homens – usufrutuários da natureza e dos animais – postura que vem causando um inegável estreitamento dos nossos valores éticos. (p.21)

---

<sup>8</sup> O livro “Animal Machines” (1964), no qual a autora Ruth Harrison questiona a criação intensiva de animais nas fazendas, levou o governo da Inglaterra a criar um Comitê comandado pelo Professor FWR Brambell, que publicou um documento onde foram traçados parâmetros para a manutenção do bem-estar animal. É o Relatório Brambell. A necessidade de estudos científicos para corroborar esses parâmetros deu início à ciência do Bem-Estar Animal (BROOM).

Como toda ciência, o BEA é moralmente neutro, embora discuta o dever moral de diminuirmos o sofrimento dos animais durante os processos a que são submetidos na sociedade humana. A discussão que provoca implica a interdisciplinaridade, com o empréstimo do conhecimento de várias áreas do saber, como a Ecologia Comportamental; Etologia; Psicologia, Imunologia, Endocrinologia, Engenharia e Ética. (BROOM, 1999)

São dois os seus princípios – as 5 Liberdades e os 3 R – ambos utilizados na União Europeia como a base filosófica para, respectivamente, a legislação sobre criação intensiva e a experimentação animal; e três os elementos que a compõem:

- I- Ciência – quantifica os efeitos psicológicos, comportamentais e de saúde e elabora uma metodologia mediante a observação, o conhecimento dos padrões de comportamento da espécie e as condições ambientais.
- II- Ética – preocupa-se com as ações humanas para com os animais e as implicações morais dos atos praticados em relação àqueles eticamente recomendados; e,
- III- Legislação – o arcabouço legal adotado pelos governos deve regulamentar o uso e o tratamento aos animais em consonância com as evidências científicas de que os animais podem sofrer.

As 5 Liberdades fornecem uma indicação inicial dos aspectos relevantes que precisam ser considerados em qualquer estudo de BEA. São elas:

- I- Livre de fome e de sede
- II- Livre de dor, lesões e doenças
- III- Livre de desconforto
- IV- Livre de medo e estresse
- V- Livre para expressar comportamento natural

Segundo Broom (1999), há três conceitos de BEA que podem ou não se sobrepor:

- I- Sentimentos do animal: a qualidade de vida dele depende da possibilidade de ter conforto e ficar livre de sentir, por tempo

prolongado, dor, medo, fome e outros sentimentos igualmente desagradáveis.

II- Funcionamento biológico: deve-se permitir aos animais o curso da natureza quanto ao seu crescimento e reprodução; além de mantê-los livres de doenças, ferimentos, má nutrição e de anormalidades comportamentais e psicológicas.

III- Vida natural: defende a manutenção do animal em seu ambiente natural, sempre que possível, onde ele poderia desenvolver-se e utilizar o que centenas de anos de evolução e adaptação ensinaram à sua espécie.

Estes conceitos sugerem que há uma distinção entre saúde e bem-estar, contrapondo-se, portanto, à definição de saúde divulgada pela Organização Mundial de Saúde - OMS: *“um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência da doença ou enfermidade... relativo a cada indivíduo”* (apud BROOM, 1999)

Em princípio, ter um animal de estimação – muitas vezes recolhido do abandono — não colocaria em risco o bem-estar dele, nem o da comunidade. Pelo contrário. No entanto, os maus tratos nem sempre estão ligados à má índole ou à indiferença. Falta de conhecimento sobre as necessidades e o comportamento da espécie, assim como a projeção antropomórfica das necessidades do guardião, com excesso de apego e zelo, são igualmente cruéis e traumáticas, comprometendo a guarda responsável, que

É a condição na qual o guardião de um animal de companhia aceita e se compromete a assumir uma série de deveres centrados no atendimento das necessidades físicas, psicológicas e ambientais de seu animal, assim como prevenir os riscos (potencial de agressão, transmissão de doenças ou danos a terceiros) que seu animal possa causar à comunidade ou ao ambiente, como interpretado pela legislação vigente. (SOUZA, 2003 apud SANTANA; OLIVEIRA, 2006 p.87)

Sendo animais essencialmente sociáveis, a alteração do comportamento quando privados de companhia (ansiedade da separação) pode ser um indicativo de que ele sofre.

[...] se o sofrimento deve estar na primeira linha de combate, na protecção aos animais não-humanos, é preciso lembrar que há outras formas de atentar contra a sua integridade, de que o exemplo dado [alteração genética] é um caso limite, mas para as quais todos nós, em maior ou menor grau, com mais ou menos consciência, contribuimos, quando cedemos à tentação de antropomorfizar os animais com quem convivemos diariamente (BECKERT, 2004)

Embora sejam empíricas as conclusões sobre o sofrimento animal, a observação sugere que ele pode decorrer do desconforto, medo, estresse, frustração, tédio, tormento, pesar ou dor. Há uma barreira de comunicação direta entre humanos e os animais, então, para vencê-la, o BEA observa o comportamento destes (expressão, olhar triste, mudança de temperamento) e os sinais clínicos (peso, respiração, batimentos cardíacos, p.ex.), e os confronta com o que se sabe sobre a raça. Um outro método é a generalização, que parte do sentimento humano para determinar o sofrimento animal, mas, devido às grandes diferenças biológicas entre estas espécies, o método é criticado por cientistas.

### **3. ESTUDO DE CASO**

O relato a seguir, rico em interfaces, foi destacado dos trabalhos diários de atendimento aos munícipes em uma Organização Civil de Proteção aos Animais. Considerou-se como sendo pura a raça do animal. O sobrenome da pessoa foi omitido para preservar-lhe a privacidade.

Nome:DANIELA

Mensagem: Moro no ABC Paulista, em um apartamento de 50 metros quadrados, com um terraço bem pequeno, no qual cabem no máximo 03 vasos grandes. Porém, tenho uma vizinha que mantém nesse terraço um filhote de Labrador preto, com uns 2 ou 3 meses. Ele fica andando de um lado

para o outro do terraço e chora bastante, muito triste. Gostaria que uma pessoa fosse até o local para fazer uma visita e ver as condições em que ele está vivendo, ele não tem espaço para caminhar, fica sozinho o tempo todo, e segundo uma criança que mora no ap. a mãe dela não deixa o cachorro entrar no apartamento, pois “faz sujeira”. Tem vizinhos irritados com o barulho do cão. Help! Não consigo ver aquele animal crescendo naquele pequenino espaço. Muito Obrigada! aguardo um retorno.  
Daniela

### BREVE DESCRIÇÃO DO LABRADOR

Labradores são cães de médio porte<sup>9</sup>, desenvolvidos para caçar em águas geladas, e têm estas características: a vontade de buscar objetos (*retriever*), o gosto pela água, a pelagem curta, grossa e resistente, com subpêlo farto; a boca que carrega objetos sem danificá-los, patas fortes para carregar peso, ótimo faro. Além disso,

O Retriever do Labrador é um cão amoroso, adora crianças, nadar, tem muita energia e por isso brinca o tempo todo. Adora receber carinho e é um companheiro muito fiel. Sem dúvida é uma das melhores raças de cães. [...] Notabiliza-se por sua amabilidade, inteligência e obediência. Por causa destas características, são frequentemente treinados para serem cães de caça, de assistência, como cães-guia ou de serviço. É um excelente cão de companhia se tiver bastante companhia, educação e algum exercício diário. [...] “Temperamento: Os Labradores são cães com bastante energia enquanto filhotes. [...] Quando adultos, diminuem a atividade física espontânea, mas não perdem o espírito brincalhão e amigo. [...] Labradores **NECESSITAM** de companhia para se desenvolverem de forma

---

<sup>9</sup> A altura é medida da cernelha, ponto mais alto do ombro, até a pata dianteira. Pequeno porte: mede menos de 46 cm de altura (ex.pinscher); Médio porte: de 46 a 61 cm de altura (ex. Labrador); Grande porte: mais de 61 cm de altura (ex. Dogue alemão)

saudável. Se a idéia é ter um cão que fique bem sozinho em grande parte do dia, o Labrador NÃO é uma boa opção. (WIKIPÉDIA)

De corpo atlético e leal, o Labrador teria servido bem aos pescadores da Newfoundland (Canadá), supostos responsáveis pelo desenvolvimento da raça. Ele

Pode parecer adaptável a qualquer estilo de vida, mas não é apropriado para uma vida urbana sedentária, pois precisa de muito exercício, como correr e nadar. Outra observação, é uma raça que necessita muita atenção de seus donos, caso contrário pode se tornar um “destruidor” de objetos, principalmente sapatos, meias e pés de móveis. (FREITAS)

**Questões comportamentais** - Nesta idade (entre 8 e 12 semanas) e condições, qualquer cão estaria sendo privado da fase de vida onde desenvolve as habilidades de socialização com os humanos:

**Período de Socialização com Humanos:** de 7 a 12 semanas de vida. Este é o melhor período para o filhote se juntar à sua nova família. [...] Tudo aprendido nesta fase é permanente.

**Primeiro Período do Medo:** de 8 a 11 semanas de vida. Neste período qualquer experiência traumática, dolorosa ou assustadora vai ter um impacto mais duradouro do que em qualquer outra fase da vida do animal. (PIZZOLATTO) [grifo do autor]

Considerando-se a raça em questão – cão energético, brincalhão e companheiro — é de se esperar que o espaço físico restrito e a ausência de estímulo e companhia impactem negativamente o seu comportamento. Os sintomas comportamentais da falta de companhia (ansiedade da separação) incluem defecar e urinar em locais impróprios; comportamento destrutivo; excesso de latidos e choro; depressão e hiperatividade (MCELROY, 1989). Para um guardião que rejeita o animal porque “faz sujeira”, desvios de comportamento desta magnitude só complicarão a aceitação do animal na família, alimentando o estresse do animal. Ainda

há a possibilidade de que essa experiência seja lembrada pelo cão como dolorosa e, gravada, passe a interferir negativamente, daí em diante.

Três das 5 Liberdades foram ignoradas:

III- **Livre de desconforto;**

IV- Livre de medo e estresse

V- Livre para expressar comportamento natural

**Questões fisiológicas** - Persistindo o quadro de estresse acima descrito, a tendência é que surjam reações fisiológicas, com vômitos, diarreia e perda de apetite. Segundo a veterinária Silvia Parisi “*O estresse não é uma ‘doença’ nos animais, mas um estado bastante comum. Ele pode sim gerar queda de resistência no organismo e levar a uma doença*”

Levando em consideração o porte do animal; as características da raça e o espaço ao qual está confinado “*um terraço bem pequeno, no qual cabem no máximo 03 vasos grandes*” há o risco de obesidade e um quadro de atrofia, pela falta de exercícios. Thomson (1983) nos ensina que a atrofia é um distúrbio do crescimento que “*resulta, usualmente, da redução do número ou tamanho das células ou de uma combinação dos dois*” (p.252) e decorre, dentre outros, do desuso do membro. A displasia é outra lesão relacionada à articulação, sem cura e muitas das vezes assintomática, acomete especialmente cães grandes, robustos e que ficam sem exercício, dentro de casa. A Dra. Parisi recomenda que “*deve-se evitar a obesidade (que sobrecarrega patas, pernas e coluna), piso liso e escadas (especialmente com filhotes)*”.

Uma quarta liberdade foi ignorada: **II. Livre de dor, lesões e doenças.**

**Questões sociais** - A maior parte das Convenções de Condomínio – copiadas dos primeiros prédios de apartamentos, surgidos ainda na época da Ditadura — proíbe animais. No entanto, nos termos da Lei nº. 4.591/64<sup>10</sup>

Art. 19 - Cada condômino tem o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo

<sup>10</sup> Site da Presidência da República [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4591.htm) Acesso: 21. fev. 07

suas conveniências e interesses, condicionados, umas e outros às normas de boa vizinhança, e poderá usar as partes e coisas comuns de maneira a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos.

O animal é visto como “bem de propriedade” pelo legislador brasileiro e, como tal, sua posse e manutenção são direitos constitucionais, previstos no Art. 5º

XXII – é garantido o direito de propriedade

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social

direitos esses reforçados pelo Código Civil

Art. 1228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

No entanto, o direito de sossego, saúde e segurança são alguns dos limites trazidos por códigos e leis e, se o animal causar dano ou incômodo à coletividade – como neste caso —, dificilmente o guardião conseguirá mantê-lo no local, porque a mesma Lei 4.591/64 reza

Art.10 - É defeso a qualquer condômino:

[...]

III – destinar a unidade a utilização diversa de finalidade do prédio, ou usá-la de forma nociva ou perigosa ao sossego, à salubridade e à segurança dos demais condôminos

Caso o Juiz acredite que a presença do animal coloca em risco a segurança, salubridade ou a tranqüilidade dos demais moradores, ele pode exigir a retirada do animal<sup>11</sup>. Há relatos de envenenamento do animal depois de os guardiões terem ganhado a causa na Justiça então,

---

<sup>11</sup> Julgados esclarecedores – perturbações acústicas [http://www.chegadebarulho.com/Conteudo\\_julgados.htm](http://www.chegadebarulho.com/Conteudo_julgados.htm) Acesso: 21. fev. 07.

um animal cujo guardião desconheça como bem tratá-lo, terá comprometido o seu bem-estar e vai expô-lo a riscos.

Considerando as necessidades da raça; o confinamento deste indivíduo em reduzido espaço; a falta de passeios e de interação com humanos ou outros cães; e a resistência do guardião em admiti-lo dentro do apartamento, a sugestão foi para o cão fosse doado para uma família disposta a assumir a sua guarda com responsabilidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida e valores modernos continuarão provocando o sentimento de solidão; as pessoas continuarão a adoecer e, para viver em grandes centros – com sua escassez de espaço —, os apartamentos continuarão sendo a alternativa possível. Em virtude da nossa cultura, na qual “*o preconceito especiecista [ é ] responsável por todas as éticas antropocêntricas*” (BECKERT, 2004), os animais continuarão a nos acompanhar nos prédios, em condições que podem afetar o seu físico e trazer implicações ao estado mental, o que comprometerá o seu bem-estar. Ao verbalizar o desconforto sentido, eles serão hostilizados pela coletividade e podem sofrer outras arbitrariedades. O guardião deve impedir que o quadro chegue a este ponto.

É necessário que haja responsabilidade dos guardiões, com os animais e com os vizinhos, para que a um só tempo a integridade do animal e a segurança da coletividade sejam preservadas. Sabe-se que é possível alterar a psicologia e o comportamento de um animal simplesmente alterando o meio ambiente (DETHIER; STELLAR, 1973), mas é necessário considerar que há raças mais energéticas e barulhentas que outras, mesmo que cada indivíduo seja único e uns sofrerão mais do que outros a restrição do espaço físico (WOOLF, 2004).

As recomendações a seguir, feitas por veterinários, etólogos e advogados, objetivam manter o bem-estar do animal e respeitar os vizinhos do prédio:

Questões	Sugestões para solução ou minimização
<b>SAÚDE</b>	
<b>Obesidade</b> , com as conseqüências: transtornos no aparelho locomotor dificuldades cardíaco-pulmonares patologias nas funções reprodutivas predisposição a diabetes predisposição a enfermidades infecciosas e transtornos cutâneos altos riscos cirúrgicos (CARVALHO)	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Siga as recomendações do fabricante da ração</li> <li>- Adeque a quantidade de ração para compensar as atividades físicas e necessidades fisiológicas.</li> <li>- Fracione a ração ao longo do dia – menor quantidade em maior número de vezes.</li> <li>-Providencie atividades físicas, inclusive para inibir a “obesidade do estresse”, decorrente da falta de atividade ou do sentimento de solidão.</li> <li>- Leve ao veterinário se nada surtir efeito.</li> </ul>
<b>Displasia</b>	- Evite piso muito liso e a obesidade
<b>Atrofia</b>	- Disponibilize espaço para exercícios
<b>Necessidade de comer grama</b> A clorofila inibe o crescimento bacteriano em feridas, combate as infecções de gengiva e garganta, e as úlceras gástricas e inflamações de intestino.	- Plante em casa os produtos à venda nos Pet Shops
<b>Necessidade de tomar sol</b> favorece a osteogênese (ossificação) pela indução à produção, pelo organismo, das vitaminas A+D3.	- Leve-o para passeios, aplicando protetor solar se ele for albino, tiver a pelagem clara ou o nariz despigmentado..
<b>COMPORTAMENTO</b>	
<b>Barulho</b> (latidos e uivos) -além de incomodar os vizinhos, o animal não descansa, nem faz a digestão ou se recupera emocionalmente. -as sugestões ajudam a evitar o sofrimento e o estresse pelo sentimento de abandono do cão que passa o dia sozinho, e para evitar a atrofia	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Faça a esterilização cirúrgica dele</li> <li>-Adquira brinquedos instigantes e seguros</li> <li>- Considere o barulho que eles fazem ao cair no chão, para não incomodar o morador de baixo</li> <li>-Dê os brinquedos aos poucos, recolhendo os anteriores.</li> <li>- Esconda biscoitos caninos em locais acessíveis, para que o cão treine o olfato e se mantenha entretido.</li> <li>- Ligue o rádio, em volume baixo, ou adquira músicas para acalmar cães, em Pet Shops.</li> <li>- Consulte um especialista em técnicas de verbalização.</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Leve-o para passear duas vezes por dia.</li> <li>- Evite mantê-lo fechado em espaços pequenos.</li> </ul>
<b>Necessidade de arranhar o solo e deitar-se na terra</b>	- Leve-o para passeios em parques, antes das 11h e após as 15h.
<b>Raças energéticas</b> Comportamentos associados, se faltarem exercícios físicos diários: latir em demasia, pular em visitas, urinar fora do local desejado, estranhar pessoas e cães, destruir objetos.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Proporcione atividades extras, como natação e agility</li> <li>- Dedique mais tempo ao animal</li> <li>- Contrate os serviços de um Etólogo</li> </ul>

Recomendar a esterilização cirúrgica é eticamente questionável, pois desrespeita a necessidade atávica de preservação da espécie. No entanto, este parece ser o menor dos males, diante das crias indesejadas, comportamento agitado em busca do parceiro, demarcação do território com urina (nem sempre totalmente abandonado) e das doenças, como o câncer de útero, mamas e próstata.

Questões	Sugestões para solução ou minimização
<b>COMUNIDADE</b>	
<b>Convivência no prédio</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- negocie a presença do animal com os vizinhos</li> <li>- obedeça às regras de transporte e uso das áreas comuns</li> <li>- respeite aos limites impostos por códigos e leis</li> <li>- evite barulhos</li> <li>- mantenha o animal sadio e saudável</li> <li>- recolha as fezes das áreas públicas</li> </ul>

O comportamento moral sinaliza que se deve saber sobre as necessidades básicas da espécie, conhecer a respeito do comportamento da raça – se mestiços, observar o indivíduo — e ficar atento às 5 liberdades, de maneira a promover o bem-estar possível aos cães sob nossa responsabilidade, pois que “*não devemos, em nome de vantagens pessoais, tirar a vida nem maltratar nenhum outro animal dotado de sensibilidade*” (FELIPE, 2006 p.209).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGERAMI-CAMON, Valdemar A. *Solidão in VIVER* Revista de Psicologia Ano 2, nº 15, pp 15 a 17. SP: Editora Voar, 1985.

BECKER, Marty. *O Poder Curativo dos Bichos*. RJ: Editora Bertrand Brasil, 2003.

BECKERT, Cristina A *Ética e os Animais in Eco 21 - Ano XIV - nº 97 - Dezembro - 2004 - www.eco21.com.br* Disponível em <http://www.apascs.org.br/materia5.php> Acesso: 22.fev.2007

BROOM, D. *Animal Welfare: the concept and the issues. in Attitudes to Animals: Views in Animal Welfare*. ed. F.L.Dolins, 129-142. Cambridge: 1999

CARVALHO, Marília R. *A Obesidade nos Cães* Disponível em [http://www.saudeanimal.com.br/obesidade\\_canina.htm](http://www.saudeanimal.com.br/obesidade_canina.htm) Acesso: 24.fev.2007

COBRA, Rubem Q. *Konrad Lorenz - O teórico da agressividade e fundador da Etologia*. Disponível em <http://www.cobra.pages.nom.br/ecp-lorenz.html> Acesso: 09.fev.2007

Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. 14ª Edição: Câmara dos Deputados, 2000

DALKE, Kate. *Who is that doggy in the window? Scientists trace the origin of dogs* Disponível em [http://www.genomenetwork.org/articles/11\\_02/dog.shtml](http://www.genomenetwork.org/articles/11_02/dog.shtml); Acesso: 02.fev.2007.

DETHIER, V.G. e STELLAR, Eliot *Comportamento Animal* São Paulo: Edgard Blucher, 1973

FELIPE, Sônia T. *Fundamentação Ética dos direitos animais. O legado de Humphry Primatt in Revista Brasileira de Direito Animal*. SANTANA, Heron J. e SANTANA, Luciano R. (coord.) pp. 207-229 Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal. jan/dez 2006.

FREITAS, Simone. *Retriever do Labrador* Disponível em <http://www.saudeanimal.com.br/labrador1.htm> Acesso: 20;fev;2007

GIRLING, Richard *Don't be cruel* Disponível em <http://www.livetag.com/AWC/unit10/docs/DogBreeds1.doc> Acesso: 10.jan.07

IBGE. *Censo Demográfico: Características da População e dos Domicílios- Resultados do Universo*. 2000.

*Konrad Zacharias Lorenz -* [http://en.wikipedia.org/wiki/Konrad\\_Lorenz](http://en.wikipedia.org/wiki/Konrad_Lorenz)

LANTZMAN, Mauro. *Vida em matilha, digo família*. Disponível em <http://www.saudeanimal.com.br/artig133.htm> Acesso: 11.fev.2007

LEVAI, Laerte F. *Direito dos Animais*. 2ª ed. Campos do Jordão-SP: Editora Mantiqueira. 2004.

LOPES, Gisele. *Melhor amigo do homem descende dos lobos*. Disponível em <http://ich.unito.com.br/controlPanel/materia/view/3833> Acesso: 06.fev.2007

NISKI, Sheila - *O que um cachorro precisa para ser feliz*. Disponível em <http://www.apascs.org.br/materia3.php> Acesso: 06.fev.2007

Novo Código Civil – Exposição de Motivos e Texto Sancionado. Brasília: Senado Federal, 2002.

MCGREEVY, Paul *The Behaviour of Cats and Dogs – Dogs*. Disponível em <http://animalbehaviour.net/JudithKBlackshaw/Chapter7b.htm> Acesso: 10.fev.2007

PARISI, Silvia C. *Estresse* Disponível em <http://www.vidadecao.com.br/cao/index2.asp?menu=estresse.htm> ; Acesso: 18.fev.2007

————— *DISPLASIA*. Disponível em <http://www.vidadecao.com.br/cao/index2.asp?menu=ortopedi.htm> Acesso: 13.fev.2007

PIZZOLATTO, Cláudia *Como um cachorro amadurece emocionalmente?*. Disponível em <http://www.lordcao.com.br/Curiosidades.htm> Acesso: 18.fev.2007

PRADA, Irvênia *A Alma dos Animais*. Campos do Jordão-SP: Editora Mantiqueira. 1997.

REGAN, Tom. *Introdução: Nação do Direito Animal in Revista Brasileira de Direito Animal*. SANTANA, Heron J. e SANTANA, Luciano R. (coord.) pp. 9-10 Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal. jan/dez 2006

Retriever do Labrador  
[http://pt.wikipedia.org/wiki/Retriever\\_do\\_Labrador#Sa.C3.BAde](http://pt.wikipedia.org/wiki/Retriever_do_Labrador#Sa.C3.BAde);  
Acesso: 13.fev.2007

SANTANA, Luciano R. e OLIVEIRA, Thiago P. *Guarda responsável e dignidade dos animais in Revista Brasileira de Direito Animal*. SANTANA, Heron J. e SANTANA, Luciano R. (coord.) pp. 67-104 Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal. jan/dez 2006

SPACACHIERI, Marly e SCHIROS, Silvia D. — *Origem dos cães*. Disponível em <http://www.vira-lata.org/origem.shtml> . Acesso: 08.fev.2007

SPICA, Marciano A. *Do Valor da Vida, dos Interesses, do Sujeito*. Disponível em <http://www.apascs.org.br/academicos3.php> Acesso: 18/fev/2997

TABANEZ, Paulo *Curso de Caseiros com Visão Ambientalista Módulo: Criação de Pequenos Animais*. Brasília: UnB. 2004.

THOMSON, R.G. *Patologia Geral Veterinária*. RJ: Editora Guanabara Koogan. 1983

UYEHARA, Ana M.G. - *Relação Homem X Animal*. Disponível em <http://www.portaldoenvelhecimento.net/acervo/artieop/Geral/artigo20.htm> ; Acesso: 06.fev.2007

WATTS, Robyn *The Legal Ins and Outs of Pet Ownership and Housing*. Disponível em

<http://www.deltasociety.org/TextOnly/AnimalsHealthCompanionLegal.htm>; Acesso: 05.fev.2007

WOOLF, Norma B. *Dogs and apartments in Dog Owner's Guide internet* . Canis Major Publications 2004 Disponível em <http://www.21stcenturycare.org/aptdogs.htm> Acesso: 02.fev.2007

WOOLSTON, Chris *Pets and Stress*. Disponível em <http://healthresources.caremark.com/topic/stresspets> Acesso: 06.fev.2007



# A Plataforma do “mínimo realizável” e as “linhas” de Wise

Daniel Braga Lourenço<sup>1</sup>

“Se humanos titularizam direitos fundamentais, por que não animais? Consideramos que direitos não constituem exclusividade dos seres humanos, devendo ser estendidos para além da fronteira da humanidade, logrando, com isso, destruir o falacioso abismo legal existente entre humanos, de um lado, e não humanos, de outro. Da mesma forma com que a lei protege determinadas espécies da extinção, nega, aos mesmos animais, de maneira geral, o acesso aos direitos mais básicos, um anacronismo que deve ser urgentemente solucionado.

*N.R. Nair v. Union Of India* (KERALA HIGH COURT OF INDIA, 6 de junho de 2000)<sup>2</sup>..

---

<sup>1</sup> DANIEL BRAGA LOURENÇO é advogado no Rio de Janeiro e professor convidado do curso de pós-graduação em “Direito do Estado” da *Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ*. Mestre em “Direito, Estado e Cidadania” pela *Universidade Gama Filho- UGF/RJ* e pós-graduado em Direito Ambiental e em Direito Econômico e Empresarial pela *Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ*. É advogado membro do *Animal Legal Defense Fund – ALDF*.

<sup>2</sup> WISE, Steven M. *Drawing the Line*. Cambridge: Perseus Books, 2002. p. 1, tradução nossa.

“Escravo é ‘aquele que, privado da liberdade, está submetido à vontade absoluta de um senhor, a quem pertence como propriedade’”.<sup>3</sup>

O advogado STEVEN M. WISE leciona “Animal Rights Law” na Universidade de *Harvard, Vermont, John Marshall* e no programa de pós-graduação de “Animais e Políticas Públicas” na *Tufts University School of Veterinary Medicine*. Foi também um dos mentores do aclamado “Animal Legal Defense Fund – ALDF” e atualmente ocupa a presidência do “Center for the Expansion of Fundamental Rights”, órgão que ajudou a fundar em 1995. É autor de diversas obras que abordam a questão dos direitos dos animais, entre as quais podem ser citadas: *Rattling The Cage: Toward Legal Rights for Animals* (Cambridge: Perseus Books, 2000) e *Drawing the Line: Science and the Case for Animal Rights* (Cambridge: Perseus Books, 2002)<sup>4</sup>.

Será que os animais seriam realmente nossos escravos, escravos por natureza de acordo com a concepção aristotélica<sup>5</sup>? O professor WISE,

<sup>3</sup> DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. p. 1210.

<sup>4</sup> É também autor de “*Though Heavens May Fall*” (Cambridge: Perseus Books, 2005), obra que trata do julgamento de JAMES SOMERSET, em 1772, tido como um marco na abolição da escravidão.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES (384-322 a.C.) é talvez a principal fonte da idéia de que existiria uma hierarquia natural entre os objetos inanimados, os seres vivos e os seres humanos, fenômeno que WISE denomina de “antropocentrismo teleológico”. O teleológico deriva do fato de que, para essa corrente filosófica, tudo na natureza possui um propósito específico, pré-determinado. Já o antropocentrismo significa assumir que o mundo, da mesma forma que tudo que nele habita foi criado para uso e benefício exclusivo do homem. Para ARISTÓTELES, conforme verificado, mesmo entre os próprios seres humanos haveria uma hierarquia de precedência a ser observada. Os homens eram, por essência, superiores às mulheres, assim como os escravos deveriam viver para satisfazerem os seus senhores (noção de “escravo por natureza”). Nessa ordem de idéias as vidas de cada categoria de pessoas comportavam a seguinte subdivisão: “*Pode-se dizer, com efeito, que existem três tipos principais de vida: a vida que acabamos de mencionar (vida sensorial), a vida política e a vida contemplativa. A grande maioria dos homens se assemelha a escravos, preferindo uma vida comparável à dos animais, contudo encontram certa justificação para pensar assim no fato de muitas pessoas altamente colocadas compartilharem os gostos de Sardanaapalo*” (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Martin Claret, 2004. p.20-1, Livro 1, 1094a).

utilizando-se da expressão originalmente cunhada por LOVEJOY<sup>6</sup>, denomina de “*The Great Chain of Being*” (“*A Cadeia Evolucionária da Vida*” ou “*A Grande Cadeia do Ser*”) a concepção segundo a qual se prescreve um universo estático no qual cada forma ocupa um espaço e um lugar apropriado, necessário e permanente, que fora designado previamente para ela dentro de uma hierarquia naturalística. STEPHEN JAY GOULD (1941-2002), eminente paleontologista de Harvard, afirma que a noção da “*Great Chain of Being*” é, em realidade, uma idéia “explicitamente e veementemente antievolucionária” que não deixa espaço para mudanças significativas ou alterações de “nível/degrau”<sup>7</sup>. De fato, percebe-se que essa noção denota o sentido de tempo sucessivo, linear, contínuo, não-homogêneo, progressivo e irreversível. Nas palavras do próprio LOVEJOY, constitui ela “uma das seis pressuposições mais vigorosas e persistentes do pensamento ocidental. Até um século atrás era, provavelmente, a concepção predominante do esquema geral das coisas, da própria essência da constituição do universo e de seus elementos”<sup>8</sup>.

Segundo esse pensamento, a matéria inanimada (pedras, terra, água, etc.) estaria no primeiro degrau enquanto as plantas se colocariam em seguida, em um patamar acima, por terem vida. Só então viriam os animais que, além da vida, possuiriam os sentidos fundamentais. No ápice desta cadeia evolutiva estariam os seres humanos, “abençoados” com a racionalidade. Nessa pirâmide existencial, acima do homem só haveria Deus, como entidade onipotente, que seria a encarnação da razão pura.

Além desse obstáculo histórico/filosófico, WISE enumera ainda outras questões dele derivadas de ordem econômica, política, religiosa, psicológica e legal, todas dificultadoras do fim da escravidão animal. No que se refere ao problema legal, esclarece que o sistema do Direito

---

<sup>6</sup> A doutrina que “encadeia” os seres vivos dos mais complexos aos mais elementares foi estudada por ARTHUR LOVEJOY na década de 30, tendo sido alvo de um trabalho clássico denominado *The Great Chain of Being*, fruto de uma série de palestras proferidas pelo autor na *Universidade de Harvard*. Para LOVEJOY, tal teoria consiste em “um dos mais curiosos monumentos da imbecilidade humana” (LOVEJOY, Arthur. *The Great Chain of Being*. Cambridge: Mass, 1936; edição em português pela Editora Palíndromo, 2005).

<sup>7</sup> GOULD, Stephen Jay. *O Sorriso do Flamingo*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 261.

<sup>8</sup> LOVEJOY, op. cit., p. 242.

incorporou a falaciosa barreira que separa humanos e não-humanos, atribuindo aos primeiros a qualidade de sujeitos de direito e, aos últimos, a de meros objetos de direito. Na opinião do autor, a personalidade jurídica seria o escudo que protege os seres humanos da interferência indevida de terceiros sobre o seu patrimônio jurídico (vida, integridade física e psíquica, etc.). Legalmente falando, pessoas contam, titularizam direitos subjetivos e são protegidas *per se*, coisas não.

Mas o que seriam “direitos”? Segundo relata WISE, POTTER STEWART, ministro da Suprema Corte Norte-Americana, afirmou, quando tratava de um caso envolvendo a liberdade de expressão e pornografia, que temos um senso intuitivo do que sejam “direitos”, do mesmo modo que sabemos que algo tem conteúdo pornográfico, ainda que não possamos definir precisamente o que venha a ser a pornografia. WESLEY HOHFELD, professor de Direito de *Yale*, buscando aprimorar a noção de STEWART, procurou encontrar um denominador comum mínimo apto a caracterizar a realidade dos direitos. Nesta linha, argumentava que os “legal rights” consistiam em uma vantagem de posição reconhecida por normas legais<sup>9</sup>. Assim sendo, uma pessoa somente possui uma “vantagem” porque outra possui uma “desvantagem” que lhe é correlata. SAMUEL PUFENDORF (1632-92), nessa linha, trazia o ilustrativo exemplo de que, antes de Eva ser criada, Adão não poderia ter direitos, porque nenhuma outra pessoa habitava o *Jardim do Éden*.

HOHFELD, com base nestes parâmetros, estabeleceu quatro modalidades ativas dos denominados “legal rights”, tomados na acepção de direitos subjetivos: (1) liberdades ou privilégios (“*liberties*”): todos os indivíduos possuem uma infinidade de liberdades de fazer aquilo que bem desejam, mas o valor prático dessas liberdades é limitado, pois nem sempre há o correlato dever por parte da coletividade de a elas respeitar<sup>10</sup>; (2) “*claims*”<sup>11</sup>: configura o direito de exigir algo,

<sup>9</sup> HOHFELD, Wesley Newcomb. “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”. Yale University Press, 1919.

<sup>10</sup> O professor de Oxford H. L. A. HART bem descreve a relação entre a liberdade e um “não-direito” com o exemplo da liberdade que um vizinho tem de olhar para outro por cima da cerca do jardim de sua casa, o que não corresponde ao dever do lindeiro de se deixar ser visto ou de não interferir aumentando a altura de seu lado da cerca para impedir a invasão de sua privacidade.

correspondendo passivamente ao “dever” de ação ou de abstenção/ omissão. Uma afirmação sobre um direito subjetivo exige o correspondente dever de respeito para que possa validamente existir. É discutível se seria cabível se exigir que o proponente possua capacidade efetiva de entendimento para que possa reclamá-la ou não. Para não entrar em maiores debates quanto a esse ponto, WISE faz uma concessão ao partir do pressuposto de que animais não possam validamente, de maneira autônoma, postular uma “*claim*” em face de terceiros; (3) poder (“*powers*”): uma pessoa pode se utilizar de um “poder” para afetar os direitos de outrem. O poder de acesso ao Judiciário na modalidade de “poder de litigar ou demandar” (capacidade de ser parte) é comumente citado como um dos principais “poderes”. WISE, coerentemente, mantém a mesma posição anterior no sentido de que animais não sejam titulares de “poderes”, embora entenda bastante discutível o ponto em questão<sup>12,13</sup>; (4) imunidades (“*immunities*”): elas impedem legalmente

---

<sup>11</sup> “Claim. To demand as one’s own or as one’s right; [...]” (BLACK’S LAW DICTIONARY. West Publishing, 1979. p. 224).

<sup>12</sup> Há estudos e trabalhos respeitáveis tratando da questão do *standing* para não-humanos. Um dos pioneiros foi o ensaio desenvolvido em 1972 por CHRISTOPHER D. STONE, professor de direito da Universidade da Carolina do Sul, intitulado “Should Trees Have Standing?” (New York: Oceana Publications, 1996). O trabalho de STONE foi publicado quando ainda estava pendente de julgamento pela Suprema Corte dos EUA a demanda *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972), na qual se discutia a legalidade da construção de um *resort* pela *Walt Disney Enterprises Inc.* em área de floresta nativa das montanhas de *Sierra Nevada* (Califórnia). A doutrina do *standing* para não-humanos é também defendida por juristas de renome como LAURENCE TRIBE (“Ten Lessons our Constitutional Experience can Teach us About the Puzzle of Animal Rights: The Work of Steven M. Wise”, *Animal Law*. n. 7, 2001), CASS SUNSTEIN (“The Rights Of Animals”, *University of Chicago Law Review* n. 387, 2003 e em “Can Animals Sue”. SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha C. *Animal Rights: Current Debates and New Directions*. Oxford: Oxford University Press, 2004), JOEL FEINBERG (“The Rights of Animals and Future Generations”. In BLACSTONE, William. *Philosophy and Environmental Crisis*. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1974), STEVEN M. WISE (*Rattling The Cage*, op.cit.), ADAM KOLBER (“Standing Upright: The Moral and Legal Standing of Human and Other Apes”, *Stanford Law Review* n. 173, 2001), entre outros.

<sup>13</sup> As experiências judiciais envolvendo o *standing* para não-humanos são bastante ricas nos EUA. O professor WISE, em seu curso em Harvard, cita alguns exemplos nesse

outra pessoa de interferir indevidamente no seu conjunto de interesses individuais. As imunidades mais comuns na *common law* correspondem a não ser escravizado e a não sofrer tortura (uma pessoa seria imune à escravidão e à tortura). Neste sentido, entende que não há como se exigir que alguém seja suficientemente capaz para que lhe sejam concedidas determinadas imunidades.

É, portanto, com relação às imunidades que o autor desenvolve seu raciocínio para extensão de direitos aos animais. Segundo WISE, se imaginarmos que o sistema legal seja representado graficamente por um círculo (“*round hole*”), onde animais são atualmente tratados como coisas sem quaisquer direitos; e a situação de animais como portadores de direitos, por um quadrado (“*square peg*”) fora do círculo, para conjugar a situação de animais atingindo efetivamente os direitos no âmbito legal, teríamos de enquadrar o círculo, ou circular o quadrado. Para ele a melhor opção, ao menos diante das possibilidades que oferece a *Common Law*, seria a de circular o quadrado (“*peg-rounding*”), num movimento de alargamento dos direitos para além daqueles tradicionalmente reconhecidos. Segundo o autor, essa teria sido a

---

sentido tais como: *Northern Spotted Owl v. Hodel*, 716 F. Supp. 479 (WD Wash, 1988); *Northern Spotted Owl v. Lujan*, 758 F. Supp. 621 (WD Wash, 1991); *Mt. Graham Red Squirrel v. Yutter*, 930 F. 2d 703 (9<sup>th</sup> Cir. 1991); *Palila v. Hawaii Dep. of Land and Natural Resources*, 836 F. Supp. 45 (D Mass. 1993). No Brasil já se tentou usar o instrumento do *Habeas Corpus* para salvaguardar a liberdade de locomoção de animais (cf. RHC n.º 50.343, julgado pelo *Supremo Tribunal Federal* em 3 de outubro de 1972, do qual foi relator o Ministro DJACI FALCÃO). A impetração foi negada com base no simplório argumento que animais seriam objeto e não sujeitos de direito. Mais recentemente, no ano de 2005, o *Ministério Público do Estado da Bahia*, por meio de seus ilustres Promotores de Justiça, Dr. HERON JOSÉ DE SANTANA e Dr. LUCIANO ROCHA SANTANA, em conjunto com diversos professores de direito, organizações não-governamentais ambientalistas e um grupo de estudantes de direito, impetraram o corajoso *Habeas Corpus* n.º 833085-3/2005 (com pedido de liminar), em favor de “Suíça”, uma chimpanzé que se encontrava aprisionada no Parque Zoobotânico Getúlio Vargas. Apesar do indeferimento da liminar, o processo teve curso com pedido de informações à autoridade coatora e, infelizmente, antes que se pudesse chegar ao histórico julgamento do mérito, “Suíça” faleceu. No entanto, o só fato de ter sido a medida judicial admitida torna essa demanda um autêntico *leading-case* na matéria, revestindo-se de importância singular.

estratégia utilizada, em *Brown v. Board of Education*<sup>14</sup> pelo famoso advogado dos direitos civis THURGOOD MARSHALL.

Observa ainda que há uma nítida divisão entre as decisões judiciais que prestigiam o formalismo em detrimento de outros valores e aquelas que buscam nos princípios sua linha de justificação e legitimação. Os juízes que se apegam ao “formalismo” (“*precedent judges*”) baseiam suas decisões inflexível e exclusivamente no passado por meio dos precedentes, entendendo que a previsibilidade, a estabilidade e a certeza dos julgamentos deve, em todos os casos, nortear a aplicação das normas legais em abstrato. O jurista exemplifica com um caso ocorrido nos EUA em junho de 2001, quando um policial, ilegalmente, atirou e matou um cão diante de seus proprietários<sup>15</sup>. Um juiz da *Suprema Corte de Wisconsin* sustentou que a lei veda que um proprietário obtenha indenização por danos morais (“*emotional distress damages*”) em casos como este, pois um cão representa tão-somente uma propriedade, “tal como ressaltam os precedentes”. Em sentido contrário, leciona WISE, estão os juízes “substantivos” (“*substantive judges*”) que rejeitam o passado como paradigma absoluto. A visão legal destes últimos preocupa-se com a dinamicidade dos valores sociais, tais como a moralidade, a justiça e o avanço científico. Os princípios e as políticas vivem e morrem e, essa contingência há de ser levada em consideração para que não se tenham como absolutamente imutáveis os precedentes:

Decisões passadas, ou precedentes, não delimitam normas específicas, mas princípios gerais, e os juízes não necessitam ater-se aos modos particulares pelos quais os seus pares anteriores se pautaram. Se um princípio de justiça demandar que uma determinada norma deva ser alterada, os juízes devem usar estes princípios para reconstruir a lei, até mesmo em um sentido que possa destoar completamente em relação ao passado<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> *Brown v. Bd. of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954).

<sup>15</sup> *Rabideau v. City of Racine*, 238 Wis. 2d 96, 617 N.W. 2d 678 (2001).

<sup>16</sup> WISE, *Drawing The Line*, op. cit., p. 28, tradução nossa.

WISE discorre sobre os fundamentos dos princípios da liberdade e da igualdade, detendo-se, em particular, nos aspectos da autonomia e da auto-determinação que, em última análise, são aspectos da liberdade. Para o jurista C. K. ALLEN, a diferença essencial entre uma pessoa e uma coisa reside na qualidade da vontade que ela exprime. As criaturas animadas possuem algum atributo análogo à vontade humana, mas que dela difere pela inexistência de razão.<sup>17</sup> Essa visão kantiana incorpora a idéia de que os interesses de um cavalo, por exemplo, não são reconhecidos pela lei porque, ainda que sejam expressados intencionalmente, são fruto do mero instinto, que, em última análise, constituiria a antítese da vontade. Somente os seres com autonomia absoluta agem de maneira completamente racional, e essa sua capacidade demanda que sejam tratados como pessoas. As coisas, por sua vez, não agiriam autonomamente, pois careceriam de vontade.

Todavia, conforme adverte WISE, fazendo uma analogia aos denominados “casos marginais”, percebe-se com facilidade que um sem-número de seres humanos também não possuem a mencionada autonomia absoluta, o que, pelo mesmo raciocínio, conduziria à necessária conclusão de que também eles não poderiam ter interesses tutelados por direitos, o que CARL WELLMAN descreve como uma “conclusão monstruosa”. Como é consabido, a lei e o sistema judicial rejeitam expressamente esta visão que exige uma correlação direta entre autonomia completa e titularização de direitos. Os mentalmente incapazes, por exemplo, não são passíveis de medidas de segurança a não ser que constituam ameaça concreta à sua própria integridade ou à de outrem. São sujeitos de direitos, podendo exercê-los judicialmente por meio da representação ou da assistência. Para WISE, portanto, aqueles que negam a personalidade aos não-humanos agem arbitrariamente, ao atribuírem-na a humanos absolutamente incapazes e, até mesmo, a pessoas jurídicas.

De fato, o Poder Judiciário rejeita a necessidade da configuração da autonomia plena para a titularização de direitos subjetivos. Crianças em tenra idade, pessoas portadoras de sérias deficiências mentais,

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 30.

comatosos, senis, pessoas jurídicas, fetos e até mesmo a prole eventual e entes despersonalizados desfrutam da qualidade de sujeitos de direitos. JOHN CHIPMAN GRAY não vê como se possa pretender que, de um lado, humanos desprovidos de vontade própria tenham autonomia e, de outro, determinados não-humanos não sejam agraciados com o mesmo benefício<sup>18</sup>. Nem se diga que o mero potencial para a autonomia justifique tratar alguém como ficticiamente a possuindo, a menos que isto seja verdade para o caso em que se justifique tratar alguém como morto porque potencialmente um dia o será. De acordo com o filósofo e professor de Direito da Universidade de *Princeton* JOEL FEINBERG<sup>19</sup>, outorgar direitos com fundamento em um potencial é um erro lógico<sup>20</sup>. As ficções, justamente por não terem comprometimento com a realidade fática, podem servir a propósitos contestáveis e abusivos, razão pela qual BENTHAM as descreve como uma das principais doenças que habitam o sistema legal<sup>21</sup>.

WISE afirma que, infelizmente, fato é que há uma conexão direta entre as categorias das liberdades fundamentais e da autonomia, sendo a autonomia um dos pilares da configuração da própria dignidade humana. Tendo por base essa constatação, em *Rattling the Cage* o autor argumenta que é a “autonomia prática” e não a capacidade de sofrer o que asseguraria o acesso aos ditos direitos fundamentais. WISE afirma que “caso fosse o magistrado universal poderia concordar com a assertiva de que a simples capacidade de sofrer, e não a autonomia prática, fosse suficiente para garantir o acesso à qualidade de pessoa e, conseqüentemente, aos direitos fundamentais. Entretanto, a realidade é que a capacidade de sofrer tem sido irrelevante para os juízes em sua consideração sobre quem deve titularizar direitos subjetivos. O que se

<sup>18</sup> GRAY apud WISE, *Drawing The Line*, op. cit., p. 32.

<sup>19</sup> O professor FEINBERG possui um excelente artigo intitulado “*The Rights of Animals and Future Generations*” (In Blackstone (ed.), *Philosophy and Environmental Crisis*. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1974) no qual discute “a possibilidade da qualificação de animais como sujeitos de direito”.

<sup>20</sup> FEINBERG, Joel. *Potentiality, development, and rights*. In *The Problem of Abortion*. Wadsworth Publishing, 1984. p. 145.

<sup>21</sup> BENTHAM apud WISE, *Drawing the Line*, op.cit., p. 32.

revela suficiente é a autonomia prática. Isso pode soar como um verdadeiro absurdo para os discípulos de Bentham e Singer. Em verdade, nem eu mesmo concordo muito com essa assertiva. Todavia, filósofos procuram fundamentar direitos morais; juízes decidem com base em direitos que estão no sistema jurídico (“legal rights”)<sup>22</sup>.

O autor opta por apresentar então uma argumentação legal, e não filosófica, para alçar os animais à condição de sujeitos de direito. Em sua construção, baseando-se em uma posição eminentemente cognitiva e não sensitiva, postula que uma alternativa razoável seria reconhecer que existem níveis de autonomia, diferenciados em sua complexidade. Em *Rattling the Cage*, o autor denomina as autonomies mínimas, menos complexas, de “reais”, mas em *Drawing the Line* prefere optar pelo termo “práticas” (“*practical autonomy*”). Com base nesse conceito, um ser vivo pode ser considerado autônomo desde que: (1) possua interesses; (2) possa intencionalmente tentar satisfazê-los; e (3) possua um senso de auto-suficiência que lhe permita entender, mesmo em nível mínimo, que é ele quem quer alguma coisa e que é ele quem está tentando alcançar essa alguma coisa. A consciência (não necessariamente a auto-consciência) e a senciência estariam implícitas no conceito de “autonomia prática”.

Assim sendo, se determinados seres preenchem os requisitos da “autonomia prática”, possuem direitos fundamentais a que WISE denomina de “direitos-de-dignidade” (“*dignity rights*”).

Em *Drawing the Line*, o professor WISE constrói uma escala da “autonomia prática” apoiado em diversos estudos de etologia cognitiva e comportamental, principalmente nos de DONALD GRIFFIN, ANTONIO DAMASIO e MARIAN STAMP DAWKINS. De acordo com tal teoria, as chances de um animal agir consciente e intencionalmente para preencher suas preferências podem ser graficamente representadas por uma escala que vai de 1.0 (sofisticação mental e cognitiva máxima, própria de um ser humano adulto e saudável) a 0.0 (carência de quaisquer dos requisitos da “autonomia prática”).

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 34, tradução nossa.

A categoria número um de animais (os que, na escala, atingem a pontuação de 0.90 a 1.00) abrange aquelas espécies que passam no teste de auto-reconhecimento no espelho (“*mirror self-recognition*” – MSR), desenvolvido por GORDON GALLUP na década de 70<sup>23</sup>. Isto significa que podem possuir uma teoria da mente (entender o que outros vêem ou sabem); entendem símbolos, utilizam linguagem sofisticada e podem fingir, enganar, imitar e resolver problemas complexos. Na segunda categoria, encontram-se os animais que, apesar de falharem no MSR (podem não ter auto-consciência e acesso a uma teoria da mente), revelam nível de consciência que os habilitam a realizar representações mentais, pensar, utilizar sistemas simples de comunicação e ter um sistema básico de consciência (na escala, atingiriam o intervalo que vai de 0.51 a 0.89). Na categoria subsequente, seriam colocadas as espécies sobre as quais não possuímos conhecimento científico suficiente e a que não podemos assinalar nenhum valor abaixo ou acima de 0.5. A quarta categoria quatro envolve aqueles cujo comportamento nem de longe dá mostras de níveis de consciência mínimos, para os quais são atribuídos valores abaixo de 0.5.

Na primeira categoria (0.90 – 1.0) acham-se aqueles dotados da “autonomia prática”, aos quais deve, sem sombra de dúvida, ser garantido o acesso a direitos fundamentais relacionados à liberdade. No que se refere aos integrantes da segunda categoria (0.51 – 0.89), se entendermos ser a eles aplicável o princípio da precaução ou da cautela (ou o benefício da dúvida), devemos lhes atribuir os mesmos direitos.

---

<sup>23</sup> O teste do MSR como critério de diferenciação intra-espécies é muito criticado por alguns especialistas. Os neurocientistas LESLEY J. ROGERS e GISELA KAPLAN afirmam que o teste não é apropriado. “Cães, por exemplo, dão relativamente pouca importância para a imagem de outros cães, mas são extraordinariamente atentos ao mundo olfativo. De um cão, portanto, não se deve esperar que reconheça sua imagem, e certamente ele falharia no teste, muito embora é bastante provável que reconheça seu cheiro e até mesmo o odor de diferentes partes do seu próprio corpo, tal como sabemos que fazem com os humanos. O teste não se aplica a cães, e isso ilustra o problema de usá-lo para hierarquizar determinadas espécies em detrimento de outras” (“All Animals Are Not Equal”. In SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha C. *Animal Rights: Current Debates and New Directions*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 176-177, tradução nossa).

Caso contrário, não terão o mesmo acesso garantido aos da classe imediatamente anterior. WISE propõe uma alternativa por meio da qual todos os seres que alcançarem a marca de 0.70 serão presumidamente detentores de atributo suficiente que lhes garanta direitos básicos de modo integral. Assume, ainda, a idéia de que aos seres que atingirem a pontuação entre 0.51 e 0.69 podem ser reconhecidos direitos fundamentais proporcionais: a personalidade e as liberdades básicas seriam concedidas em razão do nível de “autonomia prática”. O autor deixa claro que essa escala de autonomia também deve ser aplicada aos seres humanos na medida em que podem ser limitados determinados direitos em razão do decréscimo da autonomia. No entanto, nem por isso será transformado em uma coisa.

WISE exemplifica sua escala analisando alguns casos práticos tais como o de *Alex*, um papagaio (0.78); *Christopher*, seu filho (1.00); *Marbury*, cão de Christopher (0.68), *Echo*, um elefante africano (0.75); *Phoenix* and *Ake*, dois golfinhos (0.90); *Chantek*, um orangotango (0.93); *Koko*, uma gorila (0.95); e *Khanzi*, uma bonobo (0.98).

Os mesmos dados obtidos para justificar a atribuição dos direitos de liberdade para determinados animais podem, na visão de WISE, ser usados para justificar a garantia da igualdade. Em sua concepção, a igualdade demanda uma comparação, pois, se realidades similares devem ser tratadas da mesma forma, uma realidade somente pode ser semelhante a outra se a ela confrontada. Por essa razão é que a igualdade sempre foi mais difícil de ser aplicada, pois o estabelecimento de parâmetros é uma questão delicada nesse aspecto. Em 1858, ABRAHAM LINCOLN e STEPHEN A. DOUGLAS realizaram uma série de debates quando concorriam a uma vaga no Senado. DOUGLAS classificava LINCOLN como “abolicionista” o que, na época, soava de forma parecida como ser considerado “comunista” no período da Guerra Fria. DOUGLAS defendia uma visão hierarquizada de sociedade, na qual aos homens brancos era concedido o poder e fez disso uma questão crucial na campanha política. LINCOLN, enxergando que poderia ver comprometida a sua elegibilidade por tal motivo, passou a adotar o discurso de que, apesar de ser contrário à escravidão, não era partidário de uma igualdade absoluta entre brancos e negros. Com isso, tentava

sustentar uma posição anti-escravagista mínima, segundo a qual o montante total dos direitos poderia ser diferente, mas os fundamentais deveriam ser assegurados aos negros, de modo que seria errado tratá-los como meras coisas ou como propriedade. WISE, utilizando-se do exemplo estratégico de LINCOLN, afirma que os direitos dos animais devem ser atingidos gradativamente, sob pena de nenhum vir a ser alcançado:

A obtenção de quaisquer direitos para os animais não-humanos no sistema legal atual requer lutar sob a plataforma do mínimo realizável proposta por Lincoln. Lincoln acreditava que as realidades físicas, históricas, legais, religiosas, econômicas, políticas e psicológicas de seu tempo sinalizavam que tomar mais de um passo de cada vez para os negros levaria a que não se obtivesse mudança alguma com relação a seu “status” legal. Em meados de 1850, isso significava que advogar pela igualdade política e social dos escravos negros, qualquer que fosse a crença pessoal de Lincoln a esse respeito, resultaria na continuação de sua escravidão. Hoje, isso significa que advogar direitos em demasia para animais pode levar a que nenhum animal não-humano consiga adquiri-los<sup>24</sup>.

O naturalista e escritor HENRY BESTON afirmava que “os animais não devem ser medidos com os padrões humanos”<sup>25</sup>. Apesar de todo o brilhantismo de WISE na tentativa de superar as limitações do sistema judicial no enfrentamento da questão animal, consiste justamente nesse fato a maior fragilidade de sua tese. O preenchimento do atributo de

---

<sup>24</sup> WISE, *Drawing the Line*, op. cit., p. 235, tradução nossa.

<sup>25</sup> “For the animal shall not be measured by man. In a world older and more complete than ours they move finished and complete, gifted by extensions of the senses we have lost or never attained, living by voices we shall never hear” (BESTON, Henry. *The Outermost House: A Year of Life on the Great Beach of Cape Cod*. New York: Penguin Books, 1988. p. 25).

“autonomia prática” como requisito para a titularização de direitos<sup>26</sup> parece sinalizar que WISE aceite que a autonomia que assinalamos aos animais seja baseada nas habilidades e valores humanos. professora de Direito da *Universidade de Michigan* e da *Universidade de Chicago*, CATHARINE A. MACKINNON aponta para o mesmo erro na abordagem do problema ao afirmar que geralmente condicionamos a concessão de direitos à projeção e posse de determinadas características como individualidade, autonomia, autoconsciência, dignidade, espiritualidade, entre outras. No entanto, conforme acertadamente assinala:

Não se trata de perquirir se animais e mulheres possuem esses atributos. Por que animais devem ser como pessoas para serem deixados em paz, para serem livres da exploração e das atrocidades cometidas pelos homens? Os animais não existem para os propósitos humanos, da mesma forma que as mulheres não foram feitas para os homens. Por que não deveria a sua existência bastar? Por que

---

<sup>26</sup> RICHARD A. POSNER, professor da *Universidade de Chicago*, critica WISE pela ênfase na capacidade cognitiva como parâmetro para a concessão de direitos. Para POSNER a consciência, ou a autonomia prática como quer WISE, é certamente relevante para a concessão de direitos, mas isso nem sempre se mostra verdadeiro. No universo do Direito, há importante espaço para as intuições. Nesse sentido, a maior parte das pessoas acredita firmemente que um feto, ainda com poucos dias de formação, tenha direitos, a despeito de possuir efetivamente consciência ou qualquer nível de autonomia. A visão “humanocêntrica” de POSNER, no entanto, deixa bastante a desejar quando argumenta que a proteção dos animais prescindiria da idéia de que sejam sujeitos de direito, pois “um meio de proteger animais é torná-los propriedade, pois as pessoas tendem a proteger aquilo que possuem” (“Animal Rights: Legal, Philosophical, and Pragmatic Perspectives”. In SUSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha C., *Animal Rights*, op.cit., p. 59, tradução nossa). Nada mais equivocado. O apelo às intuições nem sempre se mostrará mais firme que os argumentos de ordem ética. Assim sendo, ele nem sempre favorecerá os animais, principalmente se levarmos em consideração que depende da empatia e do altruísmo, fenômenos estes que obedecem a uma lógica bastante subjetiva. A esse respeito, conferir o artigo de SINGER, intitulado “Ethics Beyond Species and Beyond Instincts: A Response to Richard Posner”. In SUNSTEIN, Cass; NUSBAUM, Martha C., *Animal Rights*, op.cit., p. 78-92.

deveríamos buscar nos padrões humanos a resposta para essa questão?<sup>27</sup>

Nesse sentido, CASS SUNSTEIN questiona se a capacidade de sofrer não seria requisito suficiente para a concessão de ao menos alguns direitos básicos para os animais<sup>28</sup>. WISE sustenta que a sua retórica está inserida num contexto fático em que a lei, infelizmente, valora unicamente as habilidades humanas. Os direitos à liberdade e à intangibilidade do corpo foram positivados na lei justamente porque são considerados fundamentais para o bem-estar humano. Assim sendo, o que sua construção pretende é flexibilizar o anacronismo do sistema jurídico com relação aos animais: “os juízes devem reconhecer que, mesmo usando padrões humanos, ao menos com relação a alguns animais não-humanos deve ser estendido o conceito legal de pessoa”<sup>29</sup>.

No entanto, a dissociação da teoria de WISE de um embasamento filosófico faz com que, indiretamente, abrace uma visão perfeccionista da justiça, na qual a proximidade com o humano é, em última análise, o critério para a aferição da quantidade e qualidade dos direitos subjetivos porventura assegurados. Conforme apurada conceituação de FRANCIONE e de SÔNIA T. FELIPE, tal forma de valoração moral baseada em capacidades cognitivas similares às dos humanos conduziria a uma forma de especismo eletivo<sup>30</sup>, igualmente reprovável<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> MACKINNON, Catharine A. “Of Mice and Men”. In CASS, Sunstein; NUSSBAUM, Martha C., *Animal Rights*, op.cit., p. 267, tradução nossa.

<sup>28</sup> SUNSTEIN, Cass R. “The Chimp’s Day in Court”, *New York Times Book Review*, n. 26, 2000.

<sup>29</sup> WISE, *Drawing The Line*, op.cit., p. 240, tradução nossa.

<sup>30</sup> A professora SÔNIA T. FELIPE destaca com propriedade que as leis protetivas normalmente incorrem no que denomina de “especismo eletivo”, ou seja, baseiam o âmbito de proteção por meio da eleição de uma categoria específica de animais em detrimento de todas as demais. O “especismo eletivo”, nesse sentido, se distingue do “especismo elitista”, que é a discriminação mais ampla com base numa hierarquia estabelecida usualmente sob o critério da posse ou não de razão.

<sup>31</sup> O filósofo JAMES RACHELS (1941-2003) afirma que por mais complexas que determinadas características sejam, tais como autonomia, autoconsciência, entre outras, elas não constituem “super-qualidades” éticas. Argumenta que a capacidade de sentir dor talvez seja o denominador comum mais relevante entre todas essas características.

A eleição da proximidade genética (ou no caso de WISE, da autonomia prática) como fator de inclusão no gênero humano, sob o ponto de vista biológico, é algo perfeitamente defensável, tal como verificado anteriormente, mas esse mesmo critério não é tão decisivo quando se trata da inclusão na categoria de pessoa. Se é certo que para o Direito todo ser humano é pessoa, não é menos verdadeiro afirmar que, também para ele, nem toda pessoa é ser humano (ainda mais se levarmos em consideração a distinção conceitual entre pessoa e sujeito de direito). Assim é que parece altamente problemática a sugestão de que determinadas características, além da senciência, possam possuir valoração moral autônoma na medida em que se aproximam das humanas.

Certo é, por exemplo, que os primatas são seres inteligentes e dotados de uma vida psicológica bastante rica. Vivem em arranjos sociais complexos e possuem reações emocionais bastante similares às dos humanos. Mas será que essa aproximação comportamental, e mesmo genética, seria o *plus* que justificaria a sua inclusão na categoria de “pessoa” deixando de lado os demais animais? Essa retórica da

---

Se um indivíduo possui determinada característica (como a de sentir dor), então temos um dever de tratá-lo de certa forma (não podemos torturá-lo), mesmo que esse mesmo indivíduo não possua outras características (como a autonomia) que iria determinar espécies diferenciadas de tratamento (como por exemplo a abstenção de coação moral). Nesse sentido, afirma que “um ser senciente possui uma demanda moral em não ser torturado. Um ser autoconsciente possui uma demanda moral de não ser coagido, e assim por diante. Se perguntada a quem seria apropriado endereçar consideração moral fundamental poderíamos responder que seria apropriado direcionar consideração moral a qualquer indivíduo que possui qualquer das características que constituem boas razões para que ele seja tratado desse ou daquele modo” (RACHELS, James. *Drawing Lines*. In SUNSTEIN, Cass; NUSSBAUM, Martha C., *Animal Rights*, op.cit., p. 169). RACHELS explica que essas características funcionariam em um sistema de círculos concêntricos, onde o centro nervoso seria reservado à capacidade de sentir dor. Em se tratando de um ser senciente, teríamos sempre o dever de não lesar a sua integridade física. O fato desse indivíduo, além de senciente, ser autônomo, ou autoconsciente, teria o condão de aumentar a esfera de deveres para com ele. O autor cita o exemplo de duas condutas. A primeira seria a de se furar alguém com uma lança. A razão para não fazê-lo estaria no fato de que isso causaria dor e se o ser em questão é senciente, a dor deve ser evitada. A segunda conduta seria o fato de se falar para os amigos de seu marido que ele sofre de uma disfunção sexual. A razão para não fazê-lo seria o de que isso iria humilhá-lo, e se o ser em questão é autoconsciente, isso deve ser evitado.

proximidade com o humano geraria, indiretamente, a exclusão de outras realidades com base em um critério arbitrário. Será que a capacidade de raciocinar à nossa maneira seria efetivamente algo com valoração moral superior a conseguir voar, ou a mergulhar a profundidades abissais? Como já se mencionou, a se responder afirmativamente, estaríamos incorrendo em um “especismo eletivo”, na medida em que estaríamos escolhendo determinadas categorias de animais para serem favorecidas em detrimento das demais.

Feitas essas ponderações à teoria do professor WISE, vale destacar a sempre precisa ressalva do jurista GARY FRANCIONE, no sentido de se procurar evitar buscar no homem os padrões de valoração dos animais não-humanos, para o que vale transcrever o seguinte trecho:

Há diferenças entre chimpanzés e ratos tal como existem diferenças entre os próprios seres humanos. Essas diferenças podem ser relevantes para alguns propósitos, mas são totalmente irrelevantes para o fim de tratarmos um ser senciente exclusivamente como instrumento de outros, tidos como superiores.

[...] Devemos interromper a exploração de todos os seres sencientes. Podemos escolher por começar com os grandes símios, mas devemos deixar claro que essa opção nada tem a ver com o fato de serem similares aos seres humanos, exceção feita ao fato de serem, tal como nós, sencientes [...]. O risco de projetos como o GAP e de campanhas similares, que são baseadas na noção de que o status moral e legal dos primatas depende do reconhecimento de serem “como nós”, reside no fato de que corroboram um paradigma especista ao assegurarem que 99,9999% dos não-humanos continuem pertencendo à categoria de coisa no esquema da dicotomia pessoa/coisa.

Alguns argumentam que uma campanha que conecte a valoração moral à proximidade das características humanas seria aceitável na medida em que o reconhecimento da personalidade dos grandes símios conduziria, progressivamente, ao reconhecimento da personalidade de outros animais não-humanos. Todavia, centrar a discussão em capacidades

cognitivas similares às dos humanos possuída por alguns não-humanos, tidos como “especiais”, é como termos uma campanha de direitos humanos focada em conferir direitos aos humanos mais “espertos” em primeiro lugar na esperança de que tal fato implicasse na extensão de direitos aos menos inteligentes mais tarde; ou, em tratar aqueles com apenas um ascendente negro como mais privilegiados por se aproximarem mais dos brancos. Devemos certamente rejeitar esse elitismo onde humanos estejam envolvidos. Devemos igualmente rejeitar o mesmo raciocínio no caso de não-humanos.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> FRANCIONE, Gary. *The Great Ape Project: Not so Great*. Disponível em: <<http://www.garyfrancione.blogspot.com>>. Acesso em: 15 jan. 2007.

# ***Habeas Corpus* para animais** **admissibilidade do HC “Suíça”**

Fernando Bezerra de Oliveira Lima<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo pretende demonstrar a viabilidade jurídica da impetração de um *habeas corpus* em favor de seres vivos não-humanos. A análise que se pretende aqui é um estudo dogmático das categorias da teoria geral do direito e do processo, no intento de afirmar que elas necessitam passar por uma reformulação, pois já não mais são suficientes a abarcar a emergente gama de novos sujeitos jurídicos. Nesse sentido, avançamos sobre os pressupostos processuais e condições da ação para revelar que nenhuma delas serve de empecilho à consideração da admissibilidade processual de demandas que versem direitos referidos a animais não-humanos.

## **INTRODUÇÃO**

Desde o ano passado, uma ação judicial incomoda o imaginário jurídico nacional devido à projeção que alcançou pela corajosa atitude dos seus impetrantes. Um grupo de defensores e ativistas do Direito Animal impetrou um *habeas corpus* em favor da chimpanzé “Suíça” que se encontrava privada de sua liberdade de locomoção, relegada ao sufoco

---

<sup>1</sup> O autor é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e Pós-graduando *lato sensu* em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

de uma cela que não atendia ao mínimo esperado de apreço pela sua dignidade, no zoológico de Salvador.

A questão da jurisdicionalização dos animais ainda é bastante polêmica, principalmente, porque raríssimas foram as hipóteses em que se intentaram ações no âmbito jurídico nacional, nas quais figurasse na demanda a premissa da proteção aos direitos animais.

Sem dúvida, os operadores do direito ainda não se encontram abertos ao novo microsistema jurídico que se afigura e hesitam em admitir que animais são sujeitos de direito e podem gozar da tutela jurisdicional para afirmá-los. O objetivo deste artigo será, portanto, dissecar esse novo paradigma que tanto incomoda o direito ortodoxo.

Para tanto, enfrentaremos questões processuais, quais sejam os pressupostos processuais e as condições da ação que se apresentam como um dos maiores entraves à admissibilidade desse *habeas corpus* “Suíça”. Procuraremos deixar claro o quão possível é o pedido em face de inexistir qualquer vedação no ordenamento pátrio, quão útil é a medida para a proteção da liberdade dos animais e efetivação do comando constitucional que proíbe as práticas que submetam os animais à crueldade, bem como a plena subsunção dos animais no rol dos capazes de ser parte por lhes ser garantida a titularidade de direitos.

A aceitação da exordial do *habeas corpus* “Suíça” já significou, por si própria, uma atitude avançada do meio jurídico,<sup>2</sup> pois impôs à comunidade acadêmica a necessidade de debater as premissas nas quais está assentado o direito tradicional,<sup>3</sup> bem como tornou-se um precedente inédito e importante ao admitir que ações versando sobre direitos animais

---

<sup>2</sup> Segundo Heron Santana: “Assim, o caso Suíça vs. Jardim Zoológico de Salvador acabou por se constituir em um precedente judicial histórico, tornando-se um marco judicial do direito animal no Brasil, ao fazer valer uma das principais reivindicações do movimento abolicionista: o reconhecimento dos animais como sujeitos de direito e dotados de capacidade de reivindicar esses direitos em juízo, isto é, capacidade jurídica e capacidade de ser parte” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 184.

<sup>3</sup> Segundo Heron Santana: “No caso Suíça, porém, contrariando as expectativas mais conservadoras, o pedido foi recebido pelo juiz Edmundo Lúcio da Cruz, da 9ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, que, embora tenha negado pedido liminar, recebeu o *writ* e

possam tramitar plenamente em instâncias judiciárias por preencherem os pressupostos processuais e as condições da ação.<sup>4</sup> Ademais, a decisão do juiz que funcionou no polêmico processo tornou-se referência, já que admitiu os animais no rol dos sujeitos de direito.

O douto magistrado ao receber a petição inicial do famoso *habeas corpus* impetrado em favor da chimpanzé “Suíça”, sensatamente, preferiu incitar a atitude dialógica a curvar-se pusilânime aos ditames do Direito Tradicional e sintetizou sua manifestação na magistral sentença que por ora transcrevemos um trecho:

Tenho a certeza que, com a aceitação do debate, consegui despertar a atenção de juristas de todo o país, tornando o tema motivo de amplas discussões, mesmo porque é sabido que o Direito Processual Penal não é estático, e sim sujeito a constantes mutações, onde novas decisões têm que se adaptar aos tempos hodiernos. Acredito que mesmo com a morte de “Suíça”, o assunto ainda irá perdurar em debates contínuos, principalmente nas salas de aula dos cursos de Direito, eis que houve diversas manifestações de colegas, advogados, estudantes e entidades outras, cada um deles dando opiniões e querendo fazer prevalecer seu ponto de vista. É certo que o tema não se esgota neste “writ”, continuará indubitavelmente, provocando polêmica. Enfim. Pode, ou não pode, um primata ser equiparado a um ser humano? Será possível um animal ser

---

determinou a intimação da autoridade coatora para prestar informações sobre o caso” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 182.

<sup>4</sup> Segundo Heron Santana; “Ora, como num *Habeas Corpus* as partes são o paciente e a autoridade coatora, esta decisão abriu um precedente na história do direito, pois, ao receber a petição inicial e determinar a citação da autoridade coatora, o juiz teve que, inicialmente, admitir que a ação preenchia os pressupostos processuais e, isto é, que a chimpanzé Suíça tinha capacidade de ser parte, que o juízo era competente para julgar o feito e que, além disso, os impetrantes tinham capacidade processual e postulatória para ingressar com o writ” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 182.

liberado de uma jaula através de uma ordem de Habeas Corpus?<sup>5</sup>

Destarte, o oferecimento de um instrumento que proporcione aos animais a fruição plena de uma das mais básicas expressões dos seres vivos, a liberdade de locomoção, representa a primeira manifestação de que o sistema jurídico está modificando sua postura perante as criaturas vivas.<sup>6</sup> Do contrário, seres vivos impossibilitados de gozar plenamente sua liberdade de ir e vir por ação abusiva ou ilegal alheia, sem que tenham reconhecida sua condição de habilitados na ordem legal para titularizar direitos e, em consequência lógica, ter e poder valer-se de meios à sua proteção, acabam por relegados a um patamar de indignidade.

## 1. CONCEITO DE “ALGUÉM” NA NORMA DO ARTIGO 5º, LXVIII

O *habeas corpus* é o remédio constitucional concebido para a proteção do direito líquido e certo à liberdade de locomoção. Serve então ao resguardo da primeira expressão (mais básica) do direito à liberdade: ir e vir (movimentação e permanência).

Contudo, a prescrição constitucional não limita sua impetração apenas à disposição dos seres humanos. Não há na norma positiva

<sup>5</sup> CRUZ, Edmundo Lúcio. Sentença do Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça. In *Revista Brasileira de Direito Animal*. a. 1, n. 1, v. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 284.

<sup>6</sup> Segundo Tom Regan: “E quanto ao futuro: as ações recentes dos fundadores da Revista Brasileira de Direito Animal anunciam uma nova perspectiva para o Direito Animal no Brasil. Nunca, um brasileiro tinha ousado impetrar um *habeas corpus* em benefício de um não humano. Imaginem: uma ação judicial visando libertar um animal não humano preso ilegalmente! Mas foi precisamente isso o que os fundadores da RBDA fizeram em setembro deste ano, em favor de uma chimpanzé cruelmente condenada a viver a vida atrás das grades de um zoológico no estado da Bahia. (...) Mesmo assim, os acadêmicos e advogados do Brasil demonstraram a força do direito, de uma maneira nunca sonhada anteriormente, exercendo uma forte influência na defesa dos direitos dos animais. Todo membro da Nação do Direito dos Animal, em qualquer lugar que vivamos, tem motivo para celebrar. E para ter esperança” em, REGAN, Tom. Introdução: Nação do Direito Animal. In *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1. Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 10

qualquer restrição ao manejo deste instrumento em favor de animais quando estes encontrem-se cerceados em sua liberdade de locomoção por ato abusivo ou ilegal. Dessa forma, em face da ausência de vedação à luz do direito positivo não enxergamos qualquer óbice que desautorize esta medida, a não ser que empunhemos a faceta de um Direito apenas imaginado a serviço dos homens cujas interpretações exclusivistas alimentam e embasam situações de agressão e desrespeito aos animais.

A norma constitucional prevista no art. 5º, LXVIII faz remissão ao conceito de “alguém” como elemento de legitimação para se fazer valer do instrumento do *habeas corpus*.<sup>7</sup> Assim, só está autorizado à condição de legitimado ao pólo ativo de um *habeas corpus* quem se encaixar na definição “alguém”.

Os impetrantes do famoso *habeas corpus* “Suíça” valeram-se do recurso à hermenêutica extensiva<sup>8</sup> para alicerçar o fundamento jurídico para reivindicação deste *writ*. Dessa forma, pleitearam a ampliação do sentido da palavra “alguém” inserta na disposição autorizadora do manejo deste remédio heróico para abarcar os chimpanzés e, conseqüentemente, os demais animais.<sup>9</sup>

Ademais, não podemos esquecer que a hermenêutica constitucional deve servir ao razoável, ao proporcional, o que significa que forçar uma interpretação excludente para os direitos fundamentais é olvidar e repudiar o próprio sistema jurídico. A abordagem do termo “alguém” revelada pela norma constitucional consagrada do *writ habeas corpus*

---

<sup>7</sup> Art. 5º, LXVIII dispõe: “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” em, BRASIL; **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>8</sup> Segundo Ferraz Jr.: “Temos, por fim, a interpretação extensiva. Trata-se de um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido na sua letra” em, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 296.

<sup>9</sup> Segundo Heron Santana: “O principal suporte jurídico do *writ* foi reivindicar a ampliação do sentido da palavra “alguém” prevista no art. 647 do Código de Processo Penal, para também alcançar os chimpanzés” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 181.

não fez qualquer acepção de pessoas, não podendo ser o dispositivo constitucional interpretado de forma restritiva, notadamente quando se trata de direitos e garantias fundamentais.

Neste caso, não se está a defender uma interpretação fora dos limites da norma, ao contrário, apenas propugnamos uma interpretação mais consentânea aos ditames da disposição legal. Assim, entendemos que a utilização da espécie hermenêutica extensiva não ofende a *mens legis*, em sentido oposto, a torna mais adequada ao contexto em que será aplicada. Ademais, como leciona o professor Tércio Sampaio, a hermenêutica extensiva não significa impor sentidos que não estivessem incluídos ao conteúdo da norma, mas apenas resgatar um sentido que sempre esteve ínsito à prescrição normativa, entretanto nunca o fora explicitado.<sup>10</sup>

Nessa mesma direção entende Norberto Bobbio quando propugna que com a interpretação extensiva busca-se uma redefinição de um termo constante da literal disposição apresentando-lhe um novo sentido, embora a prescrição normativa conserve-se a mesma.<sup>11</sup>

Heron Santana, comentando a intenção dos impetrantes deste *habeas corpus*, entende que o termo “alguém”, não obstante sua aplicação, normalmente, restrinja-se aos seres humanos, poderia ser aplicada aos animais mais próximos da espécie humana na escala evolutiva.<sup>12</sup>

Dessa forma, a análise semântica e etimológica do termo “alguém”<sup>13</sup> nos remete ao vocábulo “pessoa” que nos impõe os sinônimos “ser moral ou jurídico” e “indivíduo”. “Ser moral ou jurídico” é noção cujo conceito

---

<sup>10</sup> Segundo Ferraz Jr.: “A doutrina afirma que a interpretação extensiva se limita a incluir no conteúdo da norma um sentido que já estava lá, apenas não havia sido explicitado pelo legislador” em, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 296.

<sup>11</sup> Segundo Bobbio: “Nesse tipo de interpretação busca-se a redefinição de um termo, embora a norma aplicada continue a mesma, apresentando uma nova ao gênero previsto na lei” em, BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1999. p. 156.

<sup>12</sup> Segundo Heron Santana: “Segundo os impetrantes, a palavra ‘alguém’, normalmente restrita aos seres humanos, pode ser aplicada aos animais que se encontram mais próximos da espécie humana na escala evolutiva: o *homo (pan) troglodytes* e o *homo (pan) paniscus*, vulgarmente conhecidas como chimpanzé comum e chimpanzé bonobo” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 181.

será depreendido pela filosofia moral e jurídica, qual seja todo aquele que esteja integrado ao âmbito de consideração moral e jurídica. “Indivíduo”, por sua vez, apresenta-se como exemplar de uma espécie qualquer, orgânica ou inorgânica,<sup>14</sup> acatando, assim, uma definição ainda mais ampla para abarcar uma expressão dentre a qual a noção de animais plenamente se amolda.

O postulado de que “na norma não há palavras inúteis” serve-nos a confirmar nossa perspectiva, haja vista se o texto literal não impõe restrições à utilização deste remédio constitucional em favor de animais, ao contrário avaliza porque a terminologia que a letra legal utiliza engloba a noção de animais, então, autorizado se está para o manejo desta garantia em benefício destas criaturas. Para nós, esta questão resta, então, superada.

## **2. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS**

### **2.1 CAPACIDADE DE SER PARTE**

Analogicamente, guardadas as devidas proporções obviamente, a capacidade de ser parte seria o equivalente processual da capacidade de direito no âmbito dos direitos substanciais. Ou seja, é a aptidão genérica para figurar como sujeito de uma relação jurídica processual.<sup>15</sup> É a faculdade de ser parte em uma demanda, a possibilidade de provocar uma relação processual que se refira a si em algum dos seus pólos.

A habilitação para ser susceptível desta atribuição passa por todos aqueles que detenham capacidade jurídica material, ou seja figurem enquanto sujeito de direito. Assim, não é atributo apenas acatável aos que gozem da condição de personalidade jurídica, porquanto alcança qualquer ente capaz de direitos e obrigações na ordem jurídica.<sup>16</sup> Basta que o direito outorgue-lhe certa gama de direitos subjetivos, ou até

<sup>13</sup> BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 11. ed., FAE. 1991.

<sup>14</sup> BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 11. ed., FAE. 1991.

<sup>15</sup> DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111.

mesmo processuais, para que a chancela da capacidade de ser parte já se conforme. Nesse sentido, a lição de Marcos Bernardes de Mello:

Soa de um ilogismo incontornável a afirmativa de que alguém, ou um ente qualquer, possa ter uma posição no mundo do direito, como titular de uma situação jurídica, sem ser juridicamente capaz, porque a própria incapacidade jurídica impediria a titularidade da situação jurídica. A capacidade jurídica e a condição de sujeito de direito não se restringem às situações de direito material. Por serem genéricas dizem respeito a qualquer situação jurídica, inclusive no plano do direito formal (processual), de modo que ser sujeito de direito em relação jurídica processual é, em essência, o mesmo que o ser em relação de direito material. (...) na realidade jurídica, há mais entes capazes de direito que pessoas.<sup>17</sup>

Não se exige, também, que, no plano material, o ente goze da plena capacidade (capacidade de direito e de exercício), não importando, portanto, se é incapaz ou não. Assim, basta a simples possibilidade de poder estar em juízo como parte ou interveniente, não sendo necessária capacidade de fato, capacidade processual ou personalidade jurídica.<sup>18</sup>

Há uma tendência que já se acompanha de alguns anos para se ampliar esse rol de capacidade de ser parte, corroborando com as

---

<sup>16</sup> Segundo Didier: “Dela são dotados todos aqueles que tenham personalidade material – ou seja, aqueles que podem ser sujeitos de uma relação jurídica material, como as pessoas naturais e as jurídicas -, como também o condomínio, o nascituro, o *nondum conceptus*, a sociedade de fato, sociedade não-personificada e sociedade irregular – as três figuras estão reunidas sob a rubrica sociedade em comum, art. 986 do CC-2002 -, os entes formais (como o espólio, massa falida, herança jacente etc.), igrejas, as comunidades indígenas ou grupos tribais, comissões e comitês, consórcios, os órgãos públicos despersonalizados (Ministério Público, PROCON, Tribunal de Contas, cartórios, a Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de estado etc.)” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111-113.

<sup>17</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. In **Revista de Direito Privado**. n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 19.

afirmações acima transcritas quanto à não coincidência entre os conceitos de personalidade jurídica e capacidade de ser parte.<sup>19</sup> Muitas vezes os litigantes não são necessariamente pessoas físicas ou jurídicas, mas entes que, não obstante sejam desprovidos de personalidade jurídica, titularizam direitos na ordem jurídica.<sup>20</sup>

Ademais, como assevera Fredie Didier jr., a noção de capacidade de ser parte decorre da própria garantia constitucional à inafastabilidade da jurisdição nas hipóteses de lesão ou ameaça de lesão a direitos.<sup>21</sup>

Baseado nesta maior abrangência da atribuição da capacidade de ser parte, defendemos neste trabalho científico a plena conformidade

---

<sup>18</sup> Segundo Marcos Bernardes de Mello: “A capacidade de ser parte independe de que o seu titular tenha capacidade de agir, como também capacidade processual. Não importa, portanto, se a pessoa é incapaz no plano do direito material e no plano do direito processual, ou mesmo se é pessoa. A simples possibilidade de poder estar em juízo como parte ou interveniente é que caracteriza a capacidade de ser parte” em, MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 116.

<sup>19</sup> Segundo Didier: “Ambos, personificados e não-personificados, podem assumir situações jurídicas, portanto o Direito reconhece-lhes a aptidão de ser termo de relação jurídica. A teoria dos sujeitos de direito precisa ser repensada, pois não se justifica, pelo exame do direito positivo, que não se reconheça capacidade jurídica a entes a que o ordenamento jurídico atribui aptidão para ter direitos e contrair obrigações, embora não lhes tenha sido atribuída personalidade jurídica” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 117.

<sup>20</sup> Segundo Marcos Bernardes de Mello: “A capacidade de ser parte se consubstancia na aptidão genérica outorgada às pessoas, a coletividades de pessoas, certos entes e universalidades patrimoniais não personificadas para o exercício da pretensão à tutela jurídica (denominada, em geral, mas impropriamente, ‘direito de ação’). A capacidade de ser parte constitui pressuposto para que alguém possa figurar em relação jurídica processual como parte, seja na condição de autor, seja na de réu, ou como terceiro interessado (assistente, embargante, oponente, ou apenas, recorrente), de modo que somente quem a tem pode ir a juízo. No direito hodierno, é reconhecida, indistintamente, a todas as pessoas, físicas e jurídicas, ao menos nos países civilizados. No sistema jurídico brasileiro, também é atribuída, em particular, a alguns entes que não são pessoas, como a sociedade não-personificada, a sociedade irregular, o espólio, a massa falida, o condomínio, as heranças jacente e vacante, o nascituro, o *nondum conceptus*, o Ministério Público, certos órgãos públicos, a coletividade de consumidores, ainda que indetermináveis” em, MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 115-116.

entre tal conceito e a condição dos animais. Portanto, da mesma forma que os impetrantes no caso do *habeas corpus* “Suíça”, entendemos estarem os animais habilitados a receber a chancela da capacidade de ser parte.

Não podemos olvidar que, na esteira desse movimento de ampliação do plano de consideração da capacidade de ser parte, a condição de incapacidade é exceção<sup>22</sup> da qual a regra é a plenitude de capacidade. Dessa forma, se animais recebem a chancela de sujeitos de direito, bastando, minimamente, esta a assegurá-los a capacidade de ser parte, tal não lhes pode ser recusada.

Ademais, para nós, os animais já estariam autorizados a figurar como parte em demandas, não só porque o direito lhe destine uma quantidade de normas protetoras dos seus direitos, mas, notadamente, pela razão que propugnamos atribuição de personalidade jurídica a estas criaturas.<sup>23</sup>

A doutrina mais moderna empunha a tese da razoabilidade da extensão do rol dos aptos à atribuição da capacidade de ser parte, abrangendo nesta perspectiva entidades tais como o condomínio, o nascituro, as sociedades em comum, os entes formais, as igrejas, comunidades indígenas, comissões, comitês e até mesmo órgãos públicos, embora excluindo expressamente os mortos e os animais.<sup>24</sup>

Ao nosso ver, tal perspectiva acerta quanto à ampliação da abrangência da capacidade de ser parte, porém peca ao deixar de fora criaturas tão mais próximas dos seres humanos do que todas as demais

---

<sup>21</sup> Segundo Didier: “A atribuição de capacidade de ser parte a todo ente que possa ter um interesse juridicamente tutelado é decorrência do direito fundamental à inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito, previsto no inciso XXXV do art. 5º da CF/88” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 120.

<sup>22</sup> Mais uma vez Didier: “O objetivo dessas linhas é demonstrar que, realmente, os casos de incapacidade de ser parte devem ser considerados como excepcionais. Essa é a postura que se reputa a mais correta” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 120.

<sup>23</sup> Nós entendemos que para além da condição de sujeitos de direito, os animais ostentam também personalidade jurídica, depreendida esta da própria condição de dignidade e consciência.

admitidas no bojo dessa mobilização de alargamento da noção de capacidade de ser parte, perdendo a chance de assegurar um tratamento mais condizente à condição jurídica destas criaturas. Não entendemos coerente este posicionamento, porquanto os animais possuem uma gama maior de direitos do que diversas entidades ali lembradas.

Ademais, não podemos olvidar da necessidade da teoria dos sujeitos de direito ser repensada em face da incoerência de não se admitir capacidade jurídica a entes aos quais tenha sido atribuída aptidão para titularizar direitos e contrair obrigações na ordem jurídica pátria.<sup>25</sup>

Então, como compatibilizar a tendência de ampliação a uma faculdade essencial à proteção de direitos em juízo e a exclusão arbitrária de entes cuja condição individual e as disposições do ordenamento jurídico admitem enquanto sujeito de direito? Não nos é compreensível tal segregação, senão sob a perspectiva de um direito que finca suas bases sob pilares éticos exclusivamente antropocêntricos.

Ademais, se já é expressamente pacífico na doutrina que basta a capacidade jurídica para dispor de capacidade de ser parte,<sup>26</sup> como inegável que os animais gozam de capacidade jurídica, posto sejam sujeitos de direito, logo não lhes pode ser negada a capacidade de ser

---

<sup>24</sup> Segundo Didier: “Dela são dotados todos aqueles que tenham personalidade material – ou seja, aqueles que podem ser sujeitos de uma relação jurídica material, como as pessoas naturais e as jurídicas -, como também o condomínio, o nascituro, o *nondum conceptus*, a sociedade de fato, sociedade não-personificada e sociedade irregular – as três figuras estão reunidas sob a rubrica sociedade em comum, art. 986 do CC-2002 -, os entes formais (como o espólio, massa falida, herança jacente etc.), igrejas, as comunidades indígenas ou grupos tribais, comissões e comitês, consórcios, os órgãos públicos despersonalizados (Ministério Público, PROCON, Tribunal de Contas, cartórios, a Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de estado etc.). **Não a tem o morto e os animais**” (grifo nosso) em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 111-113.

<sup>25</sup> Novamente Didier: “A teoria dos sujeitos de direito precisa ser repensada, pois não se justifica, pelo exame do direito positivo, que não se reconheça capacidade jurídica a entes a que o ordenamento jurídico atribui aptidão para ter direitos e contrair obrigações, embora não lhes tenha sido atribuída personalidade jurídica” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 117.

parte. A titularização de direitos pressupõe um patamar vantajoso àquele destinatário, o qual lhe confere a faculdade de pleitear em juízo o resguardo destes mesmos direitos,<sup>27</sup> representando, portanto, tal prerrogativa “o mais importante poder que um ente jurídico possui”.<sup>28</sup>

De que valeria, portanto, a concessão de diversos direitos dispostos na ordem jurídica pátria aos animais se não lhes fosse outorgado, em contrapartida, a faculdade de exigir judicialmente o cumprimento dos deveres que lhe sejam correlatos ou, ao menos, o seu respeito? Se o ordenamento, normatiza interesses dos animais exaltando-os à condição de direitos, ao mesmo passo, oportuniza-lhes acesso aos meios judiciais para demandar-lhes a proteção. Para nós esta é parêmia clássica no Direito.

## 2.2 CAPACIDADE PROCESSUAL

A capacidade processual é a aptidão para o exercício, pessoalmente, dos atos processuais sem que seja necessária a participação de representante ou assistente.<sup>29</sup> Não há que confundi-la com a capacidade de ser parte, haja vista esta ser pressuposto daquela.<sup>30</sup>

Dessa forma, a capacidade processual é um *plus* à capacidade de ser parte, já que a primeira vai além da segunda. Quem tem capacidade processual necessariamente goza de capacidade de ser parte, não obstante a recíproca não seja verdadeira.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Segundo Didier: “Quem tem capacidade jurídica tem capacidade de ser parte” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 115.

<sup>27</sup> Segundo Heron Santana: “Todo direito subjetivo implica uma posição de vantagem para o seu titular, que passa a ter a prerrogativa de exigir em juízo o cumprimento dos deveres que lhes são correlatos” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 145.

<sup>28</sup> Segundo Heron Santana: “Assim, a todo direito subjetivo corresponde a faculdade de exigir de outrem uma prestação, e a toda prestação corresponde uma ação, que é a faculdade de pleitear a prestação jurisdicional do Estado, de modo que a capacidade de ser parte em juízo é o mais importante poder que um ente jurídico possui” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 145.

Em estreita e didática, mas não tão adequada síntese, a capacidade processual equivaleria à capacidade material de fato enquanto a capacidade de ser parte estaria para a capacidade de direito, já que aquela autoriza o exercício pessoal e direto dos atos processuais.<sup>32</sup> Assim, a capacidade processual é a circunstância genérica para a prática de atos processuais sem a interferência de intermediários à validação deste.<sup>33</sup>

A ausência desta aptidão aos animais, devido à mesma impossibilidade material que impede os absolutamente incapazes de demandarem pessoalmente em juízo, não significa restrição absoluta à proteção jurisdicional dos direitos destas criaturas. Assim, a inexistência de capacidade processual apenas desautoriza que tais sujeitos busquem, por si próprios, a tutela aos seus direitos, podendo fazê-lo, através de um representante ou assistente.

<sup>29</sup> Segundo Didier Jr.: “A capacidade processual é a aptidão genérica para praticar atos processuais independentemente de assistência e representação (pais, tutor, curador etc.), pessoalmente, ou por pessoas indicadas pela lei (art. 12 do CPC)” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 134.

<sup>30</sup> Segundo Marcos Bernardes de Mello: “A capacidade de ser parte não se confunde com a capacidade de estar em juízo, dita capacidade processual ou legitimatio ad processum(CPC, art. 7º), porque: a) esta tem como pressuposto aquela; b) esta é de direito processual, enquanto aquela tem natureza pré-processual (de direito material)” em, MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 117.

<sup>31</sup> Segundo Didier Jr.: “A capacidade processual pressupõe a capacidade de ser parte. É possível ter capacidade de ser parte e não ter capacidade processual; a recíproca, porém, não é verdadeira. Há uma estreita relação entre a capacidade processual e a capacidade material (capacidade de exercício), conforme demonstra a regra do art. 7º do CPC” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 134.

<sup>32</sup> Segundo Wagner Giglio: “Distinguem-se capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo, equivalentes, no Direito civil, às capacidades de *gozo* e de *exercício*” em, GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 120.

<sup>33</sup> Segundo Marcos Bernardes de Mello: “(...) se caracteriza pela possibilidade de alguém ou algo estar pessoalmente em juízo, sem que seja legalmente representado (representado por determinação de lei) por pais, tutor ou curador, ou, em outras espécies, por síndico, administrador de condomínio, inventariante etc. Por isso, não na tem quem seja, necessariamente, representado em juízo, como os absolutamente incapazes e os entes

Dessa forma, do mesmo modo que não se cogita da inviabilidade de resguardo judicial dos direitos dos incapazes ou dos entes despersonalizados, não é coerente nem honesto inferir-se que aos animais tal garantia não seja cabível. Apenas não podem sustentar sua pretensão em juízo pessoalmente, demandando a necessária participação de um representante.

O essencial para que as demandas versando sobre direitos animais aflorem em juízo é o reconhecimento da capacidade de ser parte a estas criaturas, não sendo a ausência de capacidade processual qualquer empecilho ao seu ajuizamento, já que tal lacuna pode ser colmatada com a presença de um representante processual.

Para o exercício do papel de representante processual dos interesses dos animais, entendemos ser possível a admissão de um animal em juízo desde que representado pelo Ministério Público, associações de defesa dos animais ou pelo próprio guardião<sup>34</sup> do animal.<sup>35</sup> O professor Heron Santana lembra que “no Brasil, desde o advento do Decreto nº 24.645/34, as sociedades protetoras dos animais e o Ministério Público têm legitimação ativa para ingressar em juízo, em nome próprio, para defender os direitos dos animais”.<sup>36</sup>

Este, também, é o entendimento do promotor paulista Laerte Levai e da professora Edna Cardozo Dias, os quais entendem além da disposição prevista no Decreto-lei nº 24.645/34, a Carta Constitucional

---

que, sem serem pessoa jurídica, têm capacidade de ser parte” em, MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 123.

<sup>34</sup> Segundo Luciano Rocha e Thiago Pires: “A questão da guarda responsável de animais domésticos é uma das mais urgentes construções jurídicas do Direito Ambiental, visto a crescente demanda que se tem verificado nas sociedades, pois a urbanização cada vez mais crescente vem suplantando hábitos coletivos entre os indivíduos que, isolados em seus lares, têm constituído fortes laços afetivos com algumas espécies, como é o caso dos cães e gatos, transformando-os em verdadeiros entes familiares” em, SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda responsável e dignidade dos animais. In **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 1, a. 1, n. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 69.

<sup>35</sup> Segundo Heron Santana: “Seja como for, é possível que em nosso atual sistema jurídico um animal – ou um conjunto deles – seja admitido em juízo na condição de ente jurídico despersonalizado, logicamente representado pelo ministério Público, pelas

já outorgou ao Ministério Público este mister de curador dos animais,<sup>37</sup> haja vista que lhe atribuiu a função de proteção constitucional do meio ambiente.<sup>38</sup>

A melhor saída, portanto, ao nosso entendimento, seria conceber a figura do guardião como curador nos casos que envolvessem animais domésticos e o Ministério Público ou as associações na sua função de representante para as hipóteses referentes a direitos dos animais silvestres.

No caso em exame, não há que se inferir a capacidade processual da chimpanzé “Suíça”, haja vista não figurar no pólo ativo da demanda, porquanto o *habeas corpus* tenha sido impetrado por um grupo de promotores, professores e estudantes reunidos em litisconsórcio ativo.

---

associações de defesa dos animais ou pelo próprio guardião” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 156.

<sup>36</sup> SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 156.

<sup>37</sup> Segundo Edna Cardozo Dias: “Embora não tenham capacidade de comparecer em juízo para pleiteá-los, o Poder Público e acoletividade receberam a incumbência constitucional de sua proteção. O Ministério Público recebeu a competência legal expressa para representá-los em Juízo, quando as leis que os protegem forem violadas. Daí poder-se concluir com clareza que os animais são sujeitos de direitos, embora esses tenham que ser pleiteados por representatividade, da mesma forma que ocorre com os seres relativamente incapazes ou os incapazes, que, entretanto, são reconhecidos como pessoas” em, DIAS, Edna Cardozo. **Os animais como sujeitos de direito**. In **Revista Brasileira de Direito Animal**. a. 1, n. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 120.

<sup>38</sup> Segundo Laerte Levai: “O septuagenário Decreto-lei nº 24.645/34 já previa que ‘os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do ministério Público...’ (art.2º § 3º). A esse antigo sistema de representação processual soma-se o fato de que a proteção constitucional do ambiente foi atribuída ao Ministério Público, seja no âmbito estadual (promotores de justiça), seja na esfera federal (procuradores da república). Considerando que o amplo conceito de ‘meio ambiente’ inclui a fauna toda, mesmo a doméstica, isso significa – em termos práticos – que os promotores de justiça tornaram-se curadores dos animais, tendo à sua disposição inúmeros instrumentos administrativos, criminais ou cíveis para o fiel desempenho dessa função” em, LEVAI, Laerte Fernando Levai. **Direito dos Animais**. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 106.

A chimpanzé apenas atua enquanto paciente do *writ*. Assim, o exame quanto aos pressupostos processuais neste caso deve ser exercitado quanto aos impetrantes.

Essencial, portanto, estabelecer uma distinção entre estas duas figuras processuais: paciente e impetrante. O impetrante é a parte, de fato, na relação jurídica processual, quem postula a concessão da ordem judicial, enquanto o paciente é quem está sofrendo ou na iminência de sofrer a coação ou violência, apenas sendo um beneficiário daquela medida judicial, a quem a demanda se refere. Nada impede que impetrante e paciente sejam a mesma pessoa.<sup>39</sup> O impetrante não age como um representante do animal, mas sim um legitimado extraordinário para pleitear direito alheio em nome próprio como será melhor explicitado linhas abaixo ao discorrermos acerca da legitimidade *ad causam*.

No entanto, aqui ratificamos que mesmo que os impetrantes do *habeas corpus* não demandassem em nome próprio, ou seja, se atuassem enquanto representantes da chimpanzé “Suíça”, situação em que impetrante e paciente se confundiriam na figura desta criatura, ainda assim, apoiamos a admissibilidade processual da ação, por entendermos cumpridos os pressupostos processuais. Já argumentamos que animais possuem capacidade de ser parte porque são sujeitos de direitos e ratificamos o raciocínio que, não obstante não tenham o atributo da capacidade processual, podem supri-la por meio da representação processual.

### 3. CONDIÇÕES DA AÇÃO

#### 3.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

---

<sup>39</sup> Segundo Föppel e Santana: “Em face da previsão legal de que a ordem pode ser requerida por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, cumpre distinguir as figuras do impetrante e do paciente. Este é quem sofre ou está ameaçado de sofrer a coação ilegal no seu direito de locomoção. Aquele, quem postula a concessão da ordem em juízo. Se quem impetra o *mandamus* é a mesma pessoa que sofre o ato constritivo, nela se confundem as figuras do impetrante e do paciente” em, FÖPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. *Habeas Corpus*, In *Ações Constitucionais*. 2ª impressão. Salvador: Edições Jus Podivm, 2006. p.19.

Quando pleiteia um provimento judicial, o autor terá de demonstrar, enquanto um dos ônus ao reconhecimento da admissibilidade de sua demanda e, conseqüentemente, de sua pretensão, de que seu pedido é, em abstrato, possível no âmbito do ordenamento positivo. Assim, funda-se a primeira das condições procedimentais à ação, qual seja a possibilidade jurídica do pedido.

Para a doutrina tradicional<sup>40</sup>, principalmente aquela herdeira mais direta das idéias de Liebman, esta condição se apresentaria como uma questão prejudicial ao mérito e com o qual em nada se confundiria. Ou seja, aqui o juiz não poderia cogitar em decidir a procedência ou improcedência da pretensão autoral, apenas limitando-se à apreciação quanto à susceptibilidade de apreciação jurisdicional.

Entretanto, o próprio Tullio Liebman já retificou seu entendimento quando passou a admitir a possibilidade jurídica do pedido não mais enquanto uma condição processual da ação, mas imbricado na noção de interesse de agir.<sup>41</sup>

Mais atualmente, já emergem autores que rechaçam essa concepção que elege a possibilidade jurídica do pedido como uma categoria autônoma do *meritum causae*, mesmo que não mais enquanto condição da ação independente e sim parte do interesse de agir. Dessa forma, entendem-no muito mais uma manifestação judicial *prima facie* do julgamento da demanda, provocando, portanto, a formação de coisa julgada material.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Aqui se está a referir à escola paulista de direito processual, que nomeamos na pessoa do professor Cândido Rangel Dinamarco em, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 2, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Além destes, ousamos incluir o professor Humberto Teodoro Jr. em, TEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 61.

<sup>41</sup> Segundo Fredie Didier Jr.: “Como informa dileto discípulo do mestre italiano, Cândido Dinamarco, tendo sido permitido o divórcio na Itália, em 1970, Liebman, a partir da 3ª edição do seu *Manuale*, retirou a possibilidade jurídica do rol das condições da ação – pois esse, o divórcio, era o principal exemplo de impossibilidade jurídica do pedido -, passando agora a integrar o conceito de interesse de agir” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 222.

O que, de fato, incorpora-se ao interesse deste trabalho é a questão que independente da postura que se adote quanto à possibilidade jurídica do pedido, não reconhecê-la em processos que versem acerca dos direitos subjetivos dos animais é equívoco insustentável no direito positivo pátrio.

A legislação brasileira protege todos os animais dos maus-tratos e crueldades, projetando os valores de liberdade, vida e integridade física<sup>43</sup> destas criaturas ao patamar constitucional.<sup>44</sup> Assim, se a privação da liberdade ambulatorial enquadra-se no conceito de “crueldade” disposto no mandamento constitucional, então, os animais têm resguardado seu direito à proteção desta garantia através da via do *habeas corpus*.

O argumento da impossibilidade jurídica do pedido devido ao fato de não se poder conceder direitos subjetivos aos animais é refutado pela realidade existente em diversos países do globo, que têm previsão específica para a titularidade dos direitos por estes seres em seus respectivos ordenamentos jurídicos<sup>45</sup>, inclusive o Brasil para algumas hipóteses expressamente dispostas em lei.

A objeção com base na impossibilidade jurídica de animais assumirem a titularidade de direitos revela-se frágil, pois é inequívoco que se os interesses dos seres vivos em geral também são jurídicos, qualquer violação praticada em relação aos mesmos deve ser objeto de tutela do Estado. Se a ordem jurídica sanciona o dever moral de não prejudicar ninguém, como poderia ela ficar indiferente ao ato que

<sup>42</sup> FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 383-384.

<sup>43</sup> Segundo Edna Cardozo Dias: “Se cotejarmos os direitos de uma pessoa humana com os direitos do animal como indivíduo ou espécie, constatamos que ambos têm direito à vida, ao livre desenvolvimento de sua espécie, da integridade de seu organismo e de seu corpo, bem como o direito ao não sofrimento” em, DIAS, Edna Cardozo. **Os animais como sujeitos de direito**. In *Revista Brasileira de Direito Animal*. a. 1, n. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 120.

<sup>44</sup> LEVAI, Laerte Fernando Levai. **Direito dos Animais**. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 32.

<sup>45</sup> Segundo Heron Santana: “Se entendermos o ‘direito’ como uma proteção jurídica contra um dano ou como uma reivindicação dessa proteção, não há dúvida de que os animais são titulares de certos tipos de direitos, tendo em vista que a legislação da

prejudique a alma ou a vida na amplitude de suas manifestações, se defende a integridade corporal, intelectual e física?

Não há razão para que o ordenamento, ao mesmo tempo que assegure a titularidade de direitos subjetivos a animais, não ofereça-lhes meios que auxiliem na proteção legal destes e a maior destas garantias seria a possibilidade de ingressar no Judiciário em prol de ratificá-los. De que valeria, então, possuir direitos e não poder resguardá-los da sanha ameaçadora dos demais?

Portanto, encontramos proteção aos direitos dos animais na legislação vigente, que resguarda seus interesses e estabelece formas de defesa caso haja necessidade, bastando apenas boa vontade e desprendimento hermenêuticos. O *habeas corpus* em favor de animais não humanos é apenas mais um instrumento para efetivação desta proteção, específica, por óbvio, para a defesa da liberdade de ir e vir dos animais, contudo plenamente possível seu manejo em favor deles.

Moniz de Aragão prefere conceituar a possibilidade jurídica do pedido não a partir do viés tradicionalmente compreendido da previsibilidade da disposição no âmbito do ordenamento jurídico, mas sim a partir da noção de não proibição, inexistência de qualquer previsão que torne o pedido impossível, posto que proibido.<sup>46</sup>

Se já de antes, sob o manto da previsão abstrata de uma prescrição autorizadora daquele pedido, não se poderia cogitar, quanto aos animais não humanos, cerceamento de uma demanda tendente à defesa de sua liberdade ambulatorial, quiçá neste viés hermenêutico. Em momento algum o ordenamento veda tal pretensão, ao contrário, como já exposto,

---

maioria dos países prevê sanções contra os maus-tratos e a crueldade contra eles” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 125.

<sup>46</sup> Segundo Moniz de Aragão: “A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável” em, ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 2, 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 393.

autoriza em diversas disposições espalhadas pelo ordenamento e pela própria imposição constitucional.

Ademais, se à luz do direito posto não se impõe qualquer vedação ao manejo deste *writ* para efetivação da liberdade de ir e vir para animais, parece-nos razoável, na ausência de proibição legal, propugnar pela sua viabilidade jurídica. Note-se também que, conforme já asseveramos linhas atrás, a noção de animais amolda-se perfeitamente ao conceito atribuído ao termo “alguém” no art. 5º, LXVIII, CF-88, dado que reforça mais ainda a fundamentação favorável à possibilidade de que tais criaturas socorram-se deste remédio constitucional para preservar sua liberdade de locomoção. Assim, o pedido é plenamente realizável do ponto de vista do sistema positivo.

Portanto, se as disposições normativas vigentes asseguram possível o intento de uma ação constitucional para defender o valor da liberdade ambulatorial dos animais, raciocínio alcançado através de uma leitura dogmática do próprio ordenamento, não há negar, indubitavelmente, preenchida a condição da ação referente à possibilidade jurídica do pedido.

### 3.2 INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir é a condição da ação cujo objeto é o alcance de uma tutela judicial útil e necessária a ensejar a garantia de um bem da vida que lhe serve de pressuposto. Alguns doutrinadores<sup>47</sup> ainda entendem a adequação como requisito necessário para o preenchimento do sentido desta condição da ação, entretanto procuraremos deslegitimar essa idéia por não concordarmos com a adequação enquanto pressuposto do interesse de agir.<sup>48</sup>

Apoiando-nos em larga e abalizada doutrina nacional, a exemplo de Barbosa Moreira,<sup>49</sup> Rodrigo da Cunha Lima Freire,<sup>50</sup> José Orlando Rocha de Carvalho,<sup>51</sup> Fredie Didier Jr.,<sup>52</sup> nós defendemos aqui o

---

<sup>47</sup> Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco: “Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada” em, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo;

posicionamento que entende satisfeita essa condição da ação se for demonstrada a utilidade/necessidade daquele provimento judicial esperado, sem que seja necessário demonstrar a adequação, por não entendermos tal enquanto pressuposto para a demonstração do interesse de agir. Assim, a adequação do procedimento seria uma mera faceta da necessidade e utilidade da jurisdição.<sup>53</sup>

A necessidade do provimento judicial se afirma com a essencialidade do pronunciamento do Estado-juiz para a obtenção do direito alegado, ou seja, somente se poderá exercer tais direitos mediante declaração judicial.<sup>54</sup> A utilidade configura-se quando se demonstrar a potencialidade que aquela medida judicial encerra para o benefício do autor.<sup>55</sup>

---

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 257.

<sup>48</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 281.

<sup>49</sup> Segundo Barbosa Moreira: “Aberra até do bom-senso afirmar que uma pessoa não tem interesse em determinada providência só porque se utilize da via inadequada. Pode inclusive acontecer que a própria escolha da via inadequada seja uma conseqüência do interesse particularmente intenso; se alguém requer a execução sem título, não será possível enxergar-se aí uma tentativa, ilegítima embora, de satisfazer interesse tão-premente, aos olhos do titular, que lhe pareça incompatível com os incômodos e delongas da prévia cognição? Seria antes o caso de falar em excesso do que em falta de interesse...” em, DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 405-406, nota 109. *apud* DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 286.

<sup>50</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 144.

<sup>51</sup> Segundo Rocha de Carvalho: “Ademais, ‘adequação’ é termo que não guarda qualquer correlação com o vocábulo interesse. (...) Em que sentido a adequação poderia criar interesse para alguém? Poderia existir interesse apenas porque existe adequação? Até que ponto a falta de adequação pode indicar, ou presumir, falta de interesse de agir?” em, CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Ação declaratória**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. *apud* DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 286.

<sup>52</sup> DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 281.

<sup>53</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 47.

Não podemos confundir, entretanto, o interesse que se configura na relação processual com aquele que se perfaz no âmbito da relação jurídica material subjacente.<sup>56</sup> O primeiro refere-se à pretensão em se obter do Estado-juiz um pronunciamento que assegure a tutela do direito material violado, enquanto o segundo reflete o próprio bem da vida que se pretende tutelar.<sup>57</sup>

Portanto, na hipótese em tela, o *habeas corpus* é uma medida judicial útil e necessária à garantia do direito de locomoção da chimpanzé “Suíça”, indiscutivelmente, indispensável para a preservação desse direito. A intervenção estatal revela-se imprescindível para assegurar que os animais possam voltar a desfrutar da liberdade ambulatorial toda vez que se sentirem privados dela. A utilidade emerge quando a utilização deste *writ* esteja apta a tutelar de maneira tão completa o interesse jurídico

---

<sup>54</sup> Segundo Grinover, Cintra e Dinamarco: “Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial” em, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 257.

<sup>55</sup> Segundo Rodrigo Freire, comentando posição de Nelson Nery: “Nelson Nery entende que o interesse processual (de agir) reside na necessidade e utilidade da jurisdição, ao afirmar que existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático” em, FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 135.

<sup>56</sup> Segundo Rodrigo Freire: “deve-se manter a distinção entre o interesse substancial e o interesse de agir, pois é possível que o primeiro esteja presente diante da ausência do segundo e vice-versa, em face da autonomia da ação” em, FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação**: enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 144.

<sup>57</sup> Segundo Heron Santana: “o interesse de agir – ou legítimo interesse - é sempre uma questão de ordem instrumental ou processual, pois, na ação, ao lado do interesse primário de direito substancial dirigido a um determinado bem jurídico, material ou incorpóreo, que é o próprio objeto da ação – existe o interesse secundário em se obter uma providência jurisdicional do Estado para a tutela do interesse primário” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 153.

violado. Na tese aqui esboçada, somente através desta medida, os animais podem ter resguardada a sua situação jurídica de liberdade.

Ainda que nosso entendimento acerca da prescindibilidade da adequação para configuração do interesse de agir não seja contemplado e aceito sem controvérsias, pode-se muito bem demonstrar com outros argumentos a conformação deste remédio constitucional como a única forma e, portanto, a mais adequada, para garantir a proteção da liberdade de locomoção destas criaturas. Mesmo que se admita a adequação como elemento essencial à configuração do interesse de agir, não se torna impossível a demonstração da medida de *habeas corpus* como o provimento mais adequado, e único adequado, ao resguardo da liberdade ambulatorial de animais.

O *habeas corpus* é o único remédio processual pronto a tutelar a liberdade ambulatorial e, se em jogo encontra-se tal direito, portanto, adequada, necessária e útil é a via deste *mandamus*. Corroboramos, assim, da própria perspectiva dos impetrantes da peça de *habeas corpus*, os quais não cogitam outro instrumento processual apto a assegurar o resguardo à liberdade de ir e vir da chimpanzé “Suíça”.<sup>58</sup>

Observe-se que a tutela por meio da ação civil pública não se afigura suficiente para proteger a liberdade dos seres vivos não-humanos, pois esta pressupõe a defesa do direito ao meio ambiente equilibrado a partir da preservação das espécies naturais, enquanto que somente o *habeas corpus* poderia alcançar um provimento judicial que servisse à defesa da liberdade de locomoção dos animais cujo pano de fundo seja a suposição de um direito de sua própria titularidade.<sup>59</sup>

Similar também é o argumento que afastaria a crítica de que antes do *habeas corpus* poder-se-ia intentar a via do mandado de segurança.

---

<sup>58</sup> Segundo os impetrantes do *habeas corpus*: “Desta forma, muitos poderão perguntar por que a utilização desse instrumento e não de outros disponíveis em nosso ordenamento jurídico. Responder-se-á afirmando que o *habeas corpus*, desde o seu aparecimento histórico é o writ adequado quando se trata de garantir a liberdade ambulatorial (Freedom of Arrest)” em, SANTANA, Heron José; SANTANA, Luciano Rocha et al. Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9º Vara Criminal de Salvador. In *Revista Brasileira de Direito Animal*. a. 1, n. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 268.

Quanto a este posicionamento, queremos demonstrar que o mandado de segurança não tutela o direito à liberdade de ir e vir, apenas restando a seu encargo a proteção a direitos outros líquidos e certos.

Para a liberdade de locomoção somente a via do *habeas corpus* é possível.<sup>60</sup> Dessa forma, resta superada qualquer discussão quanto à ausência de interesse de agir na impetração de *habeas corpus* em favor de animais.

### 3.3 LEGITIMIDADE AD CAUSAM

A legitimidade é a capacidade atribuída à parte para condução do processo, tendo em vista o nexo que a mesma possua quanto à relação jurídica material subjacente. Conforme Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, a legitimidade para agir em determinado processo exsurge da atribuição de titularidade de uma situação jurídica processual referente a uma relação jurídica substancial subjacente.<sup>61</sup>

Fredie Didier Jr manifesta-se, quanto a esta condição da ação, inferindo a necessidade de haver um vínculo entre os sujeitos da demanda e a relação jurídica material deduzida.<sup>62</sup> Em que pese a autorização abstrata da Constituição de que a todos é garantido o direito de provocar o judiciário para a solução de suas querelas, ninguém está autorizado a

---

<sup>59</sup> Mais uma vez os impetrantes do *habeas corpus*: “Destarte, o motivo fulcral desse writ não é evitar possível dano ao meio ambiente e proteger o interesse difuso da sociedade na preservação da fauna, o que poderia ser amparado pelo instrumento processual da ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347/85, mas possibilitar o exercício mais lúdico da expressão liberdade ambulatorial – o deslocamento livre de obstáculos a parcializar a sua locomoção” em, SANTANA, Heron José; SANTANA, Luciano Rocha et al. Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador. In **Revista Brasileira de Direito Animal**. a. 1, n. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 268.

<sup>60</sup> Novamente os impetrantes asseveram: “Com efeito, o próprio texto constitucional, em seu inciso LXIX, dispõe que o Mandado de Segurança será concedido para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*” em, SANTANA, Heron José; SANTANA, Luciano Rocha et al. Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador. In **Revista Brasileira de Direito Animal**. a. 1, n. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 268.

<sup>61</sup> Segundo Marcelo Navarro Ribeiro Dantas: “A legitimidade deflui da afirmação de titularidade de uma situação jurídica (que vem a ser, justamente, a situação legitimante),

levar qualquer pretensão sem que esteja demonstrada a existência de um vínculo entre si e a relação jurídica deduzida em juízo.<sup>63</sup>

Assim, revela-se a terceira dita condição da ação, a legitimidade *ad causam*, cuja noção, como destaca Heron Santana, refere-se à investigação da idoneidade do autor para ingressar em juízo e nada mais é que a capacidade abstrata de ser parte exercida concretamente.<sup>64</sup>

Rodrigo da Cunha, por sua vez, posiciona-se no sentido de que a legitimidade é uma atribuição específica para agir naquela situação jurídica processual concreta, já sendo conferida aos titulares da relação jurídica material subjacente e, podendo, excepcionalmente ser conferida a outros sujeitos que não integrem a relação jurídica deduzida em juízo.<sup>65</sup>

Situações há, portanto, em que o próprio titular do direito subjetivo deduzido em juízo não integra a relação jurídica processual, haja vista que situações de direito processual e material não se equivalem necessariamente. Não se pode perder de vista que a relação que se

---

aferível conforme a lide trazida a juízo, quer seja real ou virtual, pondo-se dessa forma como condição ao exame do mérito: admitindo-se a conjuntura retratada na inicial, há correspondência entre a demanda e os sujeitos presentes no processo” em, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Mandado de segurança coletivo**: legitimação ativa. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 80.

<sup>62</sup> Segundo Didier Jr.: “Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*” em, DIDIER JR, Fredie. **Direito Processual Civil**. Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva. v. 1, 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2005. p. 189.

<sup>63</sup> Mais uma vez Didier Jr.: “A todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar ao Judiciário, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 228.

<sup>64</sup> Segundo Heron Santana: “A terceira condição da ação é a legitimação *ad causam*, que se refere à idoneidade do autor para ingressar em juízo e nada mais é do que a capacidade abstrata de ser parte exercida concretamente” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 153.

trava no âmbito do processo em nada se confunde com aquela que lhe é subjacente no plano substancial.<sup>66</sup>

Estas são, indubitavelmente, as hipóteses de legitimação extraordinária, nas quais não há correspondência plena entre os sujeitos da relação jurídica material e os da demanda. Ou seja, o legitimado extraordinário defende em nome próprio direito alheio.<sup>67</sup> Diferentemente, é a situação na qual a relação jurídica de direito substancial corresponde completamente à situação jurídica submetida à apreciação jurisdicional<sup>68</sup>, pela qual o legitimado protesta em juízo, por si mesmo, direito próprio.<sup>69</sup>

Na hipótese do *habeas corpus* “Suíça”, a legitimidade deve ser aferida em relação aos seus impetrantes, pois são estes os integrantes do pólo ativo da demanda. Como neste remédio constitucional, a legitimação é ampla, porquanto possa ser intentado por qualquer do povo mesmo em benefício de terceiro, como rege a Carta Magna, desde que demonstrem a capacidade jurídica plena, o grupo de professores, promotores e

---

<sup>65</sup> Segundo Rodrigo Freire: “Por sua vez, a legitimidade é uma atribuição específica para agir concretamente, conferida exclusivamente pelo direito objetivo aos titulares da lide, podendo, também, por razões diversas, ser conferida a outras pessoas que não integram diretamente a relação jurídica afirmada em juízo” em, FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação**. Enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p.114.

<sup>66</sup> Segundo Heron Santana: “Somente o indivíduo que pode exigir seus direitos em juízo é considerado sujeito de direito, embora nas situações atípicas ele só possa fazê-lo através de representantes ou substitutos processuais. O acesso à justiça nada tem a ver com a relação jurídica, uma vez que o processo judicial é completamente diferente da relação jurídica de direito material” em, SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006. p. 153.

<sup>67</sup> Segundo Didier Jr.: “Há legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado (situações jurídicas deduzidas em juízo). Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 232.

<sup>68</sup> Mais uma vez Didier Jr.: “Há legitimação ordinária quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do

estudantes que manejaram o *writ* em favor de “Suíça” estariam legitimados a ingressar em juízo com esta pretensão. Pontes de Miranda entende desnecessária a constatação de capacidade jurídica para impetração deste *writ*, portanto defende que mesmo o menor ou incapazes em geral possam manejar tal instrumento.<sup>70</sup>

Situação distinta seria, entretanto, aquela em que o animal se estabelecesse em juízo por meio de um representante processual, hipótese na qual estaria defendendo interesse jurídico próprio, apenas valendo-se de um intermediário. Tal não representa caso de substituição processual, apenas representação, por meio da qual o representante postula direito alheio em nome de outrem.

Para tais situações, entendemos ser também legítima a condição do pólo ativo que ostenta uma criatura viva que não seja ser humano, haja vista os animais possuem capacidade de ser parte para pleitear direitos próprios apenas necessitando da intermediação de um representante por não apresentarem capacidades jurídica e processual plenas. Similares hipóteses se afiguram em relação às pessoas jurídicas, nascituros, incapazes e entes despersonalizados e nem, por isso, lhes é negada tal atributo.

Nestes casos, contudo, não se poderá mais falar em legitimação extraordinária, mas sim ordinária, porquanto o próprio titular do direito subjetivo acessa o Judiciário, havendo, portanto, correspondência entre as relações jurídicas de direito material e processual.

As duas hipóteses que aventamos aqui não podem ser confundidas, pois o caso “Suíça”, indubitavelmente, nos apresenta situação de

---

magistrado” em, DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 232.

<sup>69</sup> Segundo Araken de Assis: “A regra geral da legitimidade somente poderia residir na correspondência dos figurantes do processo com os sujeitos da lide” em, ASSIS, Araken. Substituição Processual. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 9. São Paulo: Dialética, 2003. p.12.

<sup>70</sup> Segundo Pontes de Miranda: “Trata-se o ‘habeas corpus’ de ‘actio popularis’, e não sequer de faculdade dependente de direitos políticos, ou de capacidade para litigar que a mulher ou o menor não possam ter” em, MIRANDA, Francisco Pontes de. **História e Prática do “Habeas Corpus”**. v. 2, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 29.

legitimação extraordinária, pois impetrantes e paciente não se confundem em um mesmo sujeito<sup>71</sup>, enquanto esta última suposição revelaria exemplo de legitimidade ordinária, já que o animal estaria, ao mesmo tempo, nas condições de impetrante e paciente. Não há que se confundir tais hipóteses, haja vista na primeira os impetrantes do famoso *writ* pleiteiam direito alheio em nome próprio, por outro lado, se um animal vai a juízo devidamente representado, o direito em jogo é seu e defendido por si próprio.

Em uma ordem jurídica que não impõe restrições à legitimação para impetração do *habeas corpus* para menores e incapazes, por exemplo, não é coerente negar tal atributo aos animais quando representados ou substituídos processualmente. Além de Pontes de Miranda<sup>72</sup> como já lembramos linhas acima, doutrinadores como Tourinho Filho<sup>73</sup> e Paulo Rangel<sup>74</sup> entendem não haver restrições ao manejo deste *writ* pelos incapazes ou menores ou mesmo pessoas jurídicas porque onde o legislador não impõe restrição não cabe ao intérprete fazê-lo e como se trata de norma concessiva de direito é admissível a interpretação extensiva ou analógica e podem, ainda, ser representados em juízo.<sup>75</sup>

Dessa forma, as mesmas razões elencadas para justificar tão ampla legitimação, podem ser aproveitadas para demonstrar a viabilidade do manejo de *habeas corpus* em favor de animais, já que do mesmo modo, como o legislador não impôs limitações não é autêntico por parte do

---

<sup>71</sup> Segundo Grinover, Gomes Filho e Scarance: “Diversamente, se não se confundirem impetrante e paciente, ter-se-á o fenômeno da substituição processual, em virtude do qual o primeiro estará em juízo, em nome próprio, postulando direito alheio” em, GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 353-354.

<sup>72</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. **História e Prática do “Habeas Corpus”**. v. 2, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 29.

<sup>73</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>74</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 622.

intérprete fazê-lo, ainda mais quando se trata de norma veiculadora de direito fundamental, a qual acata uma interpretação ampliativa.

## **4. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO *HABEAS CORPUS***

### **4.1 LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO**

A disposição constitucional que cuida da garantia do *habeas corpus* prevê como um dos pressupostos para autorização à sua impetração a ofensa à liberdade de locomoção.

Indubitavelmente, esta revela-se enquanto um dos principais e mais importantes direitos fundamentais, haja vista remeter-se a uma das mais elementares aptidões dos seres vivos: deslocamento livre. As criaturas vivas guardam consigo, notoriamente, a plena vocação ao livre-arbítrio ambulatorial, já que dispõe de recursos e instrumentos mecânicos aptos à viabilização da locomoção.

O que não podemos conceber é que se pretenda restringir tal capacidade universalmente espreada no contexto dos seres vivos, apenas aos indivíduos humanos. A liberdade é valor que existe com a vida, ou seja, surge quando emerge a vida e vida não sendo, portanto, exclusivo atributo do ser humano, independe da espécie para merecer proteção moral e jurídica. A liberdade já é um valor em si e que vai além das circunstâncias individuais ou momentâneas.

---

<sup>75</sup> Segundo Rangel: “Assim, qualquer pessoa, natural ou estrangeira, maior ou menor, pode impetrar ordem de *habeas corpus* em favor de quem quer que seja. Questão que pode trazer discussão é quanto à possibilidade da pessoa jurídica impetrar ordem de *habeas corpus* em favor de uma pessoa física. A resposta é afirmativa. A uma, porque o legislador não restringiu e onde a lei não restringe não cabe ao intérprete restringir. A duas, porque, tratando-se de regra concessiva de direito, é admissível a interpretação extensiva e analógica, bem como a aplicação da analogia. A três, porque, por força do art. 12, VI, do Código de Processo Civil, as pessoas jurídicas podem ser representadas em juízo, ativa e passivamente, pelos seus diretores ou quem seus estatutos indicarem” em, RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 622.

Sempre que esteja em jogo a liberdade de locomoção o *habeas corpus* afigura-se útil e válido instrumento de sua preservação, não importando se a criatura é humana ou outra espécie animal. Seria arbitrário e pavorosamente preconceituoso forçarmos a interpretação exclusivista desta garantia aos seres humanos como se apenas a eles fosse factível a restrição à liberdade ambulatorial. Senão estar-se-ia contrariando toda a noção de direitos fundamentais disposta na Carta constitucional.

Não é acatável que um ser vivo de espécie distinta da humana não possa padecer de limitação à sua liberdade de ir, vir e ficar, pois ele também pressupõe a integridade desta garantia para o alcance de um patamar digno de sobrevivência. Se estas criaturas não puderem manejar o remédio heróico do *habeas corpus* para resguardo deste seu interesse lídimo, que outro instrumento seria apto para tal finalidade ou teriam de permanecer nas agruras do confinamento injusto e cruel?

Portanto, um animal que se encontre restrito a uma jaula que não apresenta um patamar mínimo de exigências que mantenham sua dignidade não pode restar esquecido pelo Direito. A chimpanzé “Suíça” clamava ardorosamente, ainda que em sua agonia silenciosa, mas visível, o seu amparo, que naquele caso somente poderia vir através de medida urgente de tutela do bem jurídico liberdade ambulatorial: *habeas corpus*.

Os zoológicos podem aparentar um espaço devidamente adequado à conservação animal, entretanto, a fachada que ostentam não condiz necessariamente à realidade escamotiada.<sup>76</sup> O duro e insidioso contexto que a maioria apresenta não serve à manutenção dos mínimos reclames de tratamento digno às criaturas vivas.<sup>77</sup>

A comunidade humana precisa incorporar a noção de que a busca pela preservação do direito elementar à liberdade dos animais é parte da luta pela igualdade sem restrições a todos os sujeitos vivos.

---

<sup>76</sup> Segundo Laerte Levai: “Ainda que se possa argumentar que os zôos desempenham importante papel na formação ecológica e cultural dos povos, apresentando às crianças alguns dos animais silvestres que compõem a fauna do planeta, não se pode negar que, na realidade, tais estabelecimentos são autênticas ‘vitrines vivas’ “ em, LEVAI, Laerte Fernando. **Direitos dos Animais**: o direito deles e o nosso direito sobre eles. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 50.

## 4.2 VIOLÊNCIA OU COAÇÃO

O segundo pressuposto constitucional à impetração do *habeas corpus* refere-se, em verdade, a duas ações representadas na violência (*vis absoluta*) ou coação (*vis compulsiva*). Como explica Paulo Rangel, a violência se traduz num constrangimento físico, enquanto a coação é representada por um constrangimento moral.<sup>78</sup> A Carta Magna é expressa ao prescrever a proteção do direito à liberdade de locomoção toda vez que este tenha sofrido ou sido ameaçado de sofrer violência ou coação.

Portanto, tais condutas podem ocorrer de duas maneiras ainda distintas, seja pela ameaça ou de forma efetiva, a primeira se tratando de hipótese em que o ato ainda não se consumou, mas a tão só possibilidade de ocorrência já demanda proteção enquanto a segunda trata de situação já consumada na qual o remédio heróico impetrado servirá à restituição do *status quo ante*. Para tanto, pressupõe-se a existência de duas modalidades de *habeas corpus* no ordenamento jurídico respectivamente: preventivo e repressivo.<sup>79 80</sup>

Assim, as condutas que reflitam ameaça ou efetiva ofensa à liberdade de locomoção dos animais devido à violência ou coação estarão sujeitas à repressão por meio do manejo do *habeas corpus*, desde quando o ordenamento prevê em diversas disposições, inclusive constitucionais, direitos a estas criaturas cujo fundamento ético baseia-se na vedação a condutas cruéis contra elas.

---

<sup>77</sup> Mais uma vez Laerte Levai: “Muitas vezes precários e de dimensões restritas, se comparadas ao verdadeiro habitat dos bichos, os jardins zoológicos constituem prisões perpétuas porque retiram dos animais o seu bem mais precioso, a liberdade. Isso sem falar nas ocorrências de agressões e atentados cometidos, tantas vezes, contra os bichos cativos” em, LEVAI, Laerte Fernando Levai. **Direito dos Animais**. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004. p. 50.

<sup>78</sup> Segundo Paulo Rangel: “A violência é a *vis absoluta*, que se traduz num constrangimento físico (prisão, cárcere privado ou seqüestro). A coação é um constrangimento moral, que se traduz em um fazer ou não fazer alguma coisa” em RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 619.

<sup>79</sup> Segundo Dirley da Cunha: “O segundo pressuposto constitucional é a Violência (*vis absoluta*) ou a Coação (*vis compulsiva*). A Violência ou a Coação pode ocorrer de forma ‘efetiva’ (quando há consumação do ato, por exemplo, o indivíduo é preso) ou de

A violência é reflexo da condição de crueldade a que estão submetidos os animais em nossa sociedade. Ela perfaz-se quando se força um ente à realização de uma ação contrária aos seus desejos, consciência e próprio corpo. Dessa forma, quando os animais são privados da liberdade para servirem à contemplação e exposição pública ou mesmo participação em espetáculos públicos a própria condição de ser vivo resta violada.<sup>81</sup>

Não raras vezes somos tomados pelo horror diante da violência impingida aos animais: chacina, torturas, suplícios etc. Compartilhamos certas situações vivenciadas pelos demais seres vivos como hipóteses de extrema aflição e angústia. Com frequência, ficamos indignados com o tratamento dispensados aos animais. A violência e crueldade contra animais é violação da própria natureza ética do ser. Os atos de tortura, suplício, privação da liberdade devem ser entendidos como constrangimento à própria dignidade.<sup>82</sup>

A realidade dos zoológicos e dos circos, bem como de todos os estabelecimentos que utilizam da crueldade contra seres vivos para locupletação enquadram-se nas hipóteses constitucionais de violência ou coação. O que seria, então, o tratamento dispensado pelos domadores aos animais nos circos quando os impelem à prática de atividades lúdicas

---

forma de 'ameaça' (quando o ato ainda não se consumou, por exemplo, o indivíduo é ameaçado de prisão). Sempre que o indivíduo sofrer ou se achar ameaçado de sofrer uma violência ou coação cabe o Habeas Corpus" em, CUNHA JR., Dirley da. Pressupostos constitucionais para impetração do Habeas Corpus. In: *Revista do Cepej*, n. 3, v. 1. Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas, 1988. p. 70.

<sup>80</sup> Segundo Paulo Rangel: "Duas são as espécies de *habeas corpus* na ordem jurídica: o preventivo e o liberatório. O preventivo é concedido quando há ameaça de violência ou coação à liberdade de locomoção do indivíduo e, neste caso, concedendo a ordem, o juiz ou o tribunal expede um salvo-conduto ao paciente. Ou seja, que ele seja conduzido sem ser molestado. O liberatório é concedido quando a liberdade de locomoção já está sendo coarctada por violência ou coação e, nesse caso, concedendo a ordem, o juiz ou o tribunal expedirá alvará de soltura em favor do paciente-impetrante" em, RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 619.

<sup>81</sup> REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Tradução Regina Rheda. Verificação Técnica Sônia Felipe e Rita Paixão. Porto Alegre: Lugano, 2006. p.

sob o jugo de “chicotes e porradas” ou a condição a que estão submetidos os animais confinados em zôos por todo o mundo, os quais nem sempre possuem condição estrutural e financeira à garantia de vida e liberdade dignas a tais criaturas?

Toda vez que se constate tais situações, indubitavelmente, presentes estarão a violência ou coação, portanto, preenchidos um dos pressupostos constitucionais à impetração do *habeas corpus*.

#### 4.3 ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER

O terceiro pressuposto constitucional à impetração do *habeas corpus* é a ilegalidade ou abuso de poder, referidos, respectivamente, quando o ato da autoridade não estiver em conformidade ao ordenamento jurídico ou quando a autoridade extrapola de seus poderes conferidos.<sup>83</sup>

Não há negar que o confinamento é uma ação cruel e que, por configurar conduta rechaçada pelo ordenamento, representa uma ilegalidade, o que, portanto, autoriza o manejo deste remédio constitucional.

Como cediço na doutrina pátria, independe se o agente coator é particular ou agente público poderá ser cabível o *habeas corpus*.<sup>84</sup> O processo evolutivo histórico desta garantia constitucional ratifica esta observação. Assim, não é necessário que o zoológico no qual encontra-se confinado o animal seja administrado pelos entes públicos para configurar hipótese de cabimento deste *writ*.

No caso da chimpanzé “Suíça”, a ilegalidade configurava-se no tratamento difamante e desumano impingido pelos administradores do zoológico soteropolitano ao disporem de uma cela que não

<sup>82</sup> SINGER, Peter. *Vida ética*. Os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Tradução Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p.

<sup>83</sup> CUNHA JR., Dirley da. Pressupostos constitucionais para impetração do Habeas Corpus. In: *Revista do Cepej*. n. 3, v. 1. Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas, 1988. p. 71.

<sup>84</sup> Segundo Paulo Rangel: “Entretanto, corrente doutrinária em sentido contrário admite a impetração de *habeas corpus* contra ato emanado de particular. São eles: Tourinho Filho, Magalhães Noronha, Ada Pellegrini e Mirabete. Filiamo-nos à segunda corrente, ou seja, pela admissibilidade da impetração de *habeas corpus* contra ato de particular” em, RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 630.

resguardava um patamar mínimo quanto às exigências para o resguardo de sua necessidade de sobrevivência digna.

A adoção de procedimentos inadequados e desumanos para o trato com os animais por parte dos responsáveis pelo gerenciamento destes estabelecimentos é conduta que encontra-se em testilha com o texto literal da Constituição, pois reiteradas vezes já afirmamos que esta veda ações destinadas a impor crueldade aos animais.

## CONCLUSÃO

A emergência do Direito Animal no quadro geral dos ramos jurídicos representa uma importante e inovadora ruptura com a clássica visão do Direito festejada por longos anos, mas que, atualmente carece de reformulação.

Essa mudança de paradigma na seara jurídica vem acompanhada por uma remodelagem dos conceitos e institutos que por muito tempo vigoraram incólumes na cultura jurídica. Assim, noções como sujeito de direito, personalidade jurídica, pressupostos processuais e condições da ação devem passar por uma revisão para que se alargue sua abrangência no sentido de alcançar as demais criaturas vivas cerebradas não humanas.

Ademais, militamos no sentido de revelar a plena conciliação entre os direitos fundamentais e os direitos dos animais, pois não se tratam de garantias apenas fruíveis devido à outorga legal, mas, em verdade, são direitos básicos, aferíveis da própria essência de ser vivo.

É preciso desenvolver consciência e difundir valores fundamentais que digam respeito à proteção da vida e da liberdade na completude de sua conceituação, englobando, assim, inclusive, os seres vivos não humanos, indefesos e dependentes da compreensão e sensatez de outros indivíduos que, muitas vezes, agem de forma a prejudicá-los em suas expectativas, cortando-lhes as oportunidades de dignidade e desenvolvimento.

Para tanto, a defesa judicial dos direitos dos animais não humanos é um importante passo para emancipação destes seres da condição de subalternidade a que se encontram submetidos. Assim, logramos destacar

a plena viabilidade de se intentar demandas judiciais em benefício de animais, porquanto estas criaturas, por serem titulares de direitos subjetivos, estão autorizadas à tutela judicial de seus direitos. Ou seja, a todo portador de direitos corresponde um direito à defesa dos seus interesses.

Dessa forma, demonstramos que, no plano da admissibilidade, nenhum dos pressupostos processuais ou das condições da ação serve de empecilho ao manejo de demandas em prol do resguardo dos direitos dos animais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ASSIS, Araken. Substituição Processual. In **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 09. São Paulo: Dialética, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 17<sup>o</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BRASIL; **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 11. ed., FAE. 1991.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 1999.

CRUZ, Edmundo Lúcio. Sentença do *Habeas Corpus* impetrado em favor da chimpanzé Suíça. In **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 1, a. 1, n. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

CUNHA JR., Dirley da. Pressupostos constitucionais para impetração do Habeas Corpus. In: **Revista do Cepej**. n. 3. v. 1. Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas, 1988.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Mandado de segurança coletivo**: legitimação ativa. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, Edna Cardozo. A defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animal no Brasil. **Jus Navigandi**. <http://>

jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1684. Acesso em: 01 de fevereiro de 2007.

\_\_\_\_\_. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

\_\_\_\_\_. Os animais como sujeitos de direito. In **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 1, a. 1, n. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

DIDIER JR, Fredie. **Direito Processual Civil**. Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva. v. 1. 5. ed. Jus Podivm: Salvador, 2005.

\_\_\_\_\_. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. In **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2004.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão e Dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas. 1994.

FÖPPEL, Gamil; SANTANA, Rafael. Habeas Corpus, in DIDIER JR., Fredie. **Ações Constitucionais**. 2ª impressão. Salvador: Edições Jus Podivm, 2006.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação**. Enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida – crítica à razão antropocêntrica. In **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 1, a. 1, n. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito dos Animais**. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. Acheugas para uma teoria das capacidades em direito. In **Revista de Direito Privado**. n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Francisco C. Pontes de. **História e Prática do habeas corpus**. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

REGAN, Tom. **Jaulas Vazias**: encarando o desafio dos direitos animais. Tradução Regina Rheda. Verificação Técnica Sonia Felipe, Rita Paixão. Porto Alegre: Lugano, 2006.

\_\_\_\_\_. Introdução: Nação do Direito Animal. In **Revista Brasileira de Direito Animal**. v. 1, a. 1, n. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal**. Tese de doutoramento submetida à banca na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife. 2006.

\_\_\_\_\_. Abolicionismo animal. In **Revista de Direito Ambiental**, a. 9, n. 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, dezembro de 2004.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras de *soft law*: novas fontes de direito internacional ambiental. In **Revista Brasileira de Direito Ambiental** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Extensão dos direitos humanos aos grandes primatas. **Jus Navigandi**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1684>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2007.

\_\_\_\_\_. O futuro do Direito Penal Ambiental: legalidade e tipicidade na lei de crimes ambientais. **Jus Navigandi**. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1684>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2007.

SANTANA, Heron José de; SANTANA, Luciano Rocha. et al. Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). In **Revista Brasileira de Direito Animal**. a. 1, n. 1, v. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda responsável e dignidade dos animais. In **Revista Brasileira de Direito**

**Animal**. a. 1, n. 1, v. 1, (jan/dez 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução Jefferson Luis Camargo, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Vida ética**. Os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

TEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

# O Status ecológico da Arara-Azul-de-Lear (*Anodorhynchus leari*)

Pedro Cerqueira Lima\*

**Resumo:** A arara-azul-de-lear (*Anodorhynchus leari*) foi descrita em 1856 pelo naturalista francês Bonaparte, a partir de um exemplar taxidermizado (empalhado) depositado no Museu de Paris e de outro que vivia no jardim zoológico de Anvers, na Bélgica.. Durante mais de um século, os exemplares que chegavam aos museus e zoológicos do mundo tinham origem pouco clara. Uma informação colhida em Pernambuco por Olivério Pinto que encontrou um desses exemplares numa fazenda e procedente, provavelmente, de Juazeiro, sugeria que a pátria da *A. leari* estaria localizada no baixo Rio São Francisco (Bahia). Em fins de 1978, o naturalista alemão Helmut Sick e seus discípulos Luiz Gonzaga e Dante Teixeira descobriram a verdadeira área da *A. leari*, na região conhecida como Raso da Catarina (no sertão baiano). Pesquisas posteriores revelaram que a distribuição geográfica da espécie abrangia também os municípios de Euclides da Cunha, Paulo Afonso, Campo Formoso, Curaçá e Santo Sé. Por mais de 20 anos, a população

---

\*Cetrel S/A Empresa de Proteção ambiental do Pólo Petroquímico de Camaçari, Via Atlântica Km 9 Interligação Estrada do Coco - CEP 42810000 - Camaçari - Bahia.  
Email: pedro@cetrel.

dessa espécie era estimada em 170 aves, mas os trabalhos desenvolvidos com as comunidades na área de ocorrência dessa espécie e a inclusão da comunidade nos trabalhos de pesquisa contribuiriam para a descoberta de uma nova população e de novos dormitórios e hoje a população está estimada em mais de 500 aves.

Palavras-chave: *Anodorhynchus leari*, arara-azul-de-lear

**Abstract:** The Leari's Macaw (*Anodorhynchus leari*) was first described in 1856 by Charles Lucien Bonaparte, a French ornithologist, using a stuffed specimen entrusted to the Museum of Paris and one bird living at Anvers Zoo, in Belgium. During more than a century, the origin of the specimens taken to museums and zoos was unclear. Information gathered in the state of Pernambuco by Olivério Pinto who found a specimen of Leari's Macaw on a farm, probably originating in Juazeiro, Bahia, suggested that the area of occurrence of the *Anodorhynchus leari* was located in the lower River São Francisco (in Bahia). By the end of 1978, Helmut Sick, a German ornithologist and his disciples Luiz Gonzaga and Dante Teixeira discovered the real country of the *A. Leari* in the region known as Raso da Catarina (in the "sertão" of Bahia). Further investigation revealed that the geographic distribution of this species also included the municipalities of Euclides da Cunha, Paulo Afonso, Campo Formoso, Curaçá and Santo Sé. Over 20 years, the population of this species was estimated in 170 birds, but the investigation developed together with the communities in the area of occurrence of this species and the cooperation of the inhabitants of such areas in these efforts contributed to the discovery of a new population and new nesting places. Today, the population of such species is estimated in more than 500 birds.

*Keywords:* *Anodorhynchus leari*, Leari's Macaw

O primeiro e maior grupo de *A. leari* documentado na natureza foi na Serra Branca – Jeremoabo, em 1978/1979, que reunia 21 indivíduos; em 1980 Luís Cláudio Marigo observou 36 araras às margens da rodovia Cocorobó/Jeremoabo; em 1983, Carlos Yamashita encontrou na Toca Velha, um grupo que variava de 19 a 33 aves e no mesmo local; Gonzaga e Yamashita em 1985 registraram 20 indivíduos (Sick *et al.*, 1987). Estudos realizados por Brandt e Machado em 1988

estimaram a população em cerca de 60 indivíduos (Brandt e Machado, 1990). Após a violenta seca que assolou a região em 1993, alguns pesquisadores temeram que tivesse ocorrido uma redução ainda maior na população dessas araras em decorrência das atividades de caça. De 1856, quando a espécie foi descrita, até 1978, quando a “pátria” da arara-azul-de-lear foi descoberta por Helmut Sick e sua equipe houve um longo período, exatamente 122 anos, em que informações sobre essa espécie eram inexistentes. Apenas uma informação foi divulgada, a partir de um exemplar cativo encontrado em Juazeiro, procedente da região sul do Rio São Francisco (Pinto, 1950). Muitas perguntas intrigavam os pesquisadores: Qual seria a população dessa espécie? Qual sua distribuição geográfica? Com a descoberta da verdadeira área de ocorrência da espécie por Sick, era previsível uma ação qualquer com o objetivo de estudar e conseqüentemente aplicar medidas de manejo para a preservação da espécie no Raso da Catarina. Embora o período de tempo transcorrido desde a descoberta por Sick (26 anos), muitas perguntas permanecem sem resposta, como por exemplo: Qual o efetivo da população da arara-azul-de-lear? Esforços têm sido feitos na tentativa de responder a essas e outras perguntas, mas ainda há muito a ser feito. Para maximizar os esforços até hoje empregados, seria necessário realizar censos simultâneos em todos os pontos de alimentação conhecidos e investir na procura de novas áreas de alimento e reprodução, o que incluiria o uso de rádio - transmissores do tipo satélite e foto-censos. Outra falha na história natural da espécie está relacionada à reprodução. Até o presente momento, existem dados controversos sobre as ninhadas de um a três filhotes, no entanto, nada se sabe sobre o efetivo populacional para reprodução, período de incubação, tempo de permanência dos filhotes nos ninhos etc., dados esses que só podem ser fornecidos através de pesquisas efetuadas no interior dos ninhos. Como poderemos entender a biologia reprodutiva da espécie sem realizarmos pesquisas sobre a incubação, número de ovos, tempo de permanência dos filhotes no interior do ninho, crescimento dos filhotes, índice de mortalidade dos filhotes, deficiência alimentar etc. O que sabemos sobre as araras brasileiras através de nossa experiência ou de experiências no estudo do comportamento reprodutivo de diversas

espécies de araras no Peru e Bolívia (Munn, 1995), é que essas aves não abandonam o ninho quando estão com os filhotes.

Precisamos estudar mais minuciosamente os ninhos da arara-azul-de-lear para então podermos confirmar este comportamento da espécie, o que será extremamente importante para propostas futuras de manejo em cativeiro e na natureza. Em 1997, investigando potenciais áreas de alimentação, descobrimos um novo local visitado pelas araras que nunca tinha sido visitado por nenhum pesquisador de ornitologia: a reserva dos índios Pankarares. Na época, conseguimos o apoio de dois índios e durante quatro dias percorremos a reserva indígena, seguindo as pistas sobre os locais de reprodução e as áreas de alimentação. Conseguimos observar um bando de

araras numa fazenda que faz limite com as terras indígenas. As aves eram muito ariscas, com o comportamento diferente das aves da população conhecida que permitem que as pessoas se aproximem delas. A uma certa distância, cerca de 100 metros, as aves demonstraram nervosismo e debandaram, não tendo permitido uma aproximação a menos de 300 metros. Por ocasião da descoberta, o vaqueiro da fazenda nos disse que se ele tivesse uma espingarda naquele momento, mataria certamente de uma a duas daquelas aves. Foi assim que ficamos sabendo que é muito comum as pessoas da região abaterem araras. No local onde observamos as aves, fizemos uma vistoria sob os licuris (*Syagrus coronata*), e pudemos observar uma grande quantidade de frutos ao redor, cortados pelas aves. Geralmente as araras abrem os frutos de licuri com cortes transversais perfeitos (Yamashita, 1987). Conforme já verificado por Brandt e Machado (1990) descobrimos também frutos de licuri abertos com perfeitos cortes longitudinais, junto de frutos com cortes transversais quando realizamos a expedição à reserva dos Pankarares. Entrevistando os índios Pankarares sobre a existência de araras na região e contando com o apoio do cacique Afonso, descobrimos que no passado, de 20 a 40 anos atrás (relatos de índios mais velhos), a população das araras era estimada em centenas de aves. Relataram também que os meninos indígenas tinham que ficar espantando as araras, para que elas não comessem os frutos dos licuris que, na época, faziam parte do seu cardápio alimentar.

Os índios mais velhos (acima de 80 anos) relataram a existência de ninhos de araras nas serras, localizados dentro dos limites da atual reserva indígena, e também contaram que a partir da década de 80, a população de araras tinha diminuído significativamente, embora possa ainda ser encontrada em pequenos grupos de, no máximo, 20 aves. É possível que o processo de declínio das araras já estivesse começando quando Sick descobriu a “pátria” das araras da espécie azul-de-lear e relatou que estimava a população em cerca de 60 aves (Sick *et al.*, 1987). Podem ter contribuído para o declínio da população da arara-azul-de-lear, a expansão das fazendas (eliminação de áreas de alimentação), a caça (tanto de índios, como de sertanejos) e mais recentemente, o tráfico de animais silvestres. Antes da descoberta de Sick, a arara era apenas mais um animal de caça na região. Segundo os índios Pankarares e de acordo com as mais recentes informações obtidas com nossas pesquisas de campo, ainda perdura o abate de araras na região. A influência da caça na região, tanto no Raso da Catarina, como na Reserva Indígena ainda é muito grande, sendo responsável pela redução da população de várias espécies animais, como veados, pacas, caititus, tatus, avoantes, queixada, teiú, jabutis, jibóias, jacutingas e emas (hoje extremamente raras na região, beirando a extinção). Outra influência na região é a extração clandestina de madeira. Os índios têm relatado que, semanalmente, carros de tração entram na região do Raso da Catarina, para caçar ou para extrair madeira.

Durante a pesquisa com os índios Pankarares, o cacique Afonso nos mostrou algumas fotos de seus rituais e dentre elas uma chamou a nossa atenção: um índio com seus trajes típicos, usando um cocar de penas azuis da arara-azul-de-lear. Conseguimos localizar o índio que era o autor dessa façanha. Ele nos contou que tinha abatido a arara porque tinha tido um sonho e nesse sonho ele teria que fazer um cocar com as penas daquela ave. No dia seguinte, quando estava na roça, avistou um bando de araras e usando sua espingarda, conseguiu matar uma das aves. Este é um relato recente de abate de arara-azul-de-lear pelos índios, para fins de ornamentação e de ritual. Os índios afirmam que não faz parte de sua tradição perseguir animais de penas para estas finalidades. Índios mais antigos relatam o abate de araras para

alimento e para espantá-las das plantações de milho. Outra informação interessante levantada junto aos índios Pankararés está relacionada ao declínio dos pés de licuris. Os índios Pankararés relatam que antigamente, no tempo do cangaço (jagunços fora da lei perseguidos pelos policiais), eles ficavam em uma situação muito delicada. Os policiais espancavam os índios para que lhes ensinassem a rota dos jagunços; caso o fizessem, era a vez dos jagunços os perseguir para matar. Assim, os índios sofriam uma dupla perseguição, tanto dos jagunços, como da polícia. Nesse período, os índios tinham dificuldade para obter alimento e o licuri passou a ser a sua principal fonte de alimento. Além de comer os frutos, eles cortavam os pés de licuris, retiravam a casca e moíam o tronco, deixando-o secar. Após alguns dias de secagem, batiam o tronco moído e ressecado até se tornar um pó de cor avermelhada (boré), que era utilizado como alimento. Eles até comentam que as araras competiam com eles pelo licuri. A “falta de alimento” (no caso, do fruto dos licuris) fez com que as araras buscassem fontes alternativas de alimento, sendo a principal delas, o milho (*Zea mays*). Bandos de araras são capazes de destruir totalmente as pequenas roças de milho, trazendo um enorme prejuízo para os pequenos produtores rurais. O ataque das araras nas roças de milho não agrada nada aos pequenos produtores, que as consideram, de modo geral, uma verdadeira praga, porque depois de um ataque, perdem sua lavoura e ninguém se responsabiliza pelos danos. Na área da população conhecida, os produtores toleram as araras, com medo da repressão do IBAMA e temem a prisão. Apesar disso, já foram descritos vários relatos de morte de araras pelos pequenos produtores rurais. Nas áreas onde não há fiscalização por parte do IBAMA, os produtores não toleram que as araras destruam suas plantações de milho e assim as aves estão correndo sérios riscos. Quando se trata de “falta de alimento”, é importante que se esclareça que na realidade, existe uma quantidade enorme de pés de licuri; o que está acontecendo é que as araras só freqüentam os licuris das áreas abertas (pastos) por uma questão de segurança. Existe uma infinidade de pés de licuris embrenhados na caatinga e não freqüentados pelas araras. A Fundação BioBrasil, através de convênio com o proprietário da Fazenda Serra Branca, principal local de nidificação

das araras, realizou a limpeza em redor dos pés de licuris, para aumentar a oferta de alimento perto do ponto de nidificação. Esta sugestão nos foi proposta pelo proprietário da Serra Branca, o Sr. Otávio Nolasco.

Durante o período que realizamos pesquisas no Raso da Catarina, levantamos 233 espécies de aves para a pátria da *A. leari*. Esse trabalho foi realizado em dois pontos do município de Jeremoabo e um ponto do município de Canudos. Fiúza (1999), através de um apanhado histórico e de levantamentos bibliográficos, registrou 283 espécies de aves para o bioma da Caatinga da Bahia. O nosso levantamento no Raso da Catarina equivale a 81,6% de todas as aves existentes no Bioma Caatinga da Bahia. Pacheco & Bauer (2000), registraram 347 espécies de aves para a Caatinga, comparando o levantamento da pátria da *A. leari* com o levantamento de Pacheco & Bauer, as espécies levantadas no Raso da Catarina equivale a 66,6% de todas as aves existentes nesse bioma do Brasil. Outro fato importante é que por muito tempo a população de *A. leari* estava estimada em 170 aves, e através do envolvimento da comunidade nos nossos estudos, foi possível descobrir novos dormitórios dessas aves e hoje a população esta estimada em mais de 500 aves.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Bencke, G. A. & G. N. Maurício 2002.** Programa de IBAs no Brasil. Fase I. Relatório Final. (Goerck, J.M., D. Wege & A. Estrada, coords) BirdLife International.

**Colaço, M., T. A. Moreira, C. S. Santana & C. G. Machado 2002.** As espécies de aves registradas na Reserva Indígena Pankararé, no município de Glória, Estado da Bahia. In: Resumos do X Congresso Brasileiro de Ornitologia e VIII Encontro Nacional de Anilhadores de Aves. Resumo 025, pgs. 47-48, Fortaleza, CE.

**Fiúza, A. C. (1999)** A avifauna da Caatinga do estado da Bahia – composição e distribuição. Texto e notas adicionais de Deodato Souza. Feira de Santana: Anor, Articulação Nordestina de Ornitologia.

**Grantsau, R. 1989.** Os beija-flores do Brasil. Editora Expressão e Cultura, RJ. Hilty S. L. e W. L. Brown. 1986. Birds of Colombia. Princeton University Press. Princeton, New Jersey.

**Lima, P. C., S. S. Santos e R. F. C. R. Lima 2003** . Levantamento e Anilhamento da ornitofauna na Pátria da Arara-azul-de-lear (*Anodorhynchus leari*, Bonaparte, 1856): um complemento ao Levantamento realizado por |H. Sick,

**L. P. Gonzaga e D. M. Teixeira, 1987**. Atualidades Ornitológicas 112: 11. (disponível online [www.ao.com.br](http://www.ao.com.br))

**Lima, P. C., S. S. Santos e R. F. C. R. Lima 2003**. Novas informações sobre o Levantamento e Anilhamento da ornitofauna na Pátria da Arara-azul-de-lear (*Anodorhynchus leari*, Bonaparte, 1856), Bahia, Brasil. Atualidades Ornitológicas 115:3-4

**Lima, P. C., S. S. Santos, R. F. C. R. Lima, O. C. Nunes e M. R. Torres 2004**. Novos registros da ornitofauna na Pátria da Arara-azul-de-lear (*Anodorhynchus leari*, Bonaparte, 1856)..Destacando-se a presença de Aves da Pátria da A. Leari 277 Cabeça-seca (*Mycteria americana*, Linné, 1758). Atualidades Ornitológicas 118:6.

**Lima, P. C., R. F. C. R. Lima e S. S. Santos 2004**. *Coccyzus americanus* Linné, 1758 na Pátria da Arara-azul-de-lear (*Anodorhynchus leari* Bonaparte, 1856): primeiro registro para a Caatinga na Bahia, Brasil. Atualidades Ornitológicas 120:5-6.

**Lima, P. C., T. N. C. L. Neto, R. F. C. R. Lima, & B. G. Pita, 2005**. Novos registros da ornitofauna na Pátria da Arara-azul-de-lear (*Anodorhynchus leari*, Bonaparte, 1856). Bahia-Brasil. Destacando-se a presença da Saracura-da-praia, *Aramides mangle* (Spix,1825). Atualidades Ornitológicas 125.

**Marini, A. M. & R.B. Cavalcanti 1990**. Migrações de *Elaenia albiceps chilensis* e *Elaenia chiriquensis albivertex* (AVES: TYRANNIDAE). Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi, série Zoologia 6(1): 55-64.

**Munn, C. A. 1995**. Lears macaw: A second Population Confirmed. Psitta Scene, Vol 7 N. 4. Pp. 1-3.

**Pacheco, J. F. e C. Bauer 2000**. As aves da Caatinga – Apreciação histórica do processo de conhecimento. In: Workshop Avaliação e identificação de ações prioritárias para a conservação, utilização sustentável e repartição de benefícios da biodiversidade do bioma Caatinga. Documento Temático, Seminário Biodiversidade da Caatinga, Petrolina.

**Pinto, O. M. O. (1978)**. Novo Catálogo das aves do Brasil. Primeira Parte. São Paulo: Empr. Gráf. Revistados Tribunais.

**Reynolds, M. 1998**. Lears Macaw, some history, the current situation, and proposals for its preservation. Psitta Scene Vol. 10, N. 4. Pp. 2-4.

**Sick, H., L. P. Gonzaga & D. M. Teixeira 1987.** A arara-azul-de lear, *Anodorhynchus leari* Bonaparte, 1856. *Revista Brasileira de Zoologia* 3(7):441-463.

**Sick, H. 1997.** *Ornitologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira. Silva, J. M. C. Silva, M. A. Souza, A. G. D. Bieber e C. J. Carlos 2003. Aves da Caatinga: status, uso do habitat e sen sitividade. In: *Ecologia e Conservação da Caatinga*. Leal, I. R., M. Tabarelli e J. M. C. Silva (Orgs.) Recife. Editora Universitária da UFPE. 822 p. Aves da Pátria da A. Leari 278

**Teixeira, D. M., R. Otoch, G. Luigi, M. A. Raposo & A. C. C. Almeida 1993.** Notes on some birds of northeastern Brazil (5). *Bull. Brit. Orn. Cl.*, 113(1):48-52.



## Redefinindo o *status* jurídico dos animais

Thiago Pires Oliveira<sup>1</sup>

Resumo: Este artigo analisa o atual *status* jurídico dos animais no Direito brasileiro, fazendo-se uma abordagem realista, desconstruindo mistificações que são atribuídos àqueles que “ousam” enfrentar este tema, sem ser “pusilânime” e conivente com as impropriedades do tradicional Direito Civil com relação aos animais. Ele foi dividido em três partes: estudo sobre o tradicional tratamento dos animais no Direito Civil; o animal como bem público, difuso e ambiental; e a possibilidade do animal vir a ser considerado portador de um valor inerente a si próprio. Concluir-se-á pela necessidade de construção de um novo *status* jurídico para os animais que transcenda a mera atribuição como bem ambiental de interesse difuso vigente no Direito brasileiro, visto que este modelo jurídico não tutelaria o animal de forma individualizada, mas como espécie integrante de um ecossistema e que a prática de um ato que implicasse em dor e sofrimento não teria tanta importância para o meio ambiente. Essa formulação consideraria uma “ética prática”

---

<sup>1</sup> Pesquisador-discente em Direito do Ambiente da Universidade Federal da Bahia (UFBA) vinculado ao NIPEDA (Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Animal) e Secretário Geral da Revista Brasileira de Direito Animal. Este artigo obteve o segundo lugar no 1º Concurso de artigos em Direito Civil da Faculdade de Direito da UFBA no ano de 2005.

na qual se realizaria uma “igual ponderação de interesses” para ter-se um Direito adequado aos imperativos éticos e morais que a sociedade humana exige.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar um tema que seria considerado um dogma, ou melhor, um axioma pela doutrina do Direito Civil, conforme se observa do pouquíssimo espaço a que este tema é destinado nos manuais, isso sem citar a escassa relação de artigos e monografias que versem sobre esse tema que têm sido objeto de acaloradas discussões nos Estados Unidos e Europa, tanto no campo da filosofia do direito, conforme se observa as obras de filósofos como o australiano Peter Singer e o norte-americano Tom Regan, quanto no próprio Direito Privado, conforme se observam as obras paradigmáticas de autores como os juristas norte-americanos Gary Francione e David Favre, o jurista suíço Antoine F. Goetschel e a magistrada francesa Suzanne Antoine e o jurista francês Jean-Pierre Marguenaud.

Assim, pretende-se refletir sobre o atual *status* jurídico dos animais no Direito brasileiro, fazendo-se uma abordagem realista, desconstruindo mistificações que são atribuídos àqueles que “ousam” enfrentar este tema, sem que isso signifique uma postura “pusilânime”, ao contrário, pois serão tecidas as críticas cabíveis onde forem constatadas as impropriedades do tradicional Direito Civil com relação aos animais.

Este texto está dividido em três partes: na primeira será feito um estudo sobre o tradicional tratamento dos animais no Direito Civil; para tanto, consulta-se a obra de grandes civilistas brasileiros, como Orlando Gomes e Clóvis Beviláqua, e estrangeiros como Martín Wolff e Karl Larenz; na segunda, será o animal analisado como bem público, difuso e ambiental; na terceira e última parte, serão feitas algumas considerações sobre a possibilidade do animal vir a ser considerado portador de um valor inerente a si próprio, analisando-se o seu *status* jurídico em recentes legislações de Direito Civil, de países como Alemanha e Suíça, e adequando à realidade brasileira, verificar a possibilidade de formulação de um *status* jurídico distinto do de “coisa”.

## 2. VISÃO CIVILISTA TRADICIONAL:

Tradicionalmente, os animais<sup>2</sup> vêm sendo considerados pela Teoria do Direito como “coisas” submetidas a um regime de propriedade disciplinado pelo Direito Civil, especialmente pelos Direitos Reais. Estes, também denominados como Direito das Coisas, é na realidade um microssistema jus-civilístico dotado de normas e institutos que disciplinam “as relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação, estabelecendo um vínculo imediato e direto entre o sujeito ativo ou titular do direito e a coisa sobre a qual o direito recai e criando um dever jurídico para todos os membros da sociedade”<sup>3</sup>.

De acordo com clássica lição, os Direitos Reais se manifestariam sob duas formas: *jus in re propria* e *jus in re aliena*<sup>4</sup>. A primeira categoria seriam os direitos reais sobre a própria coisa, situação esta na qual o proprietário exerce seu domínio sobre de forma plena e imediata, e que é representada pelo direito de propriedade, enquanto a segunda corresponderia aos direitos reais sobre a coisa alheia, ou seja, aqueles direitos reais limitados que facultam a fruição direta e atual da coisa, sem o poder de disposição, ou que, sem permitir a utilização direta da coisa, destacam apenas determinada parte dos frutos para determinado fim, quando não propõe garantir o cumprimento de uma obrigação<sup>5</sup>. Os direitos reais sobre a coisa alheia se subdividem, ainda, em: direitos reais de gozo ou fruição, formados pela enfiteuse, servidões, superfície, usufruto, uso, habitação e as rendas constituídas sobre imóveis; e direitos reais de garantia, constituídos pelo penhor, hipoteca e anticrese.

<sup>2</sup> Entendidos neste texto como todo ser vivo pertencente ao Reino biológico *Animalia* ou *Metazoa* que não integre a espécie *homo sapiens*. São também denominados como animais não-humanos.

<sup>3</sup> WALD, Arnoldo. **Direito das coisas**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990 (Curso de direito civil brasileiro). p. 17.

<sup>4</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Volume I (Coleção História do Direito Brasileiro). p. LXXIII.

<sup>5</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Prefácio de Francisco César Asfor Rocha. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Volume I (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil). p. 309.

Os direitos reais sobre a coisa própria somente se expressam com o exercício de um direito de propriedade sobre determinado bem. O termo “bem” tem sua origem na palavra latina *bona*, que, segundo Ulpiano, deriva do verbo latino *beare*, que significa “tornar feliz”<sup>6</sup>. Isto explica o significado filosófico do termo, segundo o qual bem seria tudo aquilo que proporciona ao ser qualquer satisfação<sup>7</sup>. Já a acepção jurídica se confunde com a própria noção de objeto de direito<sup>8</sup>; desse modo, seriam bens quaisquer valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito<sup>9</sup>.

A palavra “coisa” apresenta um duplo significado, segundo conceituação formulada em meados do século XIX pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas: em uma acepção ontológica, coisa seria “tudo que existe ou póde existir”<sup>10</sup>, já numa acepção jurídica, “coisa é tudo quanto póde ser objecto de direitos, ou fazer parte do patrimonio de alguém, ou todo o objecto material susceptível de medida de valor”<sup>11</sup>. Interessante notar que esta definição, construída pela doutrina civilista do século XIX, ainda é utilizada pelo Direito Privado contemporâneo, conforme se observa nas palavras de autores como Orlando Gomes e Washington de Barros Monteiro para quem, a coisa seria “tudo quanto seja suscetível de posse exclusiva pelo homem, sendo economicamente apreciável”<sup>12</sup>.

Para que determinada coisa possa se constituir como objeto do direito, e assim, adquirir sentido jurídico, deve reunir os seguintes

<sup>6</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Prefácio de Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Volume II (Coleção História do Direito Brasileiro). p. 199-200.

<sup>7</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 39ª ed. Atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1. p. 168.

<sup>8</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 199.

<sup>9</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Ob. cit.** p. 168.

<sup>10</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. **Ob. cit.** p. 200-201.

<sup>11</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. **Ob. cit.** p. 201.

<sup>12</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Ob. cit.** p. 169

elementos: economicidade, permutabilidade e limitabilidade<sup>13</sup>. A economicidade é a possibilidade de avaliação econômica de um bem. A permutabilidade é a possibilidade de a coisa ser transferida do patrimônio de um proprietário para outrem. E a limitabilidade deriva do potencial de escassez que incide sobre certa coisa.

Assim, a “coisa”, se encarada sob a semântica jurídica de objeto material suscetível de medida de valor, se diferencia do “bem” por ter um significado mais restrito que este, pois a coisa se limitaria àqueles bens que podem ser objeto de apropriação econômica, enquanto a palavra “bem” seria mais ampla designando todos os elementos que se configuram como objeto de uma relação jurídica.

O jurista alemão Karl Larenz não diferencia “bem” de “coisa”, referindo-se a qualquer objeto de direito como “coisa”, através da palavra alemã *sachen*, a qual qualifica perante o Direito como “objeto de direito de primeira ordem” se referindo como “objeto de direito de segunda ordem” aos direitos subjetivos e relações jurídicas dos indivíduos<sup>14</sup>. Segundo a classificação de Larenz, um animal que estivesse sob domínio de alguém (ex: um chimpanzé sob o domínio de um circo) seria um objeto de direito de primeira ordem, pois também seres viventes seriam “coisas em sentido jurídico”, de acordo com preleção deste mestre alemão<sup>15</sup>, enquanto que seria objeto de segunda ordem o direito de propriedade sobre o animal.

Orlando Gomes classifica os bens em três grandes grupos: os bens considerados em relação à própria natureza, os reciprocamente considerados e os considerados em relação ao sujeito. No primeiro grupo, os bens podem ser: a) corpóreos e incorpóreos, b) móveis e imóveis, c) divisíveis e indivisíveis, d) fungíveis e não-fungíveis, e) consumíveis e não-consumíveis, f) simples e compostos, g) singulares e coletivas, h) presentes e futuras<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> GOMES, Orlando. *Ob. cit.* p. 200.

<sup>14</sup> LARENZ, Karl. *Tratado de Derecho Civil Alemán: parte general*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: EDERSA, 1978. p. 370-372.

<sup>15</sup> LARENZ, Karl. *Ob. cit.* p. 373.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. *Ob. cit.* p. 210.

No segundo grupo, podem ser os bens serem classificados em principais e acessórios. Já no último, quando os bens são considerados em relação ao sujeito, seriam aqueles divididos em públicos e particulares<sup>17</sup>. Nesta classificação ainda se inserem outras subdivisões de grande relevância para a consideração da natureza jurídica dos animais que são a divisão dos bens móveis em móveis *stricto sensu* e bens semoventes e a divisão dos bens móveis quanto a sua forma de aquisição quando os animais podem ser adquiridos pela tradição, o caso dos animais domésticos em geral (de companhia, de produção e de tração), ou, então, pela ocupação como é o caso dos animais entendidos como *res nullius*, coisas cuja propriedade não pertence a ninguém<sup>18</sup>, e como *res derelictae*, ou seja, coisas cuja posse e direito de propriedade foram renunciados pelo seu proprietário com a intenção de abandono<sup>19</sup>, e ainda, quando não poderiam ser apropriadas, mas sim utilizadas por qualquer pessoa, como é o caso das *res communes omnium*.

Analisando a legislação civilista brasileira no tocante ao *status* dos animais, percebe-se que a mesma considera os animais como simples “coisas”, desconsiderando as diferenças que existem entre os animais entre si e outros seres vivos. Assim, são desprezadas quaisquer diferenças dos animais entre si quanto à espécie, gênero, família, ordem, classe, filo, pois todos seriam a mesma coisa; isto sem falar que, inclusive, são equiparados a seres de outros Reinos da biologia (como as plantas e os fungos), e, até com objetos sem vida como uma cadeira, ou uma peça mobiliária.

Diante desse quadro, o Código Civil de 1916 coerente com sua natureza patrimonialista, oriunda do ideário liberal-burguês do século XIX que se expressou juridicamente sob a forma do *Códe Napoleon* na França e do *Bürgerlich Gesetzbuch* (BGB) na Alemanha, este último fonte da qual “bebeu” o jurista Clóvis Beviláqua na elaboração do primeiro Código Civil brasileiro, concebeu os animais sob a forma mais

<sup>17</sup> GOMES, Orlando. *Ob. cit.* p. 210.

<sup>18</sup> WOLFF, Martín; ENNECCERUS, Ludwig y KIPP, Theodor. *Tratado de Derecho Civil: Tercer Tomo - Derecho de Cosas*. 1ª ed. 2ª tir. Trad. Blás Perez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1944. p. 463.

<sup>19</sup> WOLFF, Martín; ENNECCERUS, Ludwig y KIPP, Theodor. *Ob. cit.* p. 465.

patrimonialista e reificada possível, estando previstos como bens semoventes em seu artigo 47, “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio (...)”, o que implicaria em serem regidos sob o regime de propriedade previsto no artigo 524, segundo o qual o proprietário teria “o direito de usar, gozar e dispor de seus bens”, e por estarem sem nenhuma proteção estatal, é plenamente explicável o fato de muitas espécies terem sido extintas no Brasil, pois o segundo o Código Civil da época se limitou a disciplinar a caça e pesca, estabelecendo as formas de “ocupação” e como o caçador ou o pescador adquiria seu direito de propriedade sobre o animal<sup>20</sup>, visto que o caçador tinha plena liberdade para adquirir pra si qualquer animal silvestre ou bravio, pois este era considerado *res nullius*, de acordo com o artigo 593, sendo, inadmissível, na época, se pensar em qualquer norma conservacionista da espécie.

O próprio Clóvis Beviláqua reconheceu as limitações de seu Código Civil para disciplinar a caça, quando comentou estar previsto no Código de 1916 apenas 4 (quatro) artigos versando sobre a citada prática, prevendo que a legislação especial sobre a matéria, naquela época seria o então Código de Caça de 1939 (Decreto-lei nº 1.210, de 12 de abril de 1939), prevalece sobre as normas do Código Civil<sup>21</sup>, para concluir nos seguintes termos: “Com essas providencias, limita-se a liberdade de caça, em atenção á segurança das pessoas, á economia e á cultura da fauna silvestre, que é uma riqueza dada pela natureza para a nutrição das pessoas, o commercio e a arte”<sup>22</sup>.

Com o Código Civil de 2002, apesar dos animais continuarem sendo considerados como bens, conforme a previsão dos bens semoventes prevista no artigo 82 do Novo Código Civil (o qual corresponde ao artigo

<sup>20</sup> Inclusive, é interessante notar as normas existentes nos artigos 595 (“... Se o caçador for no encaço do animal e o tiver ferido, este lhe pertencerá, embora outrem o tenha apreendido”) e 597 (“Se a caça ferida se acolher a terreno cercado, murado, valado, ou cultivado, o dono deste, não querendo permitir a entrada do caçador, terá que a entregar, ou a expelir”) do Código Civil de 1916 quando tratam do ocupante do animal ferido (caça ferida – nos termos da lei), as quais desconsideravam a crueldade que é infligida ao animal, somente se atendo a questão da propriedade sobre este.

<sup>21</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Ob. cit.** p. 227.

<sup>22</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Ob. cit.** p. 228.

47 do antigo Código), mudanças substanciais vieram com o novo Código para o status dos animais na ordem jurídica atual, como o fato do próprio direito de propriedade para ser exercido livremente (o *jus utendi, fruendi e abutendi*), conforme dispõe o artigo 1.228, necessitar ser adequado com a preservação da fauna e equilíbrio ecológico previstas em legislação especial, conforme prevê o mesmo artigo, em seu parágrafo quinto.

Também, com o Novo Código Civil, o direito de caça e pesca deixou de ser disciplinado pelo Direito Civil, passando a ser matéria exclusiva do Direito Público, especialmente pelo Direito Ambiental, através, principalmente, da Lei de Proteção à Fauna e do Código de Pesca, o que oferece uma tutela mais adequada à realidade atual da problemática relacionada aos animais, visto as limitações do Direito Privado. Por fim, também não existe mais nenhum artigo em todo o atual Código Civil enumerado mais o que seria tipificado como uma *res nullius*.

Conforme a definição exposta e se restringindo exclusivamente à visão tradicional supracitada, percebe-se que os animais, dependendo de sua natureza, seriam considerados de acordo com a ótica do Direito Civil sob as seguintes formas: se os animais fossem domésticos ou domesticados, poderiam qualificados como bens móveis semoventes, indivisíveis, singulares, fungíveis ou não-fungíveis, consumíveis (nos casos dos animais de produção ou da pecuária), simples e presentes ou futuras a depender do negócio jurídico; já no caso de animais domésticos ou domesticados que fossem abandonados ou que fugissem e o proprietário não tentasse reavê-los seriam qualificados como *res derelictae* e quando fosse integrante da fauna silvestre seria entendido como *res nullius*.

### **3. DA PROPRIEDADE PRIVADA AO BEM DIFUSO**

O direito de propriedade se exerce através da faculdade de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e dispor (*jus abutendi*) um bem. O direito de usar consiste em extrair da coisa todos os serviços que ela pode se obter dela, sem modificar-lhe a substância. O direito de gozar é aquele no qual o proprietário faz a coisa frutificar e obtém, da mesma, produtos

ou rendas. O direito de dispor se refere a faculdade de consumir, alienar, gravar de ônus ou submeter a coisa a serviço de terceiros<sup>23</sup>.

Contudo, o próprio Código Civil, atendendo aos novos anseios da sociedade, estabeleceu algumas restrições, incorporando dentro da esfera de Direito Privado, através do art. 1.228, § 1º, o ditame constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXIII, que prevê a função social da propriedade. Contudo, a norma infraconstitucional vai além ao prever que o exercício da propriedade deverá ser conciliado com a preservação da fauna prevista na legislação especial.

Também existe a questão do defasamento e inaplicabilidade do instituto *res derelictae* aos animais. As *res derelictae* são as coisas abandonadas cuja propriedade pode ser adquirida originalmente através da ocupação. O ato de abandono seria um negócio jurídico consistente numa declaração unilateral de vontade em que o proprietário tem a intenção de abandonar a coisa<sup>24</sup>. Como, segundo a doutrina civilista, os animais são coisas, logo poderiam ser abandonadas.

Sucedem que o Decreto Federal nº 24.645/34 estabelece em seu artigo 3º o conceito legal de maus tratos e crueldade contra animais, ao enumerar uma série de condutas dentre elas a de “abandonar animal”, prevista no inciso V, do referido artigo. Combinada com esta previsão legal, que inclusive é amparada pela doutrina do Direito Ambiental que considera o abandono de animais “ato cruel e degradante”<sup>25</sup>, tem-se a Lei Federal nº 9.605/98 que dispõe sobre os crimes ambientais e prescreve em seu artigo 32 o seguinte tipo penal: “Praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”. Assim, ao abandonar o animal, seu responsável (proprietário) estará cometendo um ilícito penal-ambiental.

<sup>23</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Ob. cit.** p. 87-88.

<sup>24</sup> WOLFF, Martín; ENNECCERUS, Ludwig y KIPP, Theodor. **Ob. cit.** p. 465-466.

<sup>25</sup> CARDOSO, Haydée Fernanda. *O reconhecimento da personalidade jurídica dos animais – a aceitação da ordem jurídica vigente e a responsabilidade metaindividual*. in BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). **Anais do 8º Congresso Internacional em Direito Ambiental, de 31 de maio a 03 de junho de 2004: Fauna, Políticas Públicas e Instrumentos Legais**. São Paulo: IMESP, 2004. p. 844.

Ocorre, ainda, que o próprio Código Civil de 2002, em seu artigo 104, inciso II, requer que o objeto de um negócio jurídico seja lícito, para que este possa ser válido, e sendo ilícito o objeto, seria nulo o negócio jurídico em questão, conforme o artigo 166, inciso II, do CC-2002. Como, então, pode ser aplicada aos animais a categoria *res derelictae* se o abandono de um animal é um negócio jurídico inválido e, conseqüentemente, nulo? Assim, o animal jamais poderia ser uma *res derelictae* no atual estágio do Direito brasileiro.

As *res nullius* são as coisas de ninguém, ou seja, aquelas que não são possíveis estabelecer um proprietário certo e determinado. A propriedade sobre elas também pode ser adquirida pela ocupação. O Direito Civil costumava relacionar nessa categoria quaisquer animais bravios ou silvestres, ou seja, que não estivessem domesticados pelo homem e vivendo sua natural liberdade<sup>26</sup>. Ou, ainda, aqueles animais domésticos e domesticados que fugissem do domínio do proprietário e recuperassem sua natural liberdade no meio ambiente.

Ocorre que a Lei nº 5.197/67 considera os animais componentes da fauna silvestre como propriedade estatal, em conformidade com o artigo 1º. Coadunando com este entendimento, o novo Código Civil não elenca mais os bens que poderiam ser considerados *res nullius*, e analisando o fato de que os direitos reais são *numerus clausus*, entendemos que a lei especial em apreço, a Lei nº 5.197/67, é o único diploma legal que pode definir o status jurídico do animal silvestre, que neste caso não seria *res nullius*, mas sim uma *res communes omnium*.

Entretanto, boa parte da doutrina de Direito Ambiental entende os bens ambientais, incluindo os animais, não como bens de uso comum do povo, mas numa perspectiva tríplice em que haveria um macrobem ambiental de interesse difuso e que teria a natureza de *res communes omnium*, e duas modalidades de microbens que, apesar de serem de interesse difuso, poderiam ser objeto de apropriação pelo Estado (bem ambiental público) ou de apropriação pelo particular (bem ambiental privado), incluindo, alguns autores, a fauna neste último<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. *Ob. cit.* p. 274-275.

<sup>27</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999. p. 108.

Sucedo que, se a legislação especial confere a propriedade estatal dos animais, não seria contraditório, considerá-los de apropriação privada, submetida às regras de Direito Civil? Isto não aconteceria, pois o “bem de uso comum do povo” permite a apropriação de partes que lhe constitui, quando houver a autorização do Estado, e não de seu conjunto<sup>28</sup>. Desse modo, se a pesca é permitida pelo Decreto-Lei 221/67, e a caça esportiva, científica e de controle é pela Lei nº 5.197/67.

#### **4. OS ANIMAIS COMO SERES PORTADORES DE UM VALOR INERENTE PRÓPRIO**

Haveria alguma influência dos instintos animais na formação de instituições humanas? O homem seria suscetível a esses instintos ou eles foram escoados para a vala comum da evolução? Para analisar essas questões, utilizar-se-á o exemplo do direito de propriedade. Este teria tido forte influência dos instintos animais e não somente nas formulações contratual-racionalistas que muitos autores e seus discípulos sustentam até os dias hodiernos, exemplo Jean-Jacques Rousseau.

Sobre os fundamentos do direito de propriedade, Clóvis Beviláqua coerente com sua “Escola do Recife”, faz um estudo naturalista da questão, trabalhando com aspectos biopsíquicos que teriam contribuído para que o homem passasse a se apropriar de bens e exercer seu domínio sobre eles. Desse modo, inicia Beviláqua citando o economista europeu Gustavo Schmoller que afirmara terem as ações humanas como fundamento os sentimentos de prazer e dor<sup>29</sup>. Assim, esses sentimentos que também são associados aos animais, contribuíram para que o ser humano viesse a desenvolver suas atividades. Sobre esses sentimentos preleciona o mestre cearense que:

(...) esses sentimentos impellem a creatura humana  
(como também os outros animaes) a buscar, no

<sup>28</sup> SANTANA, Heron José de. *Abolicionismo Animal*. In *Revista de Direito Ambiental*, nº 36, Ano 9, outubro-dezembro de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 98-99.

<sup>29</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Ob. cit.* p. 113.

mundo exterior, o que lhe dê prazer e lhe evite a emoção contrária. Formam-se, assim, impulsos, inclinações diversas entre os quaes o denominado instinto de conservação, que é a força activa, de apropriação dos bens da vida, e defensiva, para assegurar, com a própria existencia individual, a desses bens<sup>30</sup>.

Sobre o instinto, com base na explanação de Hermes Lima, pode-se inferir que ele fundamenta uma série de comportamentos e até instituições relacionadas com a sociedade humana, apesar do instinto não possuir a fins, nem obedecer à matéria social, conforme o exemplo citado por Hermes Lima, em que a composição de litígios, que atualmente seria exercida pela Jurisdição, tem sua origem na vingança privada, que por sua vez tem origem no instinto de luta<sup>31</sup>, inerente tanto ao homem, quanto aos animais.

Esta influência dos instintos na formação das instituições sociais também é opinião compartilhada por Clóvis Beviláqua que, inclusive, associa o surgimento da propriedade com o instinto de conservação que é inerentes a todos os animais, humanos ou não<sup>32</sup>.

Diante de tais alegações, é interessante notar a influência dos instintos animais na formação das instituições humanas e questionar acerca da real condição dos animais no plano jurídico, visto que, eles não são insensíveis ao tratamento jurídico que é aplicado aos animais, conforme a seguinte afirmação do filósofo australiano Peter Singer “Se um ser sofre, não pode haver nenhuma justificativa de ordem moral para nos recusarmos a levar esse sofrimento em consideração”<sup>33</sup> e, além da capacidade de sofrer dor, existe a questão da capacidade de intelecção que têm sido comprovado cientificamente em muitos animais,

---

<sup>30</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Ob. cit.* p. 114.

<sup>31</sup> LIMA, Hermes. *Sociedade, instinto e cultura*. In *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 626.

<sup>32</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Ob. cit.* p. 114-115.

<sup>33</sup> SINGER, Peter. *Ética Prática*. Trad. Jefferson Luís Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 67.

principalmente, alguns grandes primatas, como o caso do chimpanzé (*pan troglodytes*) Washoe, que estudado pela primatóloga Deborah Fouts, foi capaz de aprender a se comunicar com seres humanos utilizando uma linguagem humana: a de sinais<sup>34</sup>.

Com base nesses fatos, está mais do que hialina a inadequação do animal em um *status* jurídico que o represente como um elemento coisificado alheio ao mundo que o circunda, pois é um mito considerar o animal um ser infinitamente inferior ao homem por ser dotado de um instinto, visto que o próprio *homo sapiens sapiens* se utilizou de tais instintos inerentes aos animais para fundar muitas de suas instituições sociais. Igualmente descabida é a consideração do animal como uma coisa, igual uma máquina ou um pedaço de madeira, visto sua capacidade de sentir dor, conforme comprovam pesquisas científicas de estudiosos como Lord Brain e Richard Serjeant<sup>35</sup>. Contudo, qual a solução? Utilizando a ética prática de Singer, pautada no princípio da “igual consideração de interesses”, segundo a qual estender os princípios básicos de igualdade de um grupo para o outro não sugere que os dois grupos devam ser exatamente tratados da mesma maneira, mas sim que os interesses dos integrantes de certo grupo sejam considerados em relação aos de outros<sup>36</sup>, ponderando-se os aspectos positivos e negativos.

Diante de tais afirmações, cumpre citar que o Direito deve acompanhar os avanços tecno-científicos que se verifica na sociedade<sup>37</sup>. Assim, se os cientistas têm descoberto que os animais possuem uma capacidade de inteligência, são passíveis de dor e sofrimento, por que não adequar o direito a esta realidade. O surgimento da biotecnologia tem gerado muitas demandas para a Teoria do Direito, como o caso dos direitos do nascituro. Por que então não se pensar em forjar um status jurídico adequado para os animais?

Ademais, no próprio Direito é possível se observar o surgimento de outras categorias distintas da dualidade entre a personalidade jurídica

---

<sup>34</sup> SINGER, Peter. *Ob. cit.* p. 120.

<sup>35</sup> SINGER, Peter. *Vida Ética*. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 58-59.

<sup>36</sup> SINGER, Peter. *Ob. cit.*. 2002. p. 47.

<sup>37</sup> AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 19.

e coisa que são os entes jurídicos despersonalizados, que não são pessoa jurídica ou física, como é o caso do espólio, condomínio, massa falida, sociedade de fato, podendo ser sujeitos de direito e obrigações inclusive com capacidade jurídica, estando, portanto, autorizados a defender seus direitos em tribunais<sup>38</sup>.

Para quem acha que tal status é algo incompatível com o Direito de qualquer sociedade, vale lembrar que o Código Civil alemão em 1990, promoveu uma reforma inovadora em seu Direito das Coisas (*Sachenrecht*), ao promover uma modificação do título “Coisas” (*Sachen*) pertencente a Parte Geral do BGB, o qual passou a ser denominado “Coisas. Animais” (*Sachen. Tiere*), e também houve uma importante mudança, conforme prescreve o seu § 90, *in verbis*: “Os animais não são coisas. Os animais são tutelados por lei específica. Se nada estiver previsto, aplicam-se as disposições válidas para as coisas”. Além disso, em caso de dano ao animal, de acordo com § 251.2, o magistrado não poderá rejeitar a adoção para esta situação de uma tutela específica, ainda que os custos da cura sejam mais elevados que o suposto valor econômico do animal.

E não se trata de mero “exotismo” do Direito Civil alemão. Na Suíça, em abril de 2003, houve uma modificação também no Código Civil helvético segundo a qual, foi incluído o artigo 641-A que passou a não considerar mais os animais como coisas (*Tiere sind keine Sachen*)<sup>39</sup>.

## 6 . CONCLUSÕES

Expostos todos estes fatos supra, verificamos a inadequação da visão tradicional do Direito Civil sobre os animais, os quais poderiam ser qualificados sob as seguintes formas: se os animais fossem domésticos ou domesticados, poderiam qualificados como bens móveis semoventes, indivisíveis, singulares, fungíveis ou não-fungíveis, consumíveis (nos casos dos animais de produção ou da pecuária), simples e presentes ou futuras

<sup>38</sup> SANTANA, Heron José de. *Ob. cit.* p. 106.

<sup>39</sup> GOETSCHHEL, Antoine F. und BOLLIGER, Gieri. *Das Tier: weder sache*. In **Plädoyer**, 4/04. Zurich, 2004. p. 26.

a depender do negócio jurídico; já no caso de animais domésticos ou domesticados que fossem abandonados ou que fugissem e o proprietário não tentasse reavê-los seriam qualificados como *res derelictae* e quando fosse integrante da fauna silvestre seria entendido como *res nullius*.

Tal classificação não corresponde as atuais demandas que vem surgindo na sociedade quando se questionam algumas práticas que até então eram consideradas normais e corriqueiras, como a experimentação animal, passassem a ser rejeitadas e o animal que muitas vezes fora considerado pelo Direito como simples objeto, semelhante a uma máquina, passasse a ser considerado um ser consciente de sua existência e passível de dor e sofrimento.

Assim, urge a construção de um novo *status* jurídico para os animais que transcenda a mera atribuição como bem ambiental de interesse difuso, visto que este não se tutelaria o animal de forma individualizada, mas como espécie integrante de um ecossistema e que a prática de um ato que implicasse em dor e sofrimento não teria tanta importância para o meio ambiente. É considerando essa “ética prática” em que se faria uma “igual ponderação de interesses” para ter-se um Direito adequado aos imperativos éticos e morais que a sociedade humana exige.

## 7. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Prefácio de Francisco César Asfor Rocha. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Volume I (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil).

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999.

CARDOSO, Haydée Fernanda. *O reconhecimento da personalidade jurídica dos animais – a aceitação da ordem jurídica vigente e a responsabilidade metaindividual*. in BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). **Anais do 8º Congresso Internacional em Direito Ambiental, de 31 de maio a 03 de junho de 2004: Fauna, Políticas Públicas e Instrumentos Legais**. São Paulo: IMESP, 2004.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis**. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal,

Conselho Editorial, 2003. Volume I (Coleção História do Direito Brasileiro).

GOETSCHHEL, Antoine F. und BOLLIGER, Gieri. *Das Tier: weder sache*. In *Plädoyer*, 4/04. Zurich, 2004.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LARENZ, Karl. **Tratado de Derecho Civil Alemán: parte general**. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: EDERSA, 1978.

LIMA, Hermes. *Sociedade, instinto e cultura*. In **Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 39ª ed. Atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Prefácio de Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Volume II (Coleção História do Direito Brasileiro).

SANTANA, Heron José de. *Abolicionismo Animal*. In **Revista de Direito Ambiental**, nº 36, Ano 9, outubro-dezembro de 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Trad. Jefferson Luís Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Vida Ética**. Trad. Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

WALD, Arnoldo. **Direito das coisas**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990 (Curso de direito civil brasileiro).

WOLFF, Martín; ENNECCERUS, Ludwig y KIPP, Theodor. **Tratado de Derecho Civil: Tercer Tomo - Derecho de Cosas**. 1ª ed. 2ª tir. Trad. Blás Perez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1944.



## Sacrifício animal em rituais religiosos liberdade de culto *versus* direito animal (parte 1)\*

Samuel Santana Vida<sup>1</sup>

Bom dia a todos e todas. Quero saudar a mesa, cumprimentando seus integrantes, especialmente o grande responsável pela atividade, professor Heron Santana. O professor Heron se dedicou a esta atividade, e vem cogitando iniciativas similares há algum tempo, e a arquitetou, sendo o principal responsável pelo sucesso, em termos de comparecimento, motivação, de envolvimento. Eu diria até que ele abusou de uma estratégia de marketing, produzindo um cartaz que sugeria uma espécie de luta livre, e açulou bastante a curiosidade e a expectativa das pessoas, que me paravam em todos os lugares pra dizer: “mas quem é esse cara que veio de *Harvard* pra discutir com você?” Pois é, a estratégia de um duelo. Mas não

---

\* Palestra integrante do “Seminário Sacrifício Animal em Rituais Religiosos: Liberdade de Culto *versus* Direito Animal”, ocorrido no dia 6 de junho de 2007, no Auditório Raul Chaves, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA, e organizado pelo NIPEDA – Núcleo Interdisciplinar em Direito Ambiental e Animal da UFBA.

<sup>1</sup> Professor de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Especialista em Direito e Cidadania pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Mestrando em Direito Público pela UFBA. Advogado.

é um duelo, é um diálogo, uma discussão que tem grande importância, mas não é um conflito em que uma das partes deve ser eliminada, ou subalternizada. Então, o professor Heron está de parabéns. Há muito tempo não vejo este auditório tão lotado, tão animado, e mais, não apenas com estudantes de direito da UFBA. Vale registrar que aqui é visível a presença de estudantes de direito de outras instituições, assim como a presença de ativistas do movimento negro e de lideranças religiosas. O que faz com que a Universidade ganhe, cumprindo dessa maneira, o seu papel social, a sua função social na plenitude, que é de não ser uma torre de marfim, isolada do mundo, e discutindo no monastério dos sábios, a solução para a humanidade, mas um corpo vivo que interage com a sociedade, portanto que coloca-se atento ao que a sociedade pensa, cogita, pratica, em torno das questões que aqui discutimos.

Quero dizer a vocês que minha fala parte de um ponto de referência, que nega a academia como dotada de uma autonomia absoluta, e de uma especificidade de tratamento das questões. Para mim a academia só cumpre o seu papel quando deixa de ser a academia de Platão, pra ser um espaço aberto, interativo com a comunidade, com a sociedade, com as demandas que estão postas. Portanto, a abordagem que faço sobre este tema não se limita a uma reflexão teórica, abstrata, racionalizada no plano jurídico, mas a um diálogo com o que a sociedade concreta vivencia em nosso país. Por isso, chamo a atenção, preliminarmente, para o fato de que discutir sacrifício de animais em rituais religiosos, no contexto do Brasil, tem, do ponto de vista social, um direcionamento exclusivo. Significa focalizar a prática religiosa de matriz africana, e, ao focalizá-la, são avocados inúmeros preconceitos, mitos, uma profunda ignorância, e uma manifesta possibilidade de discriminação. Não reputo a fala do professor Daniel Braga como contaminada por esta perspectiva, e a sua demarcação, sobretudo final, em torno do direito a vida dos animais, evidencia essa não focalização. Mas, é óbvio que o professor Daniel Braga não fala para si apenas, é óbvio que a Universidade, o Judiciário e as Instituições também não decidem as questões orientados por qualquer lógica “a-histórica”, “trans-histórica”, fundada numa racionalidade abstrata. Há sempre uma contingência num contexto sócio-prático de relações, interesses, simbologias, valores, combinações etc., Este é o meu

ponto de partida para enfrentar o debate. Nós temos no Brasil uma tradição discriminatória contra as religiões de matrizes africanas que é fundante da própria sociedade brasileira. Se você buscar os primeiros registros, quando da trazida de africanos escravizados para o Brasil, no que concerne a regulamentar a sua conduta, vai encontrar de imediato interdições relativas a práticas religiosas, que sobrepõem-se e antecipam até outras preocupações. Desde o primeiro momento adotou-se a interdição dos batuques, a interdição das práticas litúrgicas, a “demonização” sistemática daquelas manifestações de espiritualidade, daquelas manifestações de vivência com o transcendente, com a dimensão divina. Esta tradição, portanto está profundamente disseminada no interior da sociedade brasileira e contamina inclusive as instituições, tomando o conceito de instituições na sua abordagem *lato sensu*, portanto, tanto as públicas como as privadas. Nós podemos identificar ainda os vestígios legais desta disposição discriminatória institucional, a exemplo dos tipos penais de charlatanismo e curandeirismo, que, historicamente foram utilizados para reprimir lideranças religiosas, para criminalizar as suas atividades, para desautorizar as suas manifestações, inclusive no domínio médico, inclusive no manejo de uma sabedoria milenar concernente ao cuidado da saúde.

No tratamento constitucional para a liberdade religiosa adotado até 1988, prevalecia uma recomendação restritiva que condicionava a liberdade religiosa aos bons costumes, à manutenção da ordem e moral públicas, e óbvio que estes conceitos todos são traduzidos concretamente em uma sociedade de desigualdades, numa sociedade de profunda predisposição discriminatória, contra tradições não européias, qualificando-as como atentatórias aos bons costumes.

Há um episódio curioso que revela a dimensão prática destes dispositivos, evidenciado durante a constituinte de 45, quando buscou-se uma emenda supressiva, revogando do projeto original esta referência a bons costumes, a ordem, a moral. Um dos defensores de tal iniciativa foi o ex-professor daqui da casa e deputado federal Aliomar Baleeiro, um dos poucos juristas que, na discussão teórica mais abstrata conseguia perceber a necessidade de dialogar com a diversidade multicultural. É um dos poucos juristas que sustentava já há décadas, que a imunidade

tributária, por exemplo, deve ser assegurada para terreiros de candomblé, como templos que são. Algo que até hoje não é pacificado e reconhecido pelo direito e pelas instituições. Aqui em Salvador nós temos uma luta permanente contra a cobrança de IPTU, e eventualmente contra a incidência de outros tributos que são dirigidos aos templos de matrizes africanas. Então, a permanência discriminatória na tradição institucional brasileira, pode ser detectada facilmente e não pode ser afastada do contexto de reflexão sobre a matéria, sob pena de admitirmos a existência de um mundo paralelo, “descontaminado” da vida real com o qual nós lidaríamos, e obviamente que esta não pode ser a nossa escolha, ou não deve ser eticamente a nossa escolha pra conceber o direito, pra conceber a produção de conhecimento teórico.

Outro aspecto que marca esta tradição discriminatória, sobretudo no âmbito privado, mas algumas vezes se insinua também no público, é a “demonização” das expressões religiosas de matrizes africanas. Há uma crença disseminada na sociedade de que aquelas práticas religiosas estão associadas ao maniqueísmo cristão de Deus e o Diabo, e se destinam ao culto dos demônios, ou de qualquer variação assemelhada. Aqui nesta Faculdade, recentemente, um aluno, numa aula disse, com um tom de naturalidade, que as manifestações preconceituosas gozam no interior do senso comum: “todos sabem que no candomblé se sacrificam crianças”, e isso não foi contestado. O mais grave, a confirmar a persistência desta mentalidade, é que não causou nenhuma comoção junto aos demais interlocutores que assistiam a aula, nem o professor, nem os assistentes; isso foi reiterado, portanto, como algo absolutamente real, a povoar a imaginação doentia da sociedade. Não é muito diferente da imaginação acerca do vodu do Haiti. Uma imaginação criada historicamente pelo cinema, presente na cinematografia hollywoodiana, num momento em que os Estados Unidos buscavam ocupar o Haiti, e era preciso “demonizar” aquela população, que deu o exemplo mais heróico e mais belo de resistência anticolonial, no início do século XIX, conquistando autonomia e independência numa luta encarniçada, numa luta extremamente brutal contra a metrópole francesa. Portanto, é relevante contextualizar esses aspectos porque senão nós fazemos um debate puramente abstrato, sem tangenciar os contornos da vida “como

ela é”, como diria Nelson Rodrigues. Bom, daí nós temos um segundo aspecto a ser considerado: o direito precisa ganhar cada vez mais uma dimensão de racionalidade aberta, de uma racionalidade que não se fecha numa racionalização, que não sucumbe àquilo que Tércio Sampaio, de forma muito lúcida, denomina de “astúcia da razão dogmática”, e que consiste em desconsiderar a riqueza da vida social, desconsiderar os conflitos e os interesses que efetivamente dão contorno aos problemas, e elaborar um raciocínio totalmente descolado de tais dimensões, lógico do ponto de vista formal, absolutamente perfeito, concatenado, acéptico, mas que veicula nas entrelinhas, de ordinário, a posição de quem detém as condições de comando, a posição de quem detém a hegemonia no interior da sociedade.

Numa sociedade como a nossa, que é profundamente preconceituosa e discriminatória, mas conta com distintos legados sócio-civilizatórios, caracterizando-a como sociedade multicultural e multiracial, todo raciocínio abstrato é preliminarmente perigoso e potencialmente reducionista e discriminador.

A pretensão racionalista, supostamente universalista, mostra-se contaminada pelo etnocentrismo de matriz européia, inserindo esses valores, ainda que involuntariamente, como elementos orientadores da apreensão e do exercício prático derivado desses raciocínios. Nós temos um mundo concreto em nosso entorno. Embora a faculdade de direito, pela sua opção arquitetônica, insista em preservar alguma idéia de Torre de Marfim, de distanciamento da sociedade, nós vivemos num mundo concreto que nos circunda, e que não é devidamente refletido nas nossas considerações. Nesse mundo concreto nós tivemos um momento paradoxal, singular, único na história do país, um momento de emergência, com visibilidade, de um segmento que historicamente foi depreciado, subalternizado, brutalmente reprimido em toda história de nossa formação social.

Estamos vivendo um momento em que se discute desigualdade racial; estamos vivendo em um momento em que se reconhece a tradição de matriz africana como religião; estamos vivendo num momento em que algumas conquistas, ainda tímidas, são esboçadas: cotas na Universidade, e outras ações afirmativas; criação de instituições públicas

destinadas ao combate ao racismo, como a SEPIR, com estatuto e status de Ministério, a SEMUR, a SEPRMI, no âmbito estadual; tais novidades numa sociedade acostumada com a dominação, gera aversões se desenvolvem, retaliações e enfrentamentos se estabelecem. Eu diria que estamos vivendo, e eu estou finalizando um artigo sobre o tema, um momento de aglutinação da reação.

Num primeiro momento pela legitimidade moral, ética, política, conquistada pelo movimento negro e pela comunidade negra, houve uma certa reação desordenada a este estado de coisas, que não conseguiu barrar os avanços. Estamos entrando agora numa segunda etapa onde as reações começam a se ordenar, a se estruturar sistematicamente, operando em todos os níveis. Vocês devem ter visto a manchete da revista Veja desta semana, pega-se um caso isolado, de um erro metodológico ao classificar alguém racialmente analisando a fotografia, e se coloca, como se em debate estivesse a existência ou não de raça e racismo no Brasil. Raça não é um dado biológico, pois é óbvio que ninguém em sã consciência sustenta a manutenção do conceito de raça como um dado biológico. E agora também não vale absolutamente nada do ponto de vista sócio-prático? Qual a importância de afirmar que raça biologicamente inexistente, quando os critérios para a discriminação não se dão por qualquer medida de composição genética. Nenhum discriminador te pergunta qual é a sua cota de ascendência europeia, indígena ou africana. Ele te cataloga, te discrimina com dados objetivos e subjetivos que se externalizam em aspectos físicos e aspectos culturais. Se eu, um homem negro, ando com um terno branco, mesmo sendo advogado, e professor de direito, numa sexta-feira, como convém, por uma referência religiosa, eu estarei absolutamente vinculado a duas hipóteses de confusão: a primeira, de ser chamado de “pai de santo”, automaticamente, não no tom de quem reconhece o interlocutor, mas no tom de quem busca ridicularizar. A segunda, se o ambiente for propício, quem sabe, ser confundido com alguém da área de saúde. Exatamente porque essas dimensões são inafastáveis da experiência prática. Ninguém vai me perguntar: “qual é a sua composição étnica?” Ninguém vai me perguntar: “olha, você acredita que existe raça?” Raça persiste como um dado sócio-político. E ao persistir autoriza que os que

são vitimados por essa manutenção a utilizem também em caráter defensivo, a utilizem também em caráter reativo, não para perpetuá-la, sustentado posições essencialistas, ou de fundo biológico, mas para desconstruí-la. Assim como gênero é uma construção artificial, absolutamente artificial, mas é óbvio que o movimento de mulheres tende a se apropriar de determinadas referências, que são históricas, que são determinadas culturalmente, para reagir.

É cada vez mais comum afirmar que as mulheres quando ingressam na política se masculinizam. E no fundo nós estamos reproduzindo um conceito de que há não uma atitude do político, mas um traço que é intrinsecamente masculino, quando nós sabemos, na verdade, que não é também a expressão intrínseca a função sexual de macho dos homens, mas uma construção cultural. Os atributos inclusive vistos como positivos, que são agregados à política como determinação, firmeza, capacidade de mando não são inerentes à condição de macho. São construídos culturalmente em torno das experiências civilizacionais. Nem por isto as mulheres deixam de se apropriar dessas referências para estabelecer um debate, o conflito, a disputa, portanto, é nesses termos que se coloca a questão. Bom, mas por que que o direito tem a ver com esse contexto?

Há uma movimentação dirigida a deslegitimar jurídica e politicamente as manifestações e conquistas da comunidade negra no território do discurso jurídico. E essa movimentação se expressa em dimensões teóricas. Após ser publicado um livro chamado “Divisões Perigosas”, articulado por professores universitários de todo o país, em que se busca, de maneira sistematizada, desautorizar as ações afirmativas e as cotas sob o argumento de que elas põem em risco a unidade do país, a democracia, e podem estabelecer o racismo e a segregação racial, a aglutinação das iniciativas reacionárias se intensificou. São várias iniciativas, a exemplo de projeto de lei do Rio de Janeiro, propondo um plebiscito para definir se é mantido ou não no sistema público de Universidade Estadual do Rio de Janeiro, o acesso por cotas. No Rio Grande do Sul, a ADIN, que hoje também é analisada pelo Supremo Tribunal Federal, teve uma decisão objeto de polêmica, não unânime, do Tribunal de Justiça, acerca do sacrifício ritual de animais. É um outro

exemplo que pode ser dado. Portanto, não gostaria de desenvolver nenhuma abordagem que desconsiderasse esses aspectos, pois creio que estaríamos empobrecendo a análise jurídica, ou situando-a no domínio da astúcia da razão dogmática, ou caindo no domínio que nos oferece a abordagem que desconsiderasse afastando a dimensão sócio-prática, imaginando um mundo perfeito de concatenações lógicas. Bom, nós temos uma situação que, do ponto de vista jurídico, vivencia, ainda, um não desabrochar pleno das possibilidades contidas no reconhecimento da liberdade religiosa. A expressão, talvez mais acabada disso, se dê no plano doutrinário. No mestrado, desenvolvo uma pesquisa sobre o tema, e a maior dificuldade encontrada, Daniel deve ter se ressentido disso quando estudou o tema, é a falta de referencial teórico, pesquisa sobre a temática.

Quase todos os constitucionalistas brasileiros tratam a liberdade religiosa em tópicos idênticos, que se repetem sem qualquer cotejo com a realidade. Fazem algumas distinções classificatórias, indicam alguns aspectos, muitas vezes reiterados de tradições exógenas, e pouco ou nada se desenvolve em termo de reflexão partindo da realidade social brasileira. No âmbito da pesquisa jurídica só conheço uma tese de doutoramento que trata do assunto, de forma muito conservadora, infelizmente, que é a tese do meu amigo e companheiro Hédio Silva, doutor em direito pela PUC de São Paulo.

Então, é preciso resgatar o debate sobre liberdade religiosa que tenha como pano de fundo, que tenha como referência não apenas a dimensão retórico-formal da técnica jurídica, mas uma articulação com a tradição, constituindo-se uma prática jurídica racional aberta, voltando ao que eu dizia alguns minutos atrás, referenciada numa leitura ontológico-compreensiva, complementada pela perspectiva existencialista, e aí Gadamer, Heidegger têm muito a nos oferecer como suporte teórico para esse exercício. É que o direito não se confunde com lei, e as práticas jurídicas não podem ser abstraídas do contexto real em que os significados não estão *a priori* determinados por opções éticas, ou, pelo menos, presumivelmente éticas, políticas, reconhecendo o papel da tradição, reconhecendo a necessidade de imaginação jurídica, para que a norma deixe de ser o resultado de um silogismo, para ser uma construção mediada por todas as inter-faces que a vida social oferece, os valores, os fatos,

como diria Miguel Reale, as tensões, os conflitos, as disputas, que estão postas no interior da sociedade.

A inexistência de uma tábula reguladora dos valores determina, portanto, a exigência da ponderação, da mediação de interesses, quando se analisa o caso concreto, numa perspectiva pós-positivista do direito. Daí é necessário reconhecer, que a liberdade religiosa compreende a distinção entre liberdade de crença e liberdade de culto, mas é também fundamental evidenciar que há uma conexão indissociável entre esses dois elementos. Admitir uma liberdade de crença pura e simplesmente reduzida ao plano psicológico, é inviabilizá-la do ponto de vista prático. Não há possibilidade de livre expressão religiosa, que não implique uma forma externa de manifestação, seja qual for a expressão ritual. A forma externa de manifestação, de materialização, concretiza a efetividade da liberdade religiosa. Logo, esta separação há que ser estabelecida no plano teórico, mas há também que se admitir esta vinculação, esta continuidade, esta interdependência, sob pena de se imaginar uma liberdade religiosa absolutamente infecunda do ponto de vista prático da realização das aspirações espirituais, do exercício da articulação dos interesses simbólicos e culturais, e da religião com a dimensão transcendente.

Até mesmo alguns juristas mais conservadores, quando se dão ao trabalho de pensar a temática de maneira não abstrata, ou essencialmente abstrata, reconhecem isto. Há um trecho de Celso Bastos, não numa de suas obras principais, mas num artigo, publicado em co-autoria com Samantha Pflug em que tangencia esse aspecto, embora não aprofunde. Bom, então proponho que, voltando às dimensões do mundo concreto, para enfrentar este debate, no foco que ele é apresentado, é preciso resolver duas questões preliminares que se insinuam, mesmo não explicitamente, na discussão. A primeira diz respeito à associação entre a “sacralização” de animais, prefiro esta expressão do que sacrifício, que remonta inclusive ao simbolismo de uma outra cultura; e a prática de crueldade, de aviltamento deliberado, de torturas e abusos. A crença neste tipo de manifestação decorre do olhar preconceituoso que a sociedade dirige para os cultos de matriz africana. Não há qualquer lugar do ponto de vista teológico, do ponto

de vista ritualístico, nas religiões de matrizes africanas para o sofrimento dos animais, o sofrimento pelo sofrimento. Talvez isto exista na tradição cristã, que precisa expiar pecados. Talvez isto se coloque na tradição judaica, em que há uma relação de substituição. Onde a substituição é feita, se substitui o pecador, imolando o animal em seu nome, e, se ele sofre, entende-se que ele deve sofrer como forma de expiação de pecados. Talvez por isto, a mitologia sobre a morte de Cristo seja tão sanguinária. Foi preciso sofrimento para expiar o pecado dos cristãos. Não há esta dimensão, absolutamente, na tradição religiosa de matriz africana.

É preciso fazer este debate despido do preconceito. Havendo alguma prática abusiva identificada pontualmente, que seja reprimida pontualmente, como cabe a qualquer manifestação patológica, que pode ocorrer também no interior das tradições religiosas de matrizes africanas. Hoje no cenário midiático internacional verifica-se o reconhecimento de que milhares de padres, em todo o mundo, tem praticado pedofilia, e nem por isso eu posso dizer que a igreja Católica é pedófila. Não devo fazer uma análise sobre a Igreja Católica propondo qualificá-la como pedófila. É preciso identificar os que praticaram pedofilia, responsabilizar, punir, enquadrar com o rigor que a situação exige. Então, o preconceito é primeira dimensão a ser afastada.

A segunda questão é a suposição de que a “sacralização” dos animais nas religiões de matrizes africanas não se destina ao consumo. É uma quase continuidade da idéia de perversão e crueldade. Você mata o animal porque quer infligir maus tratos, e depois você não consome este animal. Ou seja, a finalidade não é o consumo alimentar. Equívoco também. Equívoco que se expressa em dois planos, porque, dentro da tradição das religiões de matrizes africanas, as divindades comem, elas precisam ser alimentadas. Há um provérbio Yorubá que diz que quando uma entidade espiritual não é alimentada ela morre, ela deixa de existir. Então, há uma dimensão no plano estritamente religioso, imediatamente religioso, que é a alimentação das entidades espirituais, das dimensões e manifestações do divino, e que se perfaz com o consumo do animal sacralizado por todos, iniciados e não iniciados. Os que já foram a alguma cerimônia de candomblé devem ter na memória que, em certo momento, é servido alimento aos que desejam,

e não há distinção se é iniciado ou não iniciado, não há sequer exigência de que esteja assistindo à cerimônia. É comum, os que conhecem um pouco mais de perto a tradição do candomblé sabem, é comum que a comunidade adjacente, em geral pobre e esfaimada, abandonada pelos poderes públicos, no momento em que está sendo servida a comida, se aproxime, ainda que não tenha envolvimento com a religiosidade, para se beneficiar do banquete, da forma de celebração da vida, que é manuseada, construída nessas expressões religiosas. Portanto, a segunda questão que é a suposta “sacralização” imotivada, cai por terra também.

Afastadas estas duas questões, os maus tratos e o abate imotivado, o que resta para questionar o sacrifício, como dizem na linguagem corrente, eu prefiro, volto a dizer, a “sacralização” dos animais em determinados rituais, como o candomblé e de outras variantes de matrizes africanas? Bom, só restam duas possibilidades básicas, com eventuais variantes, a primeira é aquela que assume o seu fundamento etnocêntrico, autoritário, intolerante, e propõe um julgamento sobre tais práticas absolutamente pontual, até porque não estende o julgamento aos demais cultos religiosos. Não é o caso do professor Daniel, volto a dizer, ele foi muito explícito em sua fala, mas, muitos que invocam este tema não estendem a crítica a judeus, a muçulmanos, cristãos, ou a quaisquer outras expressões religiosas, que usam ou tenham se utilizado historicamente de animais em rituais religiosos.

Vamos encontrar algumas manifestações que pontualmente se dirigem às religiosidades de matrizes africanas, e elas denunciam o seu caráter intolerante.

A segunda possibilidade básica é apresentada na tese sustentada pelo professor Daniel Braga, e também sustentada pelo professor Heron, que é o direito à vida para os animais. O direito à vida como algo inerente à condição de dignidade que os animais devem ter reconhecido. Mas se esta é a discussão, ela tira da centralidade o uso de animais no plano ritual, pra colocar em discussão o uso de animais em quaisquer condições. Não há diferença, portanto, entre o uso de animais em rituais religiosos e o consumo de picanha, que muitos de vocês daqui a pouco farão, ou o abate de frangos. Quando chegam ao abatedouro, o animal está vivo, aguardando a sentença: “olha, eu quero dois frangos”, o que

dizer do consumo de caranguejo, colocado vivo na panela fervente, para a satisfação da tara alimentar de vocês; o *foie gras*, o animal é mutilado, mal-tratado, pra produzir uma aberração que vocês consomem depois como iguaria refinada. Bom, aí nós estamos enfrentando o debate em outros termos, e eu diria que este debate põe em cheque não uma expressão cultural, religiosa, determinada. Põe em cheque todo padrão civilizatório alimentar da humanidade, não se dirigindo a uma ou outra matriz civilizatória particular. Até onde eu sei, se tiver cometendo alguma bobagem peço que me ajudem me informando, todas as tradições civilizatórias conhecidas se utilizam de animais e outras formas de vida como alimento. Todas as tradições civilizatórias abatem animais para consumo. Variam os animais de larvas, de insetos, formas vivas menos complexas, até animais, que, para nosso olhar, por exemplo, seriam de estimação, cães, gatos etc. Então, o debate ganha uma outra dimensão, que não poderá ser enfrentada por qualquer medida jurídica ou judicial pontual, por qualquer ADIN, mas passa por um processo de disputa dentro da tradição, porque a mudança paradigmática não pode se estabelecer de fora da tradição, como se nada tivesse com isso; é uma disputa que remete a uma mudança de padrão civilizatório, que não será implementada da noite para o dia, nem por decreto, muito menos pela punição exemplar de uma vítima escolhida a dedo. E, nesses termos, o debate, a meu ver, tem bastante pertinência.

Eu tenho uma profunda simpatia, sou profundamente seduzido pela discussão. Quando meu amigo Heron esboçava o *habeas corpus* em benefício de Suíça, aquela chimpanzé que se encontrava encarcerada no zoológico, eu me permiti assinar esse *habeas corpus* sem sequer ler o seu conteúdo por conhecer as posições teóricas que o sustentavam. Conhecia Heron, e as posições que ele tradicionalmente desenvolve, por ter contato com doutrinadores como Peter Singer, que já discute a questão há muito tempo, e não tive a menor dúvida em subscrever o *habeas corpus*, por isto eu digo que não há necessariamente uma oposição, excludente entre nossos posicionamentos. Pode haver uma convergência. Contudo, com esses cuidados sócio-práticos e políticos que o debate jurídico requer, senão estaremos aqui fazendo ficção da pior espécie, porque não é mera expressão de fantasia, para ser consumida

ludicamente. Vai repercutir na vida das pessoas; vai inviabilizar experiências civilizatórias seculares; vai macular a dignidade de comunidades inteiras, que serão institucionalmente, estatalmente, desautorizadas, perseguidas, reprimidas, restabelecendo o que até outrora, até muito recente era tradição. Até 1988, em várias partes do Brasil, os candomblés continuavam sujeitos a obtenção de autorização policial para a realização de cultos. Aqui na Bahia, uma década antes, aproximadamente, foi afastada essa exigência por um decreto do então governador Roberto Santos, reinterpretando um decreto anterior que fixava a matrícula de determinadas práticas na delegacia de jogos e costumes. Então, quem sabe, por este caminho, nós poderemos estar autorizando a retomada da criminalização, da estigmatização conduzida pelo Estado em desrespeito à tutela devida, em face dos direitos fundamentais.

Logo, pra finalizar, quero considerar fundamentalmente alguns aspectos trazidos à tona pela própria exposição do professor Daniel Braga. O primeiro deles: a normatividade vigente de pretensão protetiva se revela ineficaz, inefetiva, talvez sirva só como um desembaraço da má consciência, como uma tentativa de acomodação desta contradição que nós trazemos, no plano das civilizações humanas. Eu não considero alteração substantiva, no que concerne ao respeito à dignidade dos animais, a utilização de um aparelho que injeta anestésico minutos antes do abate, ou por orientações acerca do abate humanitário, ou quaisquer outras variações. Pelo contrário, nós convivemos cotidianamente com manifestações de crueldade com os animais, em todos os domínios, inclusive, a posse irresponsável que produz uma legião interminável de animais abandonados nos grandes centros urbanos. Cães e gatos especialmente, eventualmente outros animais. E que, se não tem destino mais cruel, isso se deve ao trabalho de resgate que alguns ambientalistas e grupos de proteção desenvolvem, e sempre numa escala inferior à demanda real. Abates coletivos feitos pelos órgãos públicos em nome das questões sanitárias continuam sendo feitos em todo o país. Então, se essa normatividade é inefetiva, é evidente que há algo mais a discutir que a mera implementação. A inefetividade de uma norma não pode ser imaginada como simples falha do sistema. Ela

demonstra algo mais profundo, que deve ser buscado para além do direito concebido como técnica. Portanto, o debate se confirma como um debate aberto, que deve ter repercussão no mundo do direito, até porque concordo também com a visão de juridicidade que a qualifica como uma expressão contra-fática. O direito não é necessariamente o retrato do real. Se o direito for o retrato do real, estaríamos em maus lençóis, em todos os domínios, porque teríamos de legitimar absurdos os mais variados.

É óbvio que o direito deve se insurgir, sinalizando atitudes distintas daquelas que são hegemônicas, em várias dimensões; mas é óbvio também que a aplicabilidade desse direito não pode estar sujeita a uma abstração racional, lógico-dedutiva, ou à tentativa de aplicação exemplar. Deve aderir a um processo hermenêutico muito mais complexo que permita mediações, usando uma outra expressão, de uma teoria contemporânea de juridicidade, mediações concretizadoras, mediações que aproximem, conforme os limites, conforme as possibilidades, essa expressão contra-fática, da realidade, que a nega cotidianamente. E reduza o abismo e afirme alguma efetividade, algum âmbito de efetividade para essas expressões contra-fáticas, sistematizadas na norma jurídica.

A outra dimensão que o professor Daniel traz à tona, e que me parece muito relevante, é a que situa o homem dentro do meio ambiente. Se nós estamos no interior desta manifestação natural, há aí algumas questões que nós devemos ponderar. Daí a impropriedade, mantenho essa divergência com o meu amigo Heron - a impropriedade de conceber o direito ambiental como um ramo do direito. Assim como não concordo com a idéia de que direito racial venha a ser um domínio do direito. Esta é a opção que pode ser pontualmente necessária, taticamente, como diziam antigamente os comunistas, pode ser taticamente necessária, mas estrategicamente é perigosa, porque traz o debate para um gueto, tira a discussão sobre a relação com o ambiente da Constituição, ou limita, e praticamente elimina do direito civil, do direito tributário, das diversas expressões de juridicidade, confinando uma sub-categoria que teria princípios próprios, autonomia científica etc, etc. Uma série de ilusões, que a meu ver, longe de reforçar, minimiza

ou fragiliza a perspectiva de reconhecimento do homem como integrante da natureza, e não como um demiurgo da natureza.

Outra conseqüência que precisaria ser também dimensionada: se nós somos parte desse fenômeno natural, não podemos também idealizar a nossa relação com os animais. Ou seja, nós não podemos deixar de considerar que faz parte do fenômeno natural o consumo de outros animais, numa lógica de cadeia alimentar. Ou vamos criminalizar o leão quando ele abate a sua presa? Ou vamos criminalizar o nosso gato, quando caça o rato? Ou vamos tentar, no afã de reconhecer os animais como sujeitos de direito, imputar também, responsabilidade penal, quem sabe, ou civil, enfim, a tais sujeitos de direito. Não digo isso em tom de deboche, de quem quer negar a possibilidade de reconhecer a dignidade dos animais, ou a condição de sujeitos de direito. Eu os considero como tais, mas é óbvio que eles formarão uma categoria que exige mediações culturais, construídas pela imaginação humana, articuladas, portanto, com os interesses humanos, subordinadas a contradições, a erros, como só acontece nas manifestações humanas, e que não estarão resolvidas por nenhum decreto, decorrente de uma antecipação da solução. São soluções que serão construídas num processo de embate, com avanços, recuos, contradições etc. Provavelmente jamais se expressarão em termos de idealidade absoluta.

Por fim, também resgatando um elemento da fala do professor Daniel Braga, concordo absolutamente com o que diz o professor ao afirmar que nem mesmo o direito à vida é absoluto. E nós não podemos, em nome de uma idealização, pretender assegurá-lo absolutamente para os animais, em detrimento do reconhecimento de como a nossa experiência sócio-civilizacional se desenvolveu. O que não impede que esta experiência seja criticada, debatida, refletida, ponderada, mas não pode ser simplesmente criminalizada, não pode ser simplesmente afastada como uma hipótese da nossa perspectiva existencial e civilizatória.

Concluo trazendo um registro, voltando a esta questão de como o direito está conectado com uma dimensão da vida prática, sócio-prática, fazendo uma avaliação rápida da ADIN, apresentada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul contra a Lei nº 11.131/2004, que

introduziu o parágrafo único no art. 2º da Lei nº 11.915/2003, do Rio Grande do Sul, explicitando, o parágrafo 2º tem o seguinte conteúdo: que criou uma exceção no interior do código estadual de proteção aos animais, qualificando o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matrizes africanas como lícito. Temos duas questões a serem avaliadas. Primeiro, este código estadual de proteção aos animais surge como e em que contexto? O autor desse projeto de lei é um pastor da Igreja do Evangelho Quadrangular, uma expressão neo-pentecostal, que está situada no território daqueles que atacam sistematicamente as manifestações de matrizes africanas, “demonizando-as” diariamente nos meios de comunicação como TV, rádio, jornais de circulação nacional etc. Então, como toda lei, tem história. Ela não surgiu, absolutamente, de uma vontade dos ambientalistas. Ela surge comprometida, desde o seu início, com uma manifestação potencialmente intolerante, articulada em torno dos interesses neopentecostais, o maior grupo religioso em expansão, com uma alta articulação política no país. Quando o então deputado estadual Edson Portilho apresenta o projeto de lei incluindo este dispositivo, o faz no contexto de quem sabe que aquela lei seria utilizada sistematicamente para atacar, atingir as religiões de matrizes africanas. Por isso, inclusive, a expressa referência, que poderíamos dizer que tecnicamente é desnecessária, mas a técnica não pode ser dissociada da vida. Por isso, a ADIN foi considerada improcedente pelo Tribunal de Justiça e se estabeleceu o entendimento que me parece o mais razoável nas circunstâncias em que se encontra o debate, e no marco da nossa experiência sócio-civilizatória, que é de que o sacrifício ritual não constitui ilícito, desde que sem excessos ou crueldades.

Bom, resta aquela questão que o professor Manoel Jorge inclusive levanta num artigo publicado sobre liberdade religiosa e que foi usado inclusive como argumento em um dos votos do julgamento da ADIN. Crueldade é um conceito indeterminado. Aí voltamos ao domínio sócio-prático; se tirar a vida de um animal é crueldade, deve ser considerada cruel em qualquer circunstância, não apenas no plano litúrgico, religioso, mas em qualquer circunstância. Então, nesse caso, haveria a necessidade de cogitar a aplicabilidade da norma a todo e qualquer abate animal, e não especificamente dirigido àqueles em que se supõe a existência de crueldade durante esse procedimento.

Bom, são estas as considerações que eu gostaria de apresentar. Estou escrevendo um artigo provocado pela iniciativa de Heron, e pelo artigo do professor Daniel Braga, publicado na Revista Brasileira de Direito Constitucional. Eu acompanhava a discussão nos Estados Unidos que redundou num caso célebre, este caso que o professor Daniel relatou, mas tem outras manifestações também relevantes, inclusive no que concerne ao debate sobre espaço público e a religiosidade. Algumas dessas questões Daniel trouxe aqui muito oportunamente, como os símbolos religiosos etc. Trata-se de um debate muito rico. Espero que, mais do que ter levado vocês a qualquer conclusão definitiva, possa estimulá-los a pensar sobre o tema, a pesquisar o tema, sempre orientados por uma perspectiva que não seja a do Positivismo Jurídico lógico-formal em detrimento da realidade. Uma articulação dentro do domínio teórico-jurídico deve ser desenvolvida, precisa ser desenvolvida. Não estou aqui fazendo qualquer libelo contra a dogmática jurídica, a dogmática jurídica é necessária, é fundamental, é inafastável, mais ainda numa sociedade complexa. Contudo, há dogmáticas e dogmáticas. É possível conceber dogmáticas jurídicas menos positivistas, vamos dizer assim, menos descoladas da realidade; é possível imaginar a prática do direito como uma prática que não se reduza aos técnicos e às instituições formais, e neste sentido me aproximo pontualmente da concepção de Peter Häberle, de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição. É preciso qualificar a própria sociedade como principal destinatária interessada, e sujeito da interpretação jurídica, particularmente da constituição. Neste sentido, penso que este debate pode contribuir bastante. Apesar de ser uma temática aparentemente focal, traz à tona toda uma possibilidade de pensar o direito, paradigma jurídico, ou de “despensar” o direito, como diz Boaventura Santos de maneira bastante sugestiva. Portanto, obrigado pela atenção. Espero que o debate prossiga com as perguntas e considerações dos ouvintes. Assim que concluir o artigo, vou distribuir para os interessados.





# **Notas Técnicas/*Notes***





# Uso de Animais em Rituais Religiosos e Legislação Brasileira em Vigor

Gislane Junqueira Brandão\*

Exposição de motivos: o presente trabalho visa resolver definitivamente qualquer dúvida quanto à existência de crime no uso de animais, com maus-tratos, em rituais religiosos, de forma a deixar clara a incidência, nestes casos, do artigo 32 da Lei nº 9.605/98, chamada Lei de Crimes Ambientais, demonstrando que, efetivamente, a liberdade traduzida no artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal não tem o condão de funcionar como excludente de antijuridicidade.

## 1. DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, documento que rege todo o atual sistema jurídico do país, ou seja: nenhuma norma pode contrariar seus ditames. Qualquer tese, fundamento jurídico etc deverá estar em plena concordância com o texto constitucional para que tenha validade. Esta

---

\* Advogada em Salvador (BA). Diretora da ong União Defensora dos Animais Bicho Feliz e membro do Instituto Abolicionista Animal.

imperatividade constitucional age de tal forma que a própria existência do cidadão brasileiro a ela se subordina e nela tem seus limites claramente determinados.

A Constituição de 1988, considerada moderna e avançada, trouxe em seu texto dispositivos quanto a tutela ambiental, sacramentando a proteção constitucional ao meio ambiente, destinando todo um capítulo sobre o tema.

## **2. DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Em seu rol de normas e comandos, a Constituição Federal, em seu Título VIII, denominado “Da Ordem Social”, Capítulo VI, art. 225, tratando do meio ambiente, dispôs:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Ficou claro, então, o desejo do legislador quanto a proteção ambiental.

### **3. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A FAUNA.**

O texto constitucional, acima transcrito, é expresso no tocante a proteção aos animais. O inciso VII do mencionado artigo determina como obrigação do Poder Público “Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

#### **4. DA CHAMADA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS: LEI Nº 9605/98**

Em 1998, norteado pela própria Constituição Federal, tratou o legislador de elaborar lei que tratasse dos crimes contra a fauna e a flora, rezando o citado artigo 32 do tratado diploma legal que:

“Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos, domesticados, nativos ou exóticos:

Pena – detenção de três meses a um ano, e multa”

Assim foi que o ato de maltratar animais foi tipificado como crime.

#### **5. DA FAUNA E DOS RITUAIS RELIGIOSOS**

Lamentavelmente, apesar de toda proteção constitucional, apesar da Lei de Crimes ambientais, ouve-se falar do uso com sofrimento de animais em vários rituais religiosos, onde os animais são utilizados de forma violenta, são maltratados, abusados, desrespeitados e, geralmente, mortos.

Alguém na face da Terra pode negar a profunda dor por que passa, por exemplo, um animal ao ser esfaqueado?

Pois bem, tais atos que geram maus-tratos aos animais em rituais religiosos são criminosos, tipificados no art.32 da Lei nº9.605/98, a Lei de Crimes Ambientais.

#### **6. O ARTIGO 5º, INCISO VI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CRIME DE MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS.**

Como dito, apesar da legislação em contrário, alguns segmentos continuam praticando o bárbaro crime contra os animais que é seu uso com sofrimento nos tratados rituais. Para tanto, muitas vezes, lançam mão do art. 5º, inciso VI da Constituição Federal que diz o seguinte:

“É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

Vale aí a análise minuciosa do artigo, aprofundando a leitura constitucional: Marcada pelo fato de ser a primeira Constituição Democrática, promulgada após longo período de Ditadura, teve o constituinte da época a responsabilidade de elaborar um texto cuja marca fosse a liberdade, liberdade de pensamento, de existir, de possuir, de manifestação, era um brinde a nova era do país. Assim, uma das preocupações do legislador era a liberdade religiosa, crer no que se acredita, direito a freqüentar o culto que se queira, de forma livre, em compasso mais do que nunca com a euforia existente, na época, pela promulgação da referida Constituição.

Com este espírito, nasceu o referido inciso VI. Obviamente, o constituinte sacramentou o direito a liberdade de consciência e de crença: é a liberdade do pensamento. O cidadão é livre para crer. É o direito de crença. Mais do que isto, o constituinte consagrou a liberdade religiosa. O Estado não escolherá a crença do cidadão, sua religião, não proibirá os cultos religiosos de forma tão verdadeira que protegerá os locais de culto e suas liturgias.

É isto que diz o inciso em questão: Liberdade de consciência e de crença em oposição à opressão e liberdade de exercício de cultos religiosos em oposição à proibição de sua existência ou até em oposição à adoção pelo Estado de religião oficial.

Tal liberdade, obviamente, tem limitações. Jamais, em tempo algum, o constituinte criou uma anarquia legislativa de forma que em nome de uma religião tudo fosse possível: cometer crimes, ilícitos etc. Ou seja: ninguém pode cometer um ilícito, um crime e não ser punido por estes atos em virtude da alegação de “estar no gozo de sua liberdade religiosa”.

O STF – Supremo Tribunal Federal - já se pronunciou quanto a questão relacionada aos limites constitucionais:

“As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira

parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica” (HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19.03.04).

## **7. DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

A Constituição de 1988 foi concebida sob o claro esteio de valores éticos, buscando sempre a valorização da vida. Assim, objetivando-se a melhor aplicação da norma constitucional, deve-se buscar o menor dano possível aos valores éticos, consagrando-se a vida como fator determinante das escolhas, fazendo-se o uso do já consagrado Princípio da Proporcionalidade.

“O princípio da proporcionalidade é aquele que orienta o intérprete na busca da justa medida de cada instituto jurídico. Objetiva a ponderação entre os meios utilizados e os fins perseguidos” (Curso de Direito Constitucional, Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano Junior, 10ª Edição).

## **8. DO ARTIGO 5º, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO CRIME E DA NÃO EXCLUSÃO DA ILICITUDE.**

Para ser considerado crime, o fato deve ser típico e antijurídico, ou seja, além de estar taxado na norma penal como crime, deverá sofrer a antijuridicidade.

“A antijuridicidade, segundo requisito do crime, pode ser afastada por determinadas causas, denominadas “causas de exclusão da antijuridicidade” ou “justificativas”. Quando isso ocorre, o fato permanece típico, mas não há crime: excluindo-se a ilicitude, e sendo ela requisito

do crime, fica excluído o próprio delito. Em consequência, o sujeito deve ser absolvido. São causas de exclusão da antijuridicidade, previstas no art.23 do CP: 1º) estado de necessidade; 2ª) legítima defesa, 3ª) estrito cumprimento de dever legal; 4ª) exercício regular de direito” (Direito Penal, Damásio de Jesus, 1º Volume-Parte Geral, 22ª Edição)

Assim, não resta dúvida de que o cidadão em nome da religião não pode praticar condutas contrárias às leis, à própria Constituição. O artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal não funciona como excludente de ilicitude. Não resta dúvida que o uso com sofrimento de animais em rituais religiosos é proibido e mais do que proibido é crime tipificado pela Lei de Crimes Ambientais, proibido pela Constituição Federal que repele maus-tratos aos animais.

Vale repetir o texto constitucional:

“Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”

É transparente que a norma constitucional consagrou o direito à vida, o respeito aos animais, proibiu as práticas que submetam os animais à crueldade.

Assim, maltratar animais é crime. Não podendo o criminoso valer-se do tratado inciso VI como causa de exclusão de ilicitude.

## **9. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Por analogia, se assim não fosse, quem matasse alguém em um ritual em nome da liberdade da prática religiosa não estaria cometendo o crime de homicídio. O Estado estaria criando uma situação anômala onde todo ato seria permitido, não sendo considerado crime sempre que houvesse a alegação da incidência do artigo 5º, VI da constituição Federal. Estaríamos diante de uma verdadeira aberração jurídica.

Consideremos a situação A e a situação B: Na situação A, a título de liberdade religiosa, alguém utilizou um animal em ritual religioso causando-lhe sofrimento, na situação B alguém utilizou uma criança em ritual religioso semelhante causando-lhe sofrimento. Na situação B a Justiça Brasileira condenou o autor do fato, considerando o fato

noticiado como crime, e no caso A não condenou. É possível tal hipótese estar coberta de legalidade? Claro que não. Nos dois casos há crime, não podendo em um dos casos ser considerada a liberdade religiosa como excludente de ilicitude e no outro não, pois, se isto ocorrer, o Julgador estará atentando contra o Princípio Constitucional da Igualdade, já que “todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei” (Direito Constitucional, Alexandre de Moraes, 6ª Edição)

A própria Constituição Federal trouxe no seu bojo a seguinte norma:

“Ninguém poderá invocar crença religiosa para eximir-se de obrigação legal a todos imposta” (CF, art. 5º, VIII)

## **10. DA AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA E DOS CRIME DO ARTIGO 32 DA LEI 9605/98**

Por tudo que foi exposto, fica claro a incidência do artigo 32 da Lei nº9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, nos casos de uso de animais com sofrimento em rituais religiosos.

Deve-se salientar que o crime tipificado no artigo 32 da referida lei é crime de ação penal pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público promover a ação penal toda vez que estiver diante do uso com sofrimento de animais em rituais religiosos. Tal crime norteia-se pelos seguintes princípios: Princípio da Obrigatoriedade; Princípio da Oficiosidade; Princípio da Indisponibilidade; Princípio da Oficialidade; Princípio da Autoritariedade; Princípio da Indivisibilidade e Princípio da Intranscendência.

Dos Princípios citados, dois merecem destaque:

Princípio da Obrigatoriedade: “Identificada a hipótese de atuação, não pode o Ministério Público recusar-se a dar início à ação penal” (Curso de Processo Penal, Fernando Capez, 5ª Edição)

Princípio da Oficiosidade: “Os encarregados da persecução penal devem agir de ofício, independentemente de provocação” (Curso de Processo Penal, Fernando Capez, 5ª Edição)

## **11. CONCLUSÃO**

Conclui-se, portanto, que a utilização de animais em rituais religiosos, com as práticas tratadas no artigo 32 da Lei de Crime Ambientais é crime. Não servindo o artigo 5<sup>a</sup>, VI, da Constituição Federal como excludente de antijuridicidade. Atendendo-se assim a valorização constitucional da vida e da ética.



# Projecte Gran Simi: Llibertat per a les persones no humanes

Josep Lluís Viladot<sup>1</sup>

A la llum dels resultats de la recerca en etologia de la segona meitat del segle passat, i amb la lucidesa del pensament ja madur en ètica i filosofia de l'alliberament animal, el pensador Peter Singer (vegeu *Userda*, número 18) i companyies il·lustres com la primatòloga Jane Goodall han dut a terme el *Great Ape Project* (“Projecte Gran Simi”). Tal i com s’explica a la pàgina web <http://www.proyectogransimio.org/> el *Great Ape Project* (GAP) és una idea èticament avançada, una llibre i una ONG que pretén trencar les barreres entre les diferents espècies de grans simis (goril·les, humans, orangutans, ximpanzés) per a que tots ells tinguin drets fonamentals (a la vida, a la llibertat, a no ser torturats físicament ni psicològica; vegeu requadre). Aquest és un primer pas per a l’eradicació de l’especisme, com s’anomena a la discriminació per motius d’espècie, en la línia de les tesis d’*Animal Liberation* (1975 i 1990) i *In Defense of Animals – The Second Wave* (2005) de Peter Singer. Després que el pensament occidental ha superat la discriminació racial i sexista, ara toca a l’especisme. I per començar, les espècies més properes a la humana, els grans simis antropoides, que són també *persones* segons

---

<sup>1</sup> Sócio catalão do GREAT APE PROJECT.

en la definició singeriana com a ser autoconscient amb capacitat d'anticipar-se als fets i tenir desigs. Aquesta tasca cal fer-la ràpidament, ja que a l'hora que seqüenciem l'ADN del ximpanzé i descobrim que és igual a l'humà en gairebé un 99%, l'ONU publica en l'atlas dels grans simis que, excepte els humans, tots estan en perill de desaparició.

Imaginem que estem tranquil·lament amb la nostra família i uns amics al camp quan per sorpresa apareix una colla de salvatges ben equipats i armats, i per tal de segrestar a un de nosaltres s'estableix una lluita acarnissada i desigual. Com a resultat d'aquesta, probablement alguns dels atacats moren, potser a l'instant o potser més tard com a conseqüència de les ferides. El nucli queda desintegrat o desmembrat, i un dels supervivents és dut a una estreta gàbia pels raptors durant els propers 10 anys. El motiu? Possiblement exhibir-lo per entreteniments de cap de setmana o per fer-hi experiments científics sense el seu consentiment. Com ens sentiríem si fóssim aquest supervivent? Probablement ja haureu endevinat que els salvatges són humans i els atacats són animals no humans en el seu hàbitat natural. Doncs si aquests darrers fossin grans simis no cal massa imaginació per saber com es sentirien: probablement els seus sentiments de desesperació, stress, etc. en aquesta situació serien bastant similars als nostres.

Aquest objectiu que podria semblar una quimera ja està començant a donar els seus fruits. En aquests moments s'ha presentat al Congrés dels Diputats de l'estat espanyol una Proposició No de Llei per a que el govern s'adhereixi al Projecte Gran Simi, que en principi s'ha de debatre durant el primer trimestre d'aquest 2006, i arreu hi ha iniciatives aquesta línia com la història real que explico a continuació.

El passat 19 de Setembre, el professor Heron Santana, Promotor Públic del medi ambient de Salvador (Bahia), Brasil, presentà un *Habeas Corpus* per a la ximpanzé Suiça, que duia 10 anys tancada a la gàbia del Zoològic de Salvador. Un *Habeas Corpus* és una petició de llibertat per a persones il·legalment privades de la seva llibertat, i per descomptat mai s'havia demanat per animals no humans. Aquesta petició cal emmarcar-la dins la tasca que està realitzant el grup brasiler del GAP.

Sorprenentment, el jutge Edmundo, encarregat del cas, el va acceptar per al seu estudi, i això ja es va considerar una victòria parcial. Mentre

esperava rebre tota la informació del zoològic, a través de la xarxa mundial del GAP es va fer una demanda global de recolzament per ajudar al jutge a prendre la decisió correcta. Al nostre estat, el difusor de la notícia dins el GAP va ser l'activista Pedro Pozas, Secretario General del *Proyecto Gran Simio – España*. Nombroses cartes van ser enviades als Srs. Santana i Edmundo, i semblava que s'estava en el bon camí.

Sobradament, la ximpanzé Suiça va morir el proppassat dia 27 de setembre, i la reacció immediata va ser sol·licitar una investigació i es sospita que la causa de la mort ha estat l'enverinament. Possiblement s'havia aixecat massa polèmica al Brasil i s'havien rebut massa suports internacionals. Potser algun tenia por que a partir d'aquest cas es demanés un allau d'*Habeas Corpus* a diferents llocs del món. Ara, el grup brasiler ha demanat que es dictamini la seva llibertat encara que s'hagi mort, i que el seu cadàver sigui dut a un santuari de ximpanzés, i Suiça ha esdevingut la primera màrtir ximpanzé per aconseguir la llibertat dels seus.

Espero que aquestes ratlles us hagin fet reflexionar, i és que, com deia Gandhi, la sensibilitat d'un poble es mesura en com aquest tracta els altres animals.

## **DECLARACIÓ SOBRE ELS GRANS SIMIS ANTROPOIDES**

Demaneu l'extensió de la comunitat d'iguals perquè inclogui tots els antropoides: éssers humans, ximpanzés, gorilles i orangutans. Una comunitat d'iguals és una comunitat moral en què acceptem l'existència de certs principis morals i drets bàsics que governen les nostres relacions amb els altres membres i que poden fer-se complir per llei. Entre aquests principis i lleis hi ha els següents:

### **1. DRET A LA VIDA**

La vida dels membres d'una comunitat d'iguals ha d'estar protegida. No es pot matar els membres de la comunitat d'iguals excepte en circumstàncies estrictament definides, com per exemple la legítima autodefensa.

## 2. PROTECCIÓ DE LA LLIBERTAT INDIVIDUAL

No es pot privar arbitràriament de la llibertat els membres de la comunitat d'iguals; en el cas que algun d'ells fos tancat sense el corresponent procés legal, té dret a l'alliberament immediat. La detenció dels que no hagin estat inculpats d'haver comès cap "crim", o d'aquells que no siguin criminalment responsables, solament es permetrà en el cas de demostrar-se que és pel seu propi bé o per la necessitat de protegir els altres d'un membre de la comunitat que podria ser un perill si estigués en llibertat. En aquests casos, els membres de la comunitat d'iguals han de tenir dret a apel·lar un tribunal judicial, ja sigui directament, o en cas d'incapacitat, a través d'un advocat.

## 3. PROHIBICIÓ DE LA TORTURA

Produir deliberadament dolor a un membre de la comunitat d'iguals, tant si és de manera injustificada com en el suposat cas de beneficiar als altres és considerat com a tortura i és inadmissible.

Aquesta Declaració va aparèixer originalment al llibre *The Great Ape Project. Equality beyond humanity* editat (1994) per Paola Cavalieri i Peter Singer, que en van ser els primers subscriptors juntament amb tots els col·laboradors del llibre. Aquesta traducció al català està extreta d'<http://www.proyectogransimio.org/Catalan/index.htm>, on es pot signar electrònicament la Declaració i enviar-la a l'organització *Great Ape Project*. Existeix una traducció al castellà d'aquest llibre, publicada el 1998 per Editorial Trotta.







Literatura/  
*Essays & Arts*





## O Boi Balão<sup>1</sup>

Cora Coralina<sup>2</sup>

Novos ainda, saíam eles da “zona velha” onde tinham nascido e se criado. Na crise medonha do café, de 29, o pai ficará liquidado e só salvou mesmo, por milagre, o carro de boi, a carreta e os próprios bois que tinham emprestado para um vizinho e que esse, vendo as coisas malparadas, seguiu e só entregou depois de tudo o serenado.

A fazenda, seus talhões de café, benfeitorias, animais, carroças, carroções e ferramentas, colônias e coloniais de casa, tudo foi de “porteira fechada”. O dono saiu de bolso limpo, de nome limpo e sem dívidas. “Bom demais”, pensou ele.

A filha mais velha já estava casada e os filhos moços e fortes, acostumados com o pesado da fazenda; que fizessem pela vida...

O credor tinha sido o próprio banco. Só que banco não quer fazenda, não tem carteira especializada para isso. Banco o quer é mesmo seu dinheiro limpo e escorrido. Reconhecendo a capacidade honesta do devedor, as circunstâncias excepcionais daquela má liquidação, considerou mais vantajoso receber fazenda de forma condicional.

---

<sup>1</sup> Poema publicado originalmente em CORALINA, Cora. **O Tesouro da Casa Velha**. 4ª ed. Sel. Dalila Teles Veras. São Paulo: Global, 2001.

<sup>2</sup> Cora Coralina (1889-1985), poetisa goiana, foi uma das mais proeminentes representantes da poesia brasileira contemporânea tendo publicado seu primeiro livro de poesias aos 75 anos de idade.

Combinou com devedor para ele continuar na gerência, o preposto de confiança e ele, contemple com os lucros, pagar a dívida, o financiamento precisa para ter a fazenda em produção; e depois de tudo liquidado, receber seu título de quitação ficava, de novo, dono do seu.

O Fazendeiro concordou. Só não quis que os filhos ficassem ali, ajudando a pagar a dívida.

Tinha uma gleba no sertão, terra nova, mataria de primeira, na variante da Noroeste, onde estavam se abrindo novos patrimônios.

Qualquer estação inaugurada virava cidade, bastando que as terras de roda fossem boas. Por toda parte eram os corretores com seus mapas, sua boa propaganda, vendendo lotes a prestação e dando esperanças de graça.

Além dos agentes capacitados, agenciadores de empreiteiros recrutando trabalhadores braçais para o avançamento, as derrubadas, tiração de toras, lavragens dormentes.

Muita gente esperta já ia na frente do picadão, se firmando de posses e de cadernetas.

Conversou com os filhos. Que fossem, aventurassem. Dava a eles a gleba inculta. Metessem o peito e fizessem pela vida. Dava mais; o carro, a carreta, os bois e o cachorro. Ele ficaria ali no posto para salvar a fazenda. Falaram com o Severino. O preto, criado junto com os meninos, aceitou de ir com o Cizino e o Rogério, aonde eles fossem, no oco do mundo, até a barra dos infernos. Combinados, arrumaram no carro o que de mais precisava. Cobertas, redes suas mudas de roupa, algum traste à-toa, panelas, latas, mantimentos, sal, fumo, coisarada...

Que não esquecessem o saco de semente de capim, recomendou o pai, colonião, falou, aquilo ali é terra de colonião e boi. Plantassem capim e criassem vaca.

Numa fria madrugada de lua, o pai botou a bênção nos filhos e no Severino, 20, 22 e 24 anos. O carro, com suas juntas, levando engatada a carreta, deixou a cidade centenária de Jaboticabal e, cortando por Taquaritinga, Catanduva, Rio Preto e Mirassol, procurou as barrancas do Paraná e saiu na frente do picadão, aberto na mata. Aí entestou para o rumo da gleba, demarcando sem grilagens nem sete-donos pelo finado engenheiro, Took Look, que demarcou as melhores glebas do oeste e da noroeste paulista.

Terras limpas e de procedência insofismadas.

Iam tomar posse, antes que chegasse o bando de aventureiros, ávidos, e traficantes que vinham vindo na esteira dos dormentes...

Tomar posse, abrir lavouras e fazer benfeitorias.

Conheciam as confrontações. Já tinham estado ali com o pai quando foi feita a compra. Assentaram o lugar do rancho perto de uma agüinha e deram começo ao roçado.

O carro e os bois ficaram no cercado do vizinho mais próximo. Trouxeram nas costas o indispensável. Amarraram suas redes e acenderam o fogo. Tomaram da foice e do machado. Primeiro roçaram a paulama fina e a cipoadá. Depois o machado comeu no pau grosso e foi um estrondo. A mata se abrindo, se entregando, desvirginada. A mata se clareando e sol entrando, amarelando, ressecando folhas e galhadas. Depois fizeram o aceito bem-feito, raspado de enxada, acertado e retificado.

Numa véspera de domingo foi o fogo.

Passaram três dias na cás do vizinho. Tinha dado um barrufo de chuva quando voltaram. A roça nova tinha queimado bem. Não sobrou coivara. Um ou outro pau grosso ainda fumegava, se desfazendo numa mortalha de cinza.

O fogo respeitou o aceiro bem-feito. A madeirama verde, entalhada para dentro do roçado, ajudou a valer o aceirado e respeitar o mato. Agora era limpar o lugar, tirar a madeira e levantar o rancho, e, com a primeira chuva, plantar as manivas, covear o milho e jogar a semente do capim. O resto era com Deus.

A boiada não entrava ali de jeito nenhum... e também para quê? Só o Balão daria conta do serviço. O Balão veio. Vieram com ele a carreta, uns balaios de milho emprestado do vizinho, o resto das ferramentas. Foi rasgado o serviço.

Balão puxando a madeira do rancho: esteios, batentes, frechais, cumieiras, ripado de coqueiro para o encaibramento, barrotes. De manhã à noite, aquele serviço duro. E o boi manso, enorme, jungido à carreta, arrastando o madeirame pesado. Depois do rancho foi o paiol, foi a tulha e o chiqueirão.

Manso, alvacento, enorme, o Balão recebia sua espiga, que embolava com a palha e o sabugo, babando pelos lados. E no fim do

dia, deitado na cinza, tranqüilo, remoia sua espiga, seu tufo de capim, sua palma de coqueiro, esperando no dia seguinte mais serviço e mais paus para puxar.

Trouxe a carreta de telhas, trouxe o caixão e o sarilho do poço, trouxe tijolos e mais tudo quanto quisessem que ele trouxesse.

Choveu. A maniva molhou, o capim nasceu, as covas de milho cresceram. A roça agora não dava trabalho, não tinha sementeira.

Rogério e Severino foram com o carro e os bois puxar dormentes para o avançamento e para os desvios. Na roça, o Cizino e o Balão com a carreta explanavam os dormentes que o carro pegava.

A lavoura se botando. Eles, os irmãos, ganhando dinheiro e projetando levantar uma fazenda ali na gleba. Derrubar mato bastante, abrir roçado, plantar de grande um ano, depois empastar.

A terra preta baixa, perto do rio, não era terra de lacrar café. Eles vinham arrenegados de fazenda de café, com sua complicação, seu mundo de gente para seus serviços sem fim. Os preços sempre caindo e o governo sempre intrometendo, ditando leis, sem acertar.

Tinham ainda presente e a derrota do pai, entregando a fazenda de “porteira fechada” que eles ajudaram a formar, e que, já velho cansado, ainda estava pelejando por conta dos credores para salvar o trabalho de uma vida inteira. O tempo, agora, era do pasto e do bule, com financiamentos e facilidades e que o café nunca mereceu.

E foi indo e foi dando. O deus sol e deu chuva, deu o dia e deu noite, de um mês e de um ano, e a gleba foi desbravada com peões, empreiteiros, arrendatários, pondo roças enormes, pagando renda e plantando capim. Paióis e tulhas estavam ali abarrotados. Cercas e internadas divididas, gado se criando, jipes e caminhões buzinando, até um trator com um tratorista de fora. E ficou sendo chamada *Fazenda Farturão*.

Foi o boi balão que puxou todo o palanque das cercas, todas as estacas de aroeira; foi ele que arrastou os mourões enormes das porteiras e deixou na beira das retas; foi ele que trouxe de estação as bolas de arame, e deixou no lugar e dentro das internadas e pelos piquetes, os cochos pesados, furados de novo, onde o galo lambia o sal.

Foi o Balão que trouxe na carreta, da estação, a primeira partida de mudas de laranjeiras para a forma do pomar. Era ele que levava a

carreta de esterco, da mangueira, para o pé das covas de pessegueiros e abacateiros.

Já velho, ainda puxava toda a lenha que queimava o fogão da fazenda e mais a lenha dos moradores que pediam emprestado.

Sempre o Balão, alvamento, manso e pesado, remoendo seu tufo de capim, escorrendo sua baba tranqüila.

Já os moços estavam de família, tinham-se casado e criavam filhos. Tinham-se feito fazendeiros fortes, donos de invernadas, de dinheiro nos bancos e donos de muito gado.

Fazia tempo que o Severino tinha morrido, picada de cobra cascavel. Pisou mesmo na rodilha e foi o bote no pé. Arrancou facão para matar, cadê pau? Golpeou. Aí, foi outro bote no braço. Inda acabou matando e gritou: acode, Cizino, tou morto...

Cizino levou ele pro rancho. Não tinha remédio que prestasse. Benzimento não deu jeito. De tarde o preto tinha convulsão e porejava sangue, perdeu a fala. Quando chegou a seringa com a injeção, ele estava de queixo duro, de corpo atado. Veio a pasmo. Morreu na boca da noite. Velaram o morto, acenderam candeias, fizeram fogueira na sentinela da noite. De manhã, o vizinho trouxe o caixão, veio com gente. Levaram o morto na carreta. Foi o Balão que puxou.

Depois que voltaram do enterro, Rogério disse: – Agora só tem nós hem, cizino? – Não – falou Cizino –, inda tem o Balão.

Isso tudo tinha tempo de passado...

Os irmãos haviam separado a sociedade. Estavam ricos e já nem sempre combinados. Partiram tudo de acordo. Terras, pastos, invernadas, gado e dinheiro. Restava repartir a carreta e o Balão ficou para o Rogério.

Balão, já velho, teve aftosa e apanhou frieira. Não dava mais serviço, vivia deitado, o lambendo os cascos. Veio um comprador de vacas de corte. Vil o boi velho, sem ter seu, Rogério fez preço, levou no meio da vacada. E lá se foi o Balão manquejando, remoendo seu tufo de capim. Na saída refugou a porteira. Voltou mancando, troteando, berrando para a frente da casa. O vaqueiro botou o cavalo em cima, apertou e ele rompeu no bolo.

Cizino soube, por um peão da fazenda, do negócio entabulado e onde encontrava também o velho boi. Encontrou-se com o irmão e disse:

— Você tem coragem de vender o Balão?... Pois eu dou o dinheiro dele e solto no pasto pra morre de velho.

Rogério riu, achou graça naquilo.

— Deixa de bobagem, velhinho, o Balão entrou ontem mesmo no matadouro... A carne de vaca que você comeu hoje foi dele... O Durvalino mais Izidro quem comprou e disse que ia matar ontem mesmo.

Cizino teve ódio do irmão. Sentiu uma repelência no estômago. Uma agonia nauseante. Voltou-se para um lado, meteu o dedo na garganta e, ali mesmo, botou fora o almoço.

Carne do Balão... Parecia que tinha comido carne de gente.

# A viagem e volta do boi Milonga<sup>1</sup>

Newton Navarro<sup>2</sup>

“Se meu boi morrer  
Que será de mim?”  
(Toada do Bumba-meu-boi)

É tempo de sofrer, esse de agora, quando vai pela estrada de Rosário, vender Milonga. Arribou, de manhãzinha, pelo fim das estrelas, com a alva luzindo sobre o dorso das barras. Deixaram Milonga preso, no meio do curral, como condenado, desde a noite anterior, que era para não dar trabalho de procura pelo campo trevoso da madrugada. Chegadas as três horas, desamarrara o bicho que lhe pareceu mais manso, os dois grandes olhos fundos, como poças serenas, mas cheios dessa vida que há nas cacimbas perenes e era bem isso o amor de Milonga por tudo aquilo que deveria deixar: o campo, a casa, o povo e os bichos. Só não fez urrar porque então o moço não teria coragem de tomar a corda e o chapéu e se achar como agora estava, na estrada sozinha, no lusco-fusco da manhã cheirosa, a levar Milonga para o mercado da cidade.

---

<sup>1</sup> Esta crônica foi publicada originalmente em NAVARRO, Newton. **Obras completas**. Natal (RN): Fundação José Augusto: FIERN, 1998, p. 53-60.

<sup>2</sup> Newton Navarro Bilro (1928-1992) foi um reconhecido artista plástico, poeta e escritor potiguar. Ele escreveu o livro de contos “O Solitário Vento do Verão” (1961) e o de crônicas “Do outro lado do rio, entre os morros”.

E dizer que as necessidades faziam aquilo era o que mais doía. A semana inteira pensara no caso. Para todas as razões de se separar de Milonga encontrava sempre uma alternativa. Pulava de lado diante de tantas verdades difíceis da sua vida. Protegia o bicho com amor de macho enamorado. Mas as coisas apertaram de vez. Já se desfizera do saldo da safra anterior, do restante da farinha e de todo o milho do armazém. Não encontrara o que mais contar senão o boizinho manso, companheiro, quase gente, criado e vivido ali mesmo, naquele geral de sertão, desde bezerro sem mãe, nos quartos da cozinha, bebendo os primeiros leites na mamadeira, pelas mãos de Zefa, preta velha, filha de escravos.

Vender o boi não resolveria, era verdade, mas o dinheiro desafogaria um pouco. E desse pouco, a cruel medida, faria esteio para levantar mais confiança no dia de amanhã. Duro viver da gente que se abandona de bem por um bicho daqueles e um dia há de chegar com a crueza de um serviço que obriga a vender, afastar, levar de vez a cria que se fizera amor e agrado.

Sua passada mansa se alterna com o andar arrastão do animal. O dorso de milonga vai cheio de estrelinhas dos pingos de orvalho. Os olhos prendem os derradeiros brilhos da alva e, inquietos, agora vão demorando em tudo, pelo estradão, nas cercas que margeiam os campos estragados, no milharal seco e retorcido, na vazante rasa: somente a fronde dos umbuzeiros maior e mais viva. Lá para detrás das sebes de favela bate um chocalho de cabra. A manhã se descobre em claridades que vão mostrando as cumeadas da serra.

A vida das coisas renasce, sonora e clara e, no entanto, em seu coração, o moço sente uma sombra opressiva de remorso e mágoa. Por que tudo contrasta com a certeza que tem em sua missão de levar Milonga para o mercado da cidade? A bem dizer: para entregá-la à morte?

Embora atento a tudo o que está acontecendo, Milonga tem a costumeira pose de cansada, o pescoço arriado, a cabeçorra mais pesada, cheia dessa tristeza que o condenado carrega a caminho do castigo. Saberá, pelo instinto, que viajar naquela manhã não é coisa de sempre, modo diverso do costume viageiro de madrugadas antigas, quando aproveitava o tempo sereno do amanhecer para uma arribada? Por que

esse olhar carregado, essa chama funda que a estrela da manhã reacende e parece avivar?

O moço imagina que, a contar pelo tempo andado, logo estará às portas de Rosário, nos eucaliptos, pouso de vaqueiros que demandam a feira e deixam ali as montarias. Sua inquietação cresce à medida que o seu viajar se alonga na estrada. OS cheiros da mata molhada confortam o moço que vai pesado de indagações. Não será fácil chegar a Rosário, atravessar o largo da igreja, passar pela Prefeitura, descer a ladeira da usina de força e chegar ao portão do matadouro para deixar Milonga. Cada passo daquele será um quadro de sacrifício. Bem faria se ajuntasse de vez o já feito, todo aquele andar vagaroso de ida para a cidade e se botasse nos rumos de casa, deixando Milonga à solta e fosse ele, na alpendrada, imaginar coisas novas, planos, cavando na lembrança outras ajudas.

Aos seus olhos, a paisagem do dia renovado parece incomodar seus remorsos. Saber tudo tão feliz e ele a arrastar pela corda, como quem leva um criminoso, o boizinho que nem para o campo deixou servir, sempre por perto da casa-grande, como gente, nos serviços caseiros. Seria certo o que estava a fazer? Imaginava-se dono de culpa maior, como se levasse uma pessoa, naquele ofício penoso, a caminho da matança.

Os verdes ressumam diante do céu azul. Anuns parecem brotar dos tocos amarelos do milharal desarvorado e no chão da vazante, que segue a estrada até bem perto da cidade, o grupo esguio das carnaúbas espana o claro do tempo, tangendo com as palmas punhados de graúnas inquietas.

Tudo tem uma alegria primitiva e livre. Somente o boi Milonga vai de pescoço arriado, a sentença de morte nos olhos fundos, a cauda esfiapada abanando lentamente, inquieta. Já os brilhos do orvalho vão morrendo no dorso do animal. O pêlo grosso seca ao sol, mas o olhar se acende na claridade, mortiço. Vez por outra a grande língua áspera roça os beiços e a baba escorrega, em longos pingentes, que a luz enfeita de brilho, enquanto os mosquitos ficam a circular em vôo desordenado.

E quanto valerá Milonga? O moço esconde uma das mãos no bolso do casaco e fica recontando nos dedos, a medo, o preço cobiçado. Um a um e voltam a recomçar os lances. Se irrita. Procura conter-se. Não, isso não seria justo: botar preço no boi, ainda vivo, ao seu lado, entregue à sua vontade maldosa.

Na curva da estrada, já avistando os eucaliptos, Milonga puxou a corda refreando o arrastão. Alteou o pescoço, olhando com demora o campo em derredor. Só vendo: soltou um urro entre lamentoso e aterrador. Mas em sons abafados, sem tons de revolta, como desabafando uma grande carga do peito. Depois, derreou a cabeça e por ele mesmo reatou a caminhada. Um anum granou alto, sobre a sua cabeçorra. O moço, com um gesto, tangeu seus pesares para longe, o chapéu de couro na mão e se fez mais decidido na caminhada. O urro ecoava acusador em sua lembrança. Repetia-se partido em sonâncias demoradas, mas que fazer, se Rosário já se descobria por detrás das ingazeiras, com a torre branca da igreja, o telheiro alto da delegacia e as seteiras da estação?

Atravessou o pátio da igreja com o coração oprimido. Conversou com alguns conhecidos, dizendo sua intenção de vender o boizinho de cria. Estavam parado à sombra do fícus, junto à bodega. Deixara o animal à distância e depois se achegara até o balcão da casa para bebericar. Espantar os medos, refrescar o cansaço. Mas a conversa contrariou seus propósitos. Chegaram a ajuizar melhor, aditando conselhos, que não vendesse o boizinho, que o tempo não daria preço de valor para o bicho. Esperasse mais...

Isso dóia e ele calava, sabia Deus como. Era funda aquela dor, mais ainda quando nos outros não encontrava apoio e suas razões caíam por terra.

Saiu para o pátio, tomou a ponta da corda, sem coragem de olhar Milonga e se pôs a caminho da ladeira. A pancada do motor da usina tomava a manhã. Depois da Prefeitura se defrontou com a fachada escura da Cadeia. As três janelas engradadas com ferros sujos chocaram-se com o seu olhar. Na calçada alta o soldado de ronda tocava realejo. Coisa triste, imprópria para a função de vigilante. Devia ser proibido, pensava o moço, aquele comportamento nas horas de serviço, à porta da cadeia, na cara dos presos, provocador.

De fato, por detrás das grades, na sombra suja da sala, duas figuras olhavam serenas a passagem do moço. Um, mais velho, tinha a cabeça raspada. O segundo, quase um menino, deixara-se engraçar pelo boizinho. Aproximou-se o quanto pôde das grades. Apertou-se aos ferros, ansiando. Suas mãos agarraram-se às barras nodosas e os olhos fixos

pareciam soltos, devoradores. A melodia do realejo aticava sua ânsia. A fisionomia se destacando forte na moldura da janela intransponível, as mãos nervosas fora das grades, esvoaçantes.

A essa altura o moço atravessava o pátio fronteiro, com Milonga ainda mais pesaroso, puxado pela corda. O prisioneiro estendeu o mais que lhe era permitido a mão magra, acarinhando o vazio, depois estalou os dedos como a chamar, carinhoso, o boi. O soldado interrompeu a melodia e repreendeu o detento. Retomou o realejo e desatou a melodia interrompida. O boi cruzou o largo e foi descendo em direção do matadouro.

Quem já não suportava os remorsos era o rapaz. A tudo resistira, menos àquele olhar do preso e o seu jeito brejeiro, agradando de longe, da sua desdita, o boizinho. Que conforto não lhe teria deixado na alma (quem sabe?) a figura de Milonga, como ele condenado, também, pelos homens ao facão, nos corredores da matança? Suas últimas resistências se afrouxavam de vez. O sol, já alto, castigava. O moço parou resoluto, limpou o suor da testa, enrolou com mais firmeza a ponta da corda na mão e deu a volta, nos rumos da saída de Rosário. Cruzou outra vez a praça da igreja, o pátio da bodega onde passou sem olhar os companheiros, se indo.

Milonga atendia a tudo com presteza calma. Seu olhar traduzindo a mesma pachorra, a passada leva, as ancas rebolando. Na porta do Grupo Escolar, os primeiros alunos aguardavam a chegada da professora. Um deles, de repente, gritou alegremente, acenando para Milonga:

- Vá, boizinho bonito!

Vá, meu boi...

Aquilo fazia feliz o moço, feliz a não mais poder. Levantou o braço na direção dos garotos e repetiu, em agradecimento, mais alto, a saudação:

- Vá, boizinho bonito!

Vá, meu boi, vá, vá!...

Chegaram à fazenda antes do meio-dia. A turma da casa se alvoroçou. Os meninos acarinharam Milonga. O boizinho comeu sua ração na mão, como antigamente. E se deixou montar, num passeio mais longe, pelas pedras do rio.

À noite, descansou mais cedo, junto ao mourão, as estrelas altas refletidas nos olhos. Dava mostras de cansaço do viajão. Dormiu sossegado e feliz.

Assim foi encontrá-lo o moço, na manhã alta e nova. O rastro da cobra, na areia frouxa. A picada fatal entre o pêlo ralo, junto ao casco. A terra em torno revolvida: o animal ter-se-ia inquietado na agonia sobre o chão de estrume. Agora, parecia sereno, no sono. Quando o moço repuxou a pálpebra pesada, já endurecida, descobrindo o olho, julgou ver, na íris onde uma ou outra formiga passeava, a estrela-da-manhã refletida.

- Êta, boizinho bonito!

Vá, meu boi, vá!

## A Filosofia do outro

Heron Santana

Quem te disse que os animais não têm alma?

Que não amam e não sentem dor?

Quem te disse que os animais não têm medo,

que não pensam e não têm desejo?

Porque voce se acha tão diferente,

e pensa que é superior?

Porque sua vida vale mais do que as outras

Os seus sonhos não são os únicos que estão em jogo

Onde estão seus critérios de justiça?

Que fim levou seus compromissos morais?

O que fizeram de seus princípios jurídicos?

Para onde foram seus valores universais.

Voce já pensou naquilo que come?

E a crueldade no seu coração?

Voce seria capaz de se colocar no lugar dos animais?

O que voce entende pela palavra compaixão?

E lá no fim da estrada  
Lá onde as trevas não alcançam  
Um velho sábio se espanta  
Chorando as dores do mundo

## **The Philosophy of the others**

Who did tell you that animals don't have soul  
Don't love and don't feel pain  
Who did tell you animals don't fear  
Don't think and don't have desire?

Why do you think you are so different?  
What makes you feel like superior?  
Why your life is more precious than others?  
Your dreams are not the only one that worthwhile

Where are your fair play?  
What was the destiny of your moral commitments?  
What happened with your legal principles?  
Where are your universal values?  
Have you ever thought about your meal,  
And cruelty in your heart?  
Could you be able to put yourself in the animal's place?  
What does compassion mean to you?

And there, in the end of the road  
Where the darkness doesn't hit  
An old wise man agonize himself  
Crying for the world's pain

## **Le Philosophie de L'Autre**

Qui t'a dit que les animaux n'ont pas d'âme?  
Qu'ils ne sentent pas la douleur?  
Qui t'a dit que les animaux n'ont pas peur?  
Qu'ils ne pensent pas et n'ont pas de désirs?

Pourquoi penses-tu être tellement différent?  
et penses-tu être supérieur?  
Pourquoi ta vie vaut-elle celle des autres?  
Tes rêves ne sont pas les seuls qui sont en jeu

Quels sont tes critères de justice?  
Où en sont tes compromis moraux?  
Qu'as-tu fait de tes principes juridiques?  
Quelles sont tes valeurs universelles?

As-tu déjà pensé à ce que tu manges,  
A la cruauté de ton cœur?  
Serais-tu capable de te mettre à la place des animaux?  
Qu'entendes-tu par "compassion"?



Et là-bas, au bout du chemin  
Là où l'obscurité n'arrive pas  
Un vieux sage s'étonne  
Et se met à pleurer toutes les pains du monde





**Jurisprudência/  
*Cases***





**Decisão (liminar/antecipação  
da tutela) de ação ordinária  
em que se discute sobre  
objeção de consciência do  
autor à sua participação em  
aulas práticas com uso de  
animais**

Juiz Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior

**AÇÃO ORDINÁRIA (PROCEDIMENTO COMUM  
ORDINÁRIO) Nº 2007.71.00.019882-0/RS**

AUTOR: RÓBER FREITAS BACHINSKI  
ADVOGADO: RICARDO ATHANASIO FELINTO DE OLIVEIRA  
RÉU: UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS

## DECISÃO (LIMINAR/ANTECIPAÇÃO DA TUTELA)

**1- RELATÓRIO.** Trata-se de ação ordinária em que se discute sobre objeção de consciência do autor à sua participação em aulas práticas com uso de animais nas disciplinas de Bioquímica II e Fisiologia Animal B do curso superior de Ciências Biológicas, bem como sobre requisitos prévios ao sacrifício de animais e à vivisseção em aulas práticas desse curso. A petição inicial é acompanhada de documentos (fls. 02-125), tendo sido distribuída à Vara Cível. O autor requereu a redistribuição a essa Vara Ambiental (fls. 127-128), o que foi deferido (fls. 129). Vieram os autos conclusos. É o relatório. Decido.

**2- FUNDAMENTAÇÃO.** Sobre a competência dessa Vara Ambiental, essa Vara Federal é competente para processar e julgar essa ação em razão das questões discutidas e da condição do réu. As questões discutidas dizem respeito com o direito ambiental e a utilização de animais em aulas práticas de curso universitário, existindo inclusive previsão de crime na Lei Ambiental relacionado a determinadas práticas (art. 32-§ 1º da Lei 9.605/98), o que atrai a competência dessa Vara especializada (Resolução TRF4ªR 54/2005). Além disso, o réu é uma autarquia federal, o que atrai a competência da Justiça Federal (art. 109-I da CF/88). Por isso, **reconheço a competência dessa Vara Ambiental.**

**3- Sobre a assistência judiciária gratuita, defiro a assistência judiciária gratuita** para a parte autora, com base no que foi alegado e provado nos autos.

**4- Sobre a liminar,** é necessário desde já enfrentar o pedido de antecipação de tutela formulado pelo autor porque, do contrário, haveria risco de ineficácia da medida porque algumas das providências dizem respeito com a participação do aluno em atividades didáticas desse semestre letivo, que se encontra na

iminência de ser concluído. Logo, se o exame da liminar fosse postergado para depois da resposta do réu (60 dias), o semestre letivo já teria encerrado e o autor provavelmente já estaria reprovado nas disciplinas, vendo perecido seu direito à objeção de consciência que discute nessa ação. Não haveria mais tempo hábil para práticas alternativas às aulas práticas e o aluno provavelmente estaria impossibilitado de matricular-se em outras disciplinas subsequentes que dependessem da aprovação nas disciplinas atualmente freqüentadas. Por isso, **conheço do pedido de liminar sem audiência da parte contrária.**

**5- Sobre o objeto da ação**, naquilo que interessa ao exame da antecipação de tutela, não há dúvida que é complexo o objeto da presente ação, envolvendo um conflito entre interesses relevantes. De um lado, está o aluno, enquanto autor, que apresenta objeção de consciência à participação em determinadas atividades didáticas que envolvam práticas com sacrifício de animais vivos em duas disciplinas específicas do curso superior que freqüenta, alegando que existem alternativas àquelas práticas que deveriam lhe ser permitidas. De outro lado, está a Universidade, enquanto ré, que negou a objeção de consciência e entendeu que o aluno deve se submeter integralmente ao programa das disciplinas, inclusive realizando as aulas práticas propostas pelos professores sob pena de reprovação. É o conflito entre esses dois interesses que esse Juízo deverá resolver, buscando a solução que melhor atenda a legislação vigente e a Constituição Federal. É certo que a questão é extremamente complexa e controvertida, demandando contraditório e instrução probatória. Portanto, a presente liminar não deve ir além do que é imprescindível para assegurar o direito discutido, relegando para a sentença a apreciação de questões que podem aguardar a formação do contraditório e da instrução. Ainda que não se trate de medida cautelar mas de antecipação de tutela, esse Juízo terá em vista o caráter provisório da medida postulada, examinando

nesse momento tão-somente o que é necessário para evitar danos graves às partes e relegando a apreciação das demais questões litigiosas para a sentença, à luz do contraditório e das provas produzidas no curso da ação.

**6- Sobre o direito discutido na ação**, a leitura da petição inicial e dos documentos que a instruem permite que esse Juízo identifique os valores constitucionais que estão em jogo. Não há dúvida que a figura do professor tem liberdade de atuação em sala de aula (art. 206-II da CF/88) e que as universidades gozam de autonomia didático-científica para definir as atividades de ensino e pesquisa (art. 207 da CF/88). Mas essa autonomia universitária encontra limite nos direitos dos alunos à liberdade de consciência (art. 5º-VI da CF/88) e convicção filosófica (art. 5º-VIII da CF/88), à vedação de tratamento discriminatório (art. 3º-IV da CF/88), ao pluralismo político (art. 1º-V da CF/88) e, principalmente, ao pluralismo de idéias e concepções pedagógicas no ensino (art. 206-III da CF/88). No momento em que o aluno apresenta objeção de consciência contra determinada prática, cabe examinar se a mesma está protegida pelo ordenamento jurídico e merece acolhimento pelo Poder Público.

7- Ora, o autor apresentou essa objeção de consciência frente à Universidade que freqüenta, solicitando dispensa de atividades didáticas com animais em duas disciplinas, o que foi recusado pela Universidade. A conduta do aluno é elogiável porque busca discutir clara e abertamente uma questão que, embora complexa e polêmica, é muito relevante num curso que propõe trabalhar com seres vivos e compreender seus mecanismos de funcionamento, entre outras questões.

8- A questão certamente será debatida pelas partes no curso desse processo, com contraditório e instrução probatória. Entretanto, em sede de

antecipação de tutela, esse Juízo não pode deixar de registrar que parece relevante a objeção de consciência apresentada pelo aluno porque:

(a) é um direito do aluno manter-se fiel às suas crenças e convicções, não praticando condutas que violentem sua consciência nem vendo-se privado de suas possibilidades discentes por conta disso (art. 5º-VI e VIII da CF/88);

(b) não parece que o aluno esteja tentando furtar-se à “*obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei*” (art. 5º-VIII da CF/88), uma vez que o aluno busca justamente ver assegurado seu direito à prestação alternativa não-discriminatória;

(c) o aluno não poderia ser discriminado (art. 3º-IV da CF/88) por conduzir-se de acordo com os ditames de suas crenças e de sua consciência, o que acaba ocorrendo quando é reprovado ou tem sua nota diminuída numa disciplina porque se recusou a participar de uma determinada prática que violentaria suas convicções, como é o caso de aulas práticas com a utilização de animais mortos especialmente para isso;

(d) o professor e a instituição de ensino não podem impor aos alunos uma única visão didática, sem respeitar outras alternativas disponíveis e viáveis, uma vez que isso afronta os valores constitucionais do pluralismo político (art. 1º-V da CF/88), a liberdade do aluno (art. 5º-VI e VIII da CF/88) e a diretriz constitucional de que o ensino deve respeitar o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas (art. 206-III da CF/88);

(e) a objeção de consciência devidamente formalizada pelo aluno não decorre de mero capricho nem é arbitrária, encontrando amparo em diversas posturas sociais e movimentos de defesa de direitos em que indivíduos ou grupos defendem que os animais mereçam respeito enquanto animais e que têm direitos que devem ser protegidos contra a atuação humana desnecessária,

inclusive havendo menção na petição inicial a diversos grupos e sites onde são disponibilizados recursos e métodos alternativos às aulas práticas com animais mortos;

(f) a objeção de consciência do aluno também encontra amparo constitucional no art. 225-VI e VII da CF/88, que impõe ao Poder Público a promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino (defendendo o autor que faz parte do ensino da biologia o valor “vida”) e que veda práticas que submetam os animais a crueldade (como seria o caso do sacrifício desnecessário para as práticas didáticas adotadas nas duas disciplinas questionadas), destacando-se aqui que a crueldade não está na utilização em si dos animais em atividades didáticas, mas na sua utilização *desnecessária* nessas práticas quando o aluno se opõe a elas e pretende métodos alternativos de ensino, cabendo aqui referir a lúcida doutrina de ERIKA BECHARA no sentido de que *“crueldade, para a Constituição, não é todo e qualquer ato atentatório da integridade físico-psíquica do animal, eis que atos atentatórios de sua integridade físico-psíquica haverão em perfeita consonância com a Lei Maior, quando e desde que eles se façam imprescindíveis para a obtenção e manutenção de direitos fundamentais da pessoa humana”*, sendo que *“tendo em vista que o ato ‘materialmente’ cruel que se ponha (realmente) indispensável para a saúde, bem-estar, dignidade de vida - só para citar alguns dos principais direitos humanos - será tolerado pelo ordenamento jurídico, podemos dizer que a ‘crueldade’ a que se refere o art. 225, § 1º, inciso VII do Texto Maior há de ser entendida como a submissão do animal a um mal ALÉM DO ABSOLUTAMENTE NECESSÁRIO. Contrario sensu, submeter o animal a um mal nos estreitos limites do ‘necessário’, não implicará infração ao suso citado dispositivo constitucional”* (BECHARA, Érika. *A proteção da fauna sob a ótica constitucional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, pp. 82-83);

(g) aquela objeção de consciência do aluno também é fruto de uma especial percepção do princípio da

dignidade da pessoa humana (art. 1º-III da CF/88), partilhada pelo aluno com diversos outros grupos de pessoas da sociedade, que defendem que os animais não devem ser sacrificados de forma desnecessária, devendo-se sempre buscar os meios menos gravosos quanto a essas práticas de ensino e consumo, confirmando assim a percepção inicial desse Juízo de que a postura do autor não provém de arbítrio ou capricho, mas de sua própria consciência e de uma postura profundamente comprometida com a preservação de todas as formas de vida, não apenas da vida humana;

(h) a questão posta na objeção de consciência é tão relevante que o próprio legislador penal a considerou na edição da Lei Ambiental, instituindo uma figura típica específica no art. 32-§ 1º da Lei 9.605/98 (*“incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos”*);

(i) a correspondência eletrônica que o autor trouxe às fls. 68, encaminhada pelo Diretor do ICBS da UFRGS para o aluno, menciona que não havia solicitado a compra de rã para as experiências da disciplina de Fisiologia Animal II porque havia solicitado (e insistido) para que o Departamento solicitante encaminhasse os planos de ensino das aulas e a justificativas para a compra dos animais e não obteve resposta, não tendo condições de que isso fosse sujeito à aprovação pelo Comitê de Ética em Experimentação Animal da UFRGS. Não há dúvida que parece correta a postura do remetente daquela correspondência eletrônica, não levando adiante a solicitação de aquisição de animais para aulas práticas se o professor-solicitante não encaminha os planos de ensino e justificativa adequada para fazê-lo, mas isso talvez indique que realmente alguns professores da UFRGS não sejam criteriosos como seria de se esperar quando submetem os alunos a aulas práticas com animais, reforçando

assim os motivos declinados pelo autor em sua objeção de consciência;

(j) além disso, as correspondências eletrônicas de fls. 123-124 trocadas entre o autor e o professor da disciplina de Bioquímica II dão conta de que “*as aulas práticas fazem parte do conteúdo da disciplina, são obrigatórias*”, recomendando ainda que “*se tu não te sentes capaz de fazer tais aulas, acho que deves desistir da matrícula*” (fls. 124). Isso é repetido na solicitação de parecer jurídico pelo Coordenador da COMGRAD/BIO: “*o ingresso no curso de Ciências Biológicas é uma escolha pessoal, mas ao optar por sua realização, os alunos devem saber que o curso é pensado segundo uma lógica que vem desde a sua criação e que tem como objetivo formar um profissional competente e capaz de discutir e gerar conhecimento teórico, mas validado pela prática experimental. Esta comissão entende que o aluno, ao matricular-se no curso de Ciências Biológicas, aceita seguir o currículo do curso e cumprir todos os requisitos necessários para a colação de grau*” (fls. 58). Embora a questão mereça melhor aprofundamento com contraditório e instrução, não se pode negar que a solução apresentada pelo professor ao aluno (e aparentemente ratificada pelo Coordenador) não é condizente com os direitos do aluno à liberdade de consciência e convicção (art. 5º-VI e VIII da CF/88), à vedação de tratamento discriminatório (art. 3º-IV da CF/88) e ao pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas que deve nortear o ensino (art. 206-III da CF/88). Isso porque a opção que o professor deixa ao aluno é discriminatória: abandonar o curso, cancelar a matrícula. Ora, parecendo relevante a objeção de consciência que suscitou o aluno, caberia ao professor e à instituição de ensino pública oferecerem uma alternativa didática ao aluno que não violasse suas convicções e garantisse a aprendizagem. Mas não é isso que é feito, optando o professor por aconselhar o aluno abandonar o curso. Ou seja, o aluno é discriminado por suas convicções e por comportar-se de acordo

com aquilo que *razoavelmente* acredita ser correto;

(I) embora a UFRGS ainda não tenha sido citada nem respondido à ação, sua posição está consubstanciada em documentos administrativos trazidos pelo autor (manifestação do professor da disciplina de bioquímica de fls. 55-56; solicitação de parecer jurídico pela coordenação da COMGRAD/BIO de fls. 58-59; e parecer da Procuradoria da UFRGS de fls. 60-64), dando conta de que não haveria opção para o aluno senão desistir do curso (“*a única maneira de não se submeter licitamente à obrigação legal é renunciando à condição de aluno, o que é perfeitamente possível*” - fls. 64), o que não parece possível acolher nesse momento sem que a questão tenha sido exaustivamente discutida e provada pelas partes. Além disso, o contraditório e a instrução serão imprescindíveis para que a UFRGS possa demonstrar que não existem formas alternativas de ensino capazes de substituir as tais aulas práticas objetadas pelo aluno (que inclusive não eram ministradas nas disciplinas em outros semestres) e que tais práticas são imprescindíveis para a graduação do aluno naquele curso. Até que exista essa prova conclusiva que permita a prolação de sentença definitiva, é de ser protegido o direito do aluno discutido nessa ação, na forma que se determina nessa decisão.

**9- Sobre as medidas liminarmente requeridas pelo autor** (fls. 43-44), pretende o autor o deferimento de antecipação de tutela para: (a) suspender imediatamente a decisão do processo nº 23078.020775/06-35 que negou a objeção de consciência ao autor (item 64-a de fls. 43); (b) determinar que o réu providencie junto aos professores responsáveis pelas disciplinas de Bioquímica II e Fisiologia Animal B que “*elaborem trabalhos alternativos para o autor, em substituição às aulas práticas com uso de animais, sem distinção de grau para avaliação do autor, sendo que tais trabalhos deverão ter o reconhecimento da Universidade como sendo suficientes para garantir o aprendizado do autor nas disciplinas referidas, apresentando integral validade para*

*fins de aprovação final do autor e conclusão do curso de bacharelado em Ciências Biológicas” (item 64-b de fls. 43-44); (c) determinar que o réu reconheça o direito de objeção de consciência do autor relativamente a todas as aulas práticas que utilizem animais no curso de Ciências Biológicas, permitindo ao autor optar por trabalhos alternativos não-discriminatórios (item 64-c de fls. 44); (d) determinar que o réu apresente “relação das disciplinas do curso de ciências biológicas que usam animais em aulas práticas, a quantidade e a espécie do animal, bem como a justificativa didática para tal uso, esclarecendo, ainda, porque os recursos alternativos disponíveis, por exemplo utilizados em outras Universidades ou disponíveis no site da Interniche, não são adequados para serem adotados pela ré, sob pena de multa” (item 64-d de fls. 44); (e) determinar que o réu “suspenda imediatamente o sacrifício de animais ou prática de vivisseção para aulas práticas do curso de Ciências Biológicas, sendo que tal determinação somente poderá ser afastada mediante a apresentação nos autos conjunta de: i) justificativa didática acerca da necessidade do uso e mais ii) declaração de inexistência de recurso alternativo para uso do respectivo animal pelo Comitê de Bioética da ré, com antecedência prévia de 10 (dez) dias (ou outro prazo a ser designado pelo juízo) ao uso do animal” (item 64-e de fls. 44-45). Considerando o que foi exposto acima, passo ao exame desses pedidos, como segue.*

**10- Sobre a liminar do item 64-a de fls. 43,** existe verossimilhança no direito alegado e provado pelo autor, uma vez que aparentemente sua objeção de consciência é relevante e séria, cabendo à instituição de ensino oportunizar alternativas para que o aluno realize as atividades discentes e didáticas sem prejuízo de seu direito quanto às aulas práticas. Também existe o risco de prejuízos ao autor pela demora inerente ao processo judicial, uma vez que o semestre letivo está em curso e é evidente a resposta do réu quanto ao indeferimento administrativo do requerimento do autor, não sendo possível que esse Juízo permitisse a ocorrência de prejuízo definitivo

ao autor (reprovação nas disciplinas ou desistência do curso por conta de sua objeção de consciência). Por isso, **defiro a medida liminar** para determinar a imediata suspensão da decisão do réu no processo 23078.020775/06-35 (que negou a objeção de consciência ao autor) e de seus efeitos.

**11- Sobre a liminar do item 64-b de fls. 43-44**, enquanto a questão não for definitivamente resolvida em sentença, após contraditório e instrução, deve ser amparado o direito do autor à objeção de consciência, cabendo ao réu adotar as providências necessárias para estabelecer e oferecer ao aluno práticas alternativas às aulas práticas com animais nas disciplinas de Bioquímica II e Fisiologia Animal B, evitando que venha a ser reprovado apenas pelo fato de exercer sua liberdade de consciência e convicção. Por isso, **defiro a medida liminar** para determinar que o réu providencie junto aos professores responsáveis pelas disciplinas de Bioquímica II e Fisiologia Animal B que *“elaborem trabalhos alternativos para o autor, em substituição às aulas práticas com uso de animais, sem distinção de grau para avaliação do autor, sendo que tais trabalhos deverão ter o reconhecimento da Universidade como sendo suficientes para garantir o aprendizado do autor nas disciplinas referidas, apresentando integral validade para fins de aprovação final do autor e conclusão do curso de bacharelado em Ciências Biológicas”*, devendo tais providências ser adotadas em tempo hábil à conclusão do semestre letivo pelo aluno em igualdade de condições com os demais estudantes matriculados nas disciplinas e devendo o réu comprovar no prazo da resposta o integral cumprimento do que foi decidido, tudo sob pena de multa.

**12- Sobre a liminar do item 64-c de fls. 44**, não parece prudente que esse Juízo deferisse nesse momento uma liminar com alcance tão amplo como o pretendido, uma vez que não parece que exista nesse semestre letivo nenhuma outra disciplina com tais aulas práticas (além da Bioquímica II e Fisiologia Animal B), sendo conveniente que cada situação seja devidamente discutida e debatida no

momento próprio, evitando-se uma situação que possa transformar o direito em abuso de direito. Ademais, a forma genérica como está formulado o pedido (“... *relativamente a todas as aulas práticas que utilizem animais no curso de Ciências Biológicas ...*” - fls. 44) é demasiado ampla e poderia ser interpretado como envolvendo qualquer utilização de animais, o que não corresponde ao que é discutido nessa ação e teria uma amplitude que extrapolaria o proporcional e o razoável. É conveniente então que cada situação seja tratada com a especificidade que merece, cabendo ao autor requerer ampliação da antecipação de tutela se, nos próximos semestre letivos, tiver de cursar outras disciplinas que envolvam práticas cruéis ou que considere cruéis em relação a animais. Por isso, ressaltando reexaminar a questão oportunamente se necessário, **indefiro essa liminar** do item 64-c de fls. 44 por ausência nesse momento de risco de prejuízos de difícil reparação.

**13- Sobre a liminar do item 64-d de fls. 44**, embora pareça variar semestralmente a exigência ou não de aulas práticas nas disciplinas do curso, é conveniente que o réu traga aos autos, no prazo da contestação, a relação das disciplinas e os demais dados requeridos pelo autor, que permitirá a adequada apreciação da lide e o controle da liminar por esse Juízo. O prazo requerido de 72 horas, entretanto, é exíguo e deve ser dilatado para o prazo de resposta do réu, permitindo que a UFRGS obtenha as informações com os diversos órgãos universitários e tenha condições de um prova completa e conclusiva. Por isso, **defiro parcialmente a liminar** para determinar que a UFRGS apresente, no prazo da contestação, relação das disciplinas do curso de ciências biológicas que usam animais em aulas práticas, a quantidade e a espécie do animal, bem como a justificativa didática para tal uso e comprovando de forma justificada a impossibilidade de oferecer aos alunos recursos alternativos à prática.

**14- Sobre a liminar do item 64-e de fls. 44-45,** esse Juízo não se sente autorizado, apenas pelo que consta dos autos até esse momento, em deferir o que está sendo postulado quanto a esse tópico da medida liminar. Não houve requerimento administrativo dessa providência no âmbito da UFRGS pelo aluno (o requerimento de fls. 50-52 não esgota essa questão), nem há uma comprovação efetiva dos procedimentos e requisitos que são utilizados pela UFRGS nas aulas práticas que apontassem alguma ilegalidade ou abusividade que viesse sendo cometida. Ao contrário, consta dos autos uma correspondência eletrônica do Diretor do ICBS (fls. 68) dando conta de que exigiu do professor de determinada disciplina que encaminhasse o plano de ensino e justificasse o pedido para compra de rãs para serem utilizadas em aulas práticas, reiterando o pedido ao professor e não o atendendo porque isso não foi observado pelo professor da disciplina, o que aponta para a existência de procedimentos internos de controle que visam assegurar os procedimentos legais e éticos exigíveis. Além disso, existe norma penal incriminando os abusos nas atividades didático-científicas (art. 32-§ 1º da Lei 9.605/98) que, embora realmente não alcance a UFRGS enquanto pessoa jurídica, alcança as pessoas físicas responsáveis pelas práticas cruéis com animais vivos, o que parece suficiente nesse momento para garantir a proteção ambiental mínima devida aos seres vivos. É prudente que se aguarde a resposta do réu e a instrução probatória para que esse Juízo deferisse a tutela jurisdicional postulada se isso for necessário e se ficar comprovada a ocorrência de alguma ilegalidade ou abuso por parte do réu. Até lá, não vejo como possa ser deferida a medida liminar quanto a esse tópico apenas com base no que consta nos autos e sem a resposta do réu. Por isso, **indefiro essa liminar.**

**15- Sobre a multa diária por descumprimento,** com base no art. 461-§ 4º do CPC, **fixo multa diária** em R\$ 1.000,00 por dia para a hipótese de descumprimento de cada um dos tópicos dessa medida liminar.

**16- DESPACHO.** Para cumprimento do que foi decidido, **anote-se** o número do processo na planilha de controle de andamento dos processos na Secretaria da Vara. **Identifique-se** na autuação.

**17- Após, cite-se e intime-se o réu** para ficar ciente da decisão, para comprovar seu integral cumprimento e para apresentar a resposta que tiver no prazo legal.

**18- Após, decorrido o prazo de resposta, intimem-se as partes** para que, em dez dias sucessivos, a começar pela parte autora e depois pela parte ré, sem nova intimação: **(a)** a parte autora fique ciente da resposta e documentos, apresente sua réplica e especifique as provas que pretende produzir, indicando exatamente os meios de prova e os fatos a serem provados, sob pena de indeferimento; **(b)** a parte ré para especifique as provas que pretende produzir, indicando exatamente os meios de prova e os fatos a serem provados, sob pena de indeferimento, tudo sob pena de julgamento antecipado da lide; **(c)** a parte autora fique ciente do exame da antecipação de tutela, na forma que consta acima.

**19- Após, remetam-se ao Ofício do Meio Ambiente do Ministério Público Federal** para que manifeste interesse em intervir, se for o caso, em dez dias.

**20- Após, não requeridas provas, venham para sentença.**

Porto Alegre, 13 de junho de 2007.

Candido Alfredo Silva Leal Junior

Juiz Federal

**Denúncia em Acção Penal  
pública contra as rinhas de  
galo promovidas por um grupo  
de particulares no município  
de Salvador (Bahia)**

Heron José de Santana<sup>1</sup>

Luciano Rocha Santana<sup>2</sup>

Eduardo José Suzart Filho<sup>3</sup>

**EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 9º  
VARA CRIMINAL DA COMARCA DO SALVADOR**

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, por intermédio dos Promotores de Justiça do Meio Ambiente de Salvador, que a esta subscrevem, legitimados pelos 127, *caput*, 129, inciso I, e 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil e nos

---

<sup>1</sup> 2º Promotor de Justiça do Meio Ambiente de Salvador.

<sup>2</sup> 1º Promotor de Justiça do Meio Ambiente de Salvador.

<sup>3</sup> Estagiário de direito do Ministério Público do Estado da Bahia.

termos da Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, vêm, perante Vossa Excelência, propor

**AÇÃO PENAL PÚBLICA**, contra os autores do fato.

Pelos motivos de fato e de direito que doravante serão expostos:

## **1. DO FATO E DA MATERIALIDADE**

No dia 28 de Abril de 2003, foi instaurado o Inquérito Civil-IC nº 16/2003 para a investigação de possíveis estabelecimentos que funcionam como rinhas de galo.

Em 13 de maio de 2005, foi realizada uma operação conjunta entre o *Parquet*, a Polícia Militar e o IBAMA no **Centro Esportivo da Bahia**, na av. Otávio Mangabeira, bairro de Armação, quando os denunciados foram flagradas praticando maus-tratos, ferimentos e mutilações em animais do gênero “*Gallus bankiva*”, conforme laudo técnico anexo.

No local, foram ainda encontrados 306 (trezentos e seis) galos, entre os quais 8 (oito) gravemente feridos, consoante relatório técnico expedido pelo Ibama, conforme consta nas f. 116 e 167 do mencionado inquérito.

## **2. FORMAÇÃO DE QUADRILHA**

Além disso, foram apreendidos no Centro Esportivo da Bahia documentos que comprovam a associação dos réus em quadrilha para o fim de praticar futuros e novos crimes, dentre eles panfletos de divulgação do “Calendário dos Torneios da Troca de Penas de 2005”, e documentos com as planilhas de todos os que contribuem com a realização dos crimes.

A maior prova de que a ABGC – Associação dos Criadores e de Preservação dos Galos das Raças Combatentes do Estado da Bahia é uma pessoa jurídica constituída e utilizada preponderantemente com o fim de facilitar e ocultar a prática de crimes e contravenções penais é que ambas são presididas por L. P. L. F.

Além disso, a secretária C. S. S. exercia a mesma função em ambas as pessoas jurídicas, bem como no escritório Advocacia e Assessoria

Jurídica Especializada (AAJE), ainda que nenhuma delas tenha assinado a sua Carteira de Trabalho.

Em seu depoimento, C. S. S. afirma que possuía, em seu nome, a conta bancária nº xxxx-x, Agência nº xxxx-x, banco Bradesco, na cidade de Salvador, Bahia, utilizada para a Associação receber as contribuições que serviam para financiamento das rinhas (f. 246/248) do processo nº 787575-8/2005, de Quebra de Sigilo.

Com efeito, as listas de colaboradores da ABGC, com as respectivas planilhas dos meses de janeiro a março de 2005, elaboradas por C. S. S., demonstram claramente o nome dos denunciados e o valor da contribuição, fato devidamente comprovado através dos extratos bancários da conta n. 46.968-8, agência 0592-4, Barra-Graça, entre os meses de janeiro a agosto de 2005, conforme f. 303/342 do processo nº 787575-8/2005 de Quebra de Sigilo.

Se compararmos a planilha de pagamentos com os extratos bancários vamos perceber que os denunciados efetuaram diversos depósitos na conta de C. S. S., valores esses que eram destinados ao financiamento dos torneios de brigas de galos e a realização de jogos de azar.

Ademais, estamos diante de uma verdadeira organização criminosa, cuja atuação extrapola o âmbito municipal e estadual com ramificações e desenvolvimento de suas atividades ilícitas em diversos Estados da Federação, possuindo colaboradores financeiros e participantes em diversos Estados, conforme se pode atestar pelos domicílios apresentados na qualificação dos ora denunciados, bem como pelos panfletos que noticiam a ocorrência de rinhas em outros Estados (f. 190/23), inclusive, respondendo a processo criminal na Comarca de Belo Horizonte/MG, a Associação dos Criadores de Galos Combatentes, pela realização da mesma atividade delitiva que ora todos se encontram denunciados, realização de rinha de galo, através do evento denominado *Campeonato Brasileiro de Briga de Galo*, conforme pode se verificar no procedimento anexo.

### **3 . MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAIS**

Convém ressaltar que a rinha de galo é considerada uma atividade ilícita desde 1924, quando foi editado o Decreto Federal n. 16.590, de

10 de setembro de 1924, que, a pretexto de regulamentar as casas de diversões públicas, proibia a concessão de licenças para corridas de touros, garraios, novilhos, brigas de galo e canários e quaisquer outras diversões que causassem sofrimento aos animais.

Atualmente, o fato é considerado crime ambiental previsto no art. 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98):

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de 3 (tres) meses a 1 (um) ano, e multa.

Acresce que, em 12 de junho de 1992, a Lei Municipal n. 4.149/90, que tinha por escopo permitir a realização de rinhas de galo no município de Salvador, foi por unanimidade, declarada inconstitucional pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a partir de ADI promovida pelo então Procurador-Geral de Justiça Dr. Carlos Alberto Dutra Cintra (f. 104).

Nesse mesmo diapasão, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 29 de junho de 2005, apreciou a ADI-2514, promovida pelo Procurador-Geral da República contra a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, e julgou, por unanimidade, inconstitucional a Lei n. 11.366/2000, que autorizava e regulamentava a criação, a exposição e a realização de “brigas de galo”, por ofensa ao artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII da Constituição Federal, que veda práticas que submetam os animais a crueldade nas rinhas de galo em todo país, conforme se verifica nas f. 263/267 do processo n. 6051-8/2005, em trâmite no 1º Juizado Especial Criminal (Nazaré).

Os réus, Centro Esportivo da Bahia, representado por L. P. L. F., Associação dos Criadores de Galos Combatentes da Bahia, também representada por L. P. L. F., A. T., C. A. S., C. C. M., E. V. B., G. V. S., J. E. C. M., L. M., L. G. S., P. E. T., P. R. L., R. T., S. C. O., J. W. F. R., já se encontram respondendo ao processo n. 6.051-8/2005 no 1º Juizado Especial Criminal (Nazaré).

Da mesma forma, os réus R. P. R., C. S. O., N. P. S. e R. S. A., se encontram respondendo ao processo n. 5583-2/2005, no 2º Juizado Especial Criminal (Itapuã).

#### **4. DESOBEDIÊNCIA A ORDEM LEGAL DE FUNCIONÁRIO**

O sentimento de impunidade dos acusados é tão grande, que, apesar do Tribunal de Justiça do Estado ter declarado inconstitucional a lei municipal que permitia a realização de brigas de galo, e apesar da Prefeitura Municipal ter interditado o local em 05 de novembro de 2003 (f. 54), os acusados desobedeceram a referida ordem legal e continuaram a utilizar o local para a prática delitiva.

Como se não bastasse, a lei municipal declarada inconstitucional se encontrava afixada no na parede principal do Centro Esportivo da Bahia.

#### **5. JOGO DE AZAR**

Por outro lado, além de se associarem para a realização de rinhas de galos e de desobedecer a ordem legal emanada do poder público, os acusados ainda exploravam jogo de azar em local público, uma vez que foram apreendidos cartões de aposta durante a mencionada operação e tal atividade foi confirmada em depoimento de f. 251/252.

Segundo informações da Secretaria de Planejamento, Urbanismo e Meio Ambiente (SEPLAM), os próprios funcionários do Centro Esportivo da Bahia informaram (f. 66):

##### **3.5. DAS APOSTAS**

“As apostas são feitas em duas modalidades, sendo elas:

Oficiais – em que se estabelece o valor da aposta antes do combate e sobre este valor é estabelecido o percentual (geralmente de dez por cento) de remuneração do estabelecimento (Rinha);

Espontânea – é feita pelo público entre si, de forma verbal, sem garantias e de acordo com as tendências de vitória, são oferecidas vantagens numa codificação bastante peculiar e própria do jargão dos frequentadores daquele ambiente.

Nos foi informado que essas apostas verbais são cumpridas à risca, sem que ninguém deixe de pagar, pois caso se recuse este perde a credibilidade moral e ninguém mais apostará com ele.”

A seguir, descrevemos a conduta de cada um dos denunciados, na forma do art. 29 do Código Penal.:

## 6. DA AUTORIA E PARTICIPAÇÃO DOS ACUSADOS

O direito penal brasileiro adotou, com a reforma de 1984, a *teoria monista*, admitindo a existência de um só crime, ainda que cometido em concurso de pessoas.

O evento é único e indivisível (art. 29, *caput*, do CP), muito embora, em alguns casos, o estatuto repressivo tenha acatado a teoria pluralística, quando um só fato enseja a existência de dois crimes distintos, como nos crimes de corrupção ativa e passiva (CP, arts. 317 e 333).

O ordenamento jurídico, no entanto, é um sistema dinâmico e para determinarmos a punibilidade faz-se mister salientar os pressupostos da *teoria restritiva de autor*, organizada pela doutrina, que considera como autor o sujeito que executa a conduta expressa pelo verbo típico da conduta delitativa, mas também aquele que realiza o fato por intermédio de outrem (autoria imediata), promove ou organiza a cooperação do crime ou dirige a atividade dos demais agentes (autoria intelectual), ou ainda quem colabora com a ação de outrem, mesmo que este ignore esta colaboração (autoria colateral).

Partícipe, porém, é aquele que, não praticando atos executórios do crime, concorre moral ou materialmente para a sua realização, insinuando-se no processo de causalidade física do evento e aderindo à vontade do autor principal.

Por outro lado, a solução do complexo problema do concurso de pessoas está intimamente ligado ao conceito de causalidade, disposto no art. 13 do CP, que, adotando a teoria da equivalência dos antecedentes causais ou *conditio sine qua non*, equipara todos que, de alguma forma, contribuem para a realização do fato delituoso.

Para se determinar o nexo causal entre a conduta de qualquer um dos agentes e a realização do fato típico mister se faz utilizar o procedimento hipotético da eliminação mental daquela conduta da série causal: se essa ausência determina que o evento não haveria de

ocorrer como ocorreu, significa que aquela conduta deve ser considerada causa do delito.

Portanto, todo aquele que, de qualquer forma, contribuir efetivamente (isto é, com o nexu causal e o nexu psicológico) para a ocorrência do delito, incidirá nas penas ali cominadas.

## **7. EX POSITIS, O MINISTÉRIO PÚBLICO REQUER:**

7.1. Seja a presente ação penal pública recebida, citando-se os acusados domiciliados nesta Capital para interrogatório e demais atos processuais, sob pena de arcar com o ônus da revelia, para, em seguida, serem processados, julgados e condenados, na forma do art. 29 do Código Penal c/c o art. 2º da Lei nº. 9.605/98, como incursos nos tipos penais seguintes:

1. A. S. F., C. A. T. L., A. F., A. R. S., C. S. S., E. J. A. B., H. N., J. D. T., L. C. Z., R. M., S. C. S., A. F., em concurso material:

a) do art. 288 do Código Penal brasileiro (Formação de quadrilha),

b) do art. 330 do Código Penal brasileiro (Desobediência a ordem de funcionário público),

c) do art. 50 do Decreto-lei n. 3.688/41 (Jogos de azar) e

d) do art. 32, *caput*, da Lei 9.605/98 (Maus-tratos contra animais).

2. A. T., C. A. S., C. C. M., E. V. B., G. V. S., J. E. C. M., L. M., L. A. G. S., L. P. L. F., P. E. T., P. R. L., R. T., R. P. R., S. F. R., S. C. O., J. W. F. R., C. S. O., N. P. S. E. R. S. A., em concurso material:

a) do art. 288 do Código Penal brasileiro (Formação de quadrilha),

b) do art. 330 do Código Penal brasileiro (Desobediência a ordem de funcionário público),

c) do art. 50 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Jogos de azar) e

d) do art. 32, *caput*, da Lei 9.605/98 (Maus-tratos contra animais).

3. A. L. R. J., A. J. W., A. J. A., J. E. M. F., S. F. M. A., M. A. S. N., J. A. P., A. C. N., J. R. S., J. B. O. F., J. L. E., A. A. A., C. A. F., E. M. C., I. J. P., E. R. S. S., A. S. N., R. S., J. O. L. N., W. L. B., A. S. N. F., G. L. S., E. G. C., G. L. S. F., R. P. C., A. S., A. C., A. M. C., B. S. G., J. R. S. F., D. P. B., L. C. S. V., todos membros da Associação dos

Criadores e de Preservação dos Galos das Raças Combatentes do Estado da Bahia, conforme f. 476/482 dos autos do processo n. 6.051-8/2005, em concurso material:

- a) do art. 288 do Código Penal brasileiro (Formação de quadrilha);
- b) do art. 330 do Código Penal brasileiro (Desobediência a ordem de funcionário público);
- c) do art. 50 da Decreto-Lei n. 3.688/41 (Jogos de azar);
- d) do art. 32, caput, da Lei 9.605/98 (Maus-tratos contra animais).

7.2. Sejam expedidas Cartas Precatórias para a devida citação dos Denunciados domiciliados em outras Comarcas, em atenção ao art. 353 do Código de Processo Penal, para serem processados, julgados e condenados pela infração dos crimes descritos nesta denúncia.

7.3. Sendo as pessoas jurídicas utilizadas preponderantemente para a prática de crime ambiental, sendo então criminalmente responsáveis, nos termos do art. 3º da Lei Federal nº 9.605/98, seja aplicada a pena do art. 24 da mesma lei, decretando-se a liquidação forçada e considerados os respectivos patrimônios perdidos em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

7.4. Tendo em vista a conexão existente entre os crimes, uma vez que as provas do crime de maus-tratos são essenciais para serem comprovados os crimes de formação de quadrilha, desobediência e jogos de azar, e considerando ainda que o total da pena restritiva de liberdade cominada em abstrato é superior a dois anos, que sejam avocados os processos de número 5583-2/2005, em trâmite no 2º Juizado Especial Criminal (Itapuã), e de nº 6051-8/2005, em trâmite no 1º Juizado Especial Criminal (Nazaré), nos termos do art. 76, incisos I e III, do Código de Processo Penal.

7.5. Que seja concedido o Instituto da Delação Premiada, benefício conferido pelo art. 1º, § 5º, da Lei Federal nº. 9.613/98, a denunciada **C. S. S., vez que a mesma contribuiu de forma espontânea e decisiva para a apuração dos delitos, prestando informações pertinentes para a elucidação do caso durante a fase do Inquérito.**

7.6. Nesta oportunidade, solicita também a expedição de ofícios a Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia e aos órgãos

distribuidores do Poder Judiciário Federal e Estadual, inclusive a Vara de Execuções Penais, para que informem sobre os antecedentes policiais e criminais dos Denunciados, com o escopo de verificar se os mesmos preenchem os requisitos legais para o oferecimento, na audiência de instrução e julgamento, da proposta de suspensão condicional do processo.

Salvador-BA, 17 de outubro de 2006.

||  
—

||  
—

—  
||

—  
||

Ação civil pública em face  
da crueldade praticada  
pelo centro de controle de  
Zoonoses de Aracajú  
(Sergipe)

Sandro Luiz da Costa<sup>1</sup>

EXCELENTÍSSIMO SR. DR. JUIZ DE  
DIREITO DA \_\_\_\_ VARA CIVIL DA  
COMARCA DE ARACAJU

*“O dia em que o homem conhecer o íntimo dos animais,  
todo crime realizado contra um animal, será um crime  
contra a humanidade.” Leonardo da Vinci.*

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, através  
de seu Promotor de Justiça que esta subscreve, vem, respeitosamente, perante  
Vossa Excelência, com fulcro nos artigos 127, caput, *in fine* e 129, inciso  
III, da Constituição Federal, 118, inciso III da Constituição Estadual, na

---

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Meio Ambiente em Aracajú (Sergipe).

Lei 7.347/85 e Lei Complementar Estadual 02/90, propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA** em face do **Município de Aracaju**, pessoa jurídica de direito público, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

## **1. DOS FATOS**

A Promotoria de Justiça Especializada do Meio Ambiente de Aracaju recebeu representação da Associação Sergipana de Proteção Animal (ASPA), no dia 19 de julho de 2005, no sentido de que o Centro de Controle de Zoonoses (CCZ), órgão subordinado à Secretaria Municipal da Saúde de Aracaju, estava sacrificando todos os animais capturados por aquele órgão, fossem portadores de doenças incuráveis ou não.

O CCZ, por sua vez, informou, através de sua representante, que estava praticando “eutanásia” dos animais capturados não vacinados, mesmo daqueles animais sãos, com fundamento na Lei Municipal 1968/93, que dispõe em seu artigo 127:

“Os animais encontrados soltos nas vias e nos logradouros públicos serão apreendidos, recolhidos em canis públicos e sacrificados após o prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) dias a critério das autoridades de saúde competentes”.

Realizada audiência pública (fls. 23/24), os representantes do CCZ ratificaram a informação acima e a completaram informando que estavam realizando a “eutanásia”, no prazo de 72 horas, de todos os animais capturados que não tivessem comprovação vacinal, fundamentando tal procedimento radical em virtude da constatação de um caso de raiva<sup>2</sup>, ocorrido em maio de 2005, em Nossa Senhora do Socorro, de forma, que, para o bem da saúde pública, tal procedimento seria o mais eficiente

---

<sup>2</sup> “Encefalite viral aguda, transmitida por mamíferos, que apresenta dois ciclos principais de transmissão: urbano e silvestre. Reveste-se da maior importância epidemiológica por apresentar letalidade de 100%, além de ser uma doença passível de eliminação no seu ciclo urbano, por se dispor de medidas eficientes de prevenção, tanto em relação ao ser humano, quanto à fonte de infecção.

no combate à propagação dos casos de raiva neste município, seguindo inclusive orientação do Ministério da Saúde (fls. 26/50):

“Sobretudo em áreas endêmicas, impõe-se a necessidade da constituição de serviço de apreensão rotineira de cães errantes. **É estimado que se deva recolher anualmente 20% da população canina estimada aos canis públicos, onde devem permanecer por prazo não superior a 72 horas - para serem resgatados por seus donos. Passado esse prazo, serão doados às instituições de ensino biomédico ou SACRIFICADOS.** O sucesso no controle da raiva canina depende de uma cobertura vacinal de, no mínimo, 80%. A estratégia a ser adotada nas campanhas de vacinação em massa pode ser do tipo casa a casa, postos fixos ou mistos (casa a casa + postos fixos), a critério de cada município” (Guia de Vigilância Epidemiológica. FUNASA. Ministério da Saúde. Vol. II . 5º Ed. Brasília. Agosto de 2002 (fls. 42/43).

Nesta mesma audiência, informou a representante da CCZ que não era realizada uma captura sistemática de animais, **mas apenas daqueles em que as pessoas solicitassem a atuação do Órgão.**

Na tentativa de se esgotarem as possibilidades de resolução extrajudicial da questão, realizou-se visita pelo Ministério Público ao Centro de Controle de Zoonoses, onde a questão foi debatida diretamente com o Secretário Municipal de Saúde, o qual apoiou a política de saúde pública adotada pela Coordenadora do CCZ, permanecendo o procedimento de sacrifício dos animais capturados.

## **2. DOS FUNDAMENTOS:**

A Carta Magna, ao dispor em seu artigo 225 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do

...

No ciclo urbano, as principais fontes de infecção são o cão e o gato”. Guia de Vigilância Epidemiológica. FUNASA. Ministério da Saúde. Vol. II . 5º Ed. Brasília. Agosto de 2002.

povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, especifica, em seu parágrafo primeiro, que para assegurar o meio ambiente incumbe ao Poder Público:

“VII - **proteger a fauna** e a flora, **vedadas**, na forma da lei, **as práticas que** coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou **submetam os animais à crueldade**”.

Erigindo assim, a fauna como bem constitucionalmente protegido.

Também, nesta esteira de pensamento, os casos mais graves de ofensas à integridade física dos animais foram tipificados como infração criminal, conforme se observa do artigo 32 da Lei 9605/1998:

“Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

A própria Lei Orgânica do Município de Aracaju, diante da importância do assunto, dispõe em seu artigo 261 que:

“Cabe ao Poder Municipal, entre outras atribuições:

VIII – **proteger a fauna** e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem extinção de espécies **ou submetam os animais à crueldade**, fiscalizando a extorsão, a captura, a produção, o transporte, a comercialização e o consumo de seus espécimes e subprodutos”.

Das normas acima expostas, chega-se à simples conclusão de que a fauna é protegida não somente pela constituição da república, mas também por normas infraconstitucionais, assim como o é a vida humana. Entretanto, sendo necessário o sacrifício daquela para a proteção desta, evidentemente sobressai-se esta – a vida humana, mas somente quando não restarem outras alternativas para a proteção desta, sob pena de desrespeito à Carta Magna e conseqüente violação aos direitos dos animais.

Observe-se que, no presente caso, a fundamentação da política de saúde pública municipal combatida na presente ação, baseia-se na premissa de que não existem outras alternativas viáveis para controle da raiva e outras zoonoses (doenças transferidas pelos animais aos homens) que não seja a eliminação sistemática de todos os animais sem comprovação vacinal ou não reclamados levados ao CCZ, mesmo naqueles casos em que o animal esteja sadio ou seja portador de doença curável.

Vale dizer que o ponto controvertido na presente questão versa sobre a existência ou não de medidas alternativas eficientes de controle de zoonoses que não levem ao sacrifício preventivo dos animais capturados.

Os métodos recomendados pelo Ministério da Saúde para prevenção da raiva (hidrofobia), conforme guia de Vigilância Epidemiológica, juntado aos autos e referido acima, baseiam-se nos seguintes aspectos:

#### “8.4 AÇÕES DE EDUCAÇÃO EM SAÚDE

Orientar o processo educativo no programa de eliminação da raiva urbana e no de controle da raiva canina, tendo como ferramentas básicas a participação e a comunicação social, devendo ser necessariamente envolvidos serviços e profissionais de saúde, escolas, proprietários de animais de estimação e população em geral.

- **Estimular a posse responsável de animais;**
- **Desmistificar a castração dos animais de estimação;**
- ...;
- **Estimular a imunização anti-rábica animal”.**

#### 8.5 ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO

O tratamento profilático de pessoas agredidas previne a ocorrência de novos casos.

Assim o tratamento adequado é de suma importância para a eliminação da raiva humana. Lembrar que pessoas sob risco devem tomar a vacina para evitar a doença.

A vacinação, periódica e rotineira de 80% dos cães e gatos, pode quebrar o elo da cadeia epidemiológica, impedindo que o vírus alcance a população, interrompendo assim o ciclo urbano da raiva.

A captura de animais e o envio de amostras ao laboratório ajudam no monitoramento da circulação do vírus.

A eliminação de 20% da população canina visa reduzir a circulação do vírus entre os cães errantes, já que dificilmente consegue-se vaciná-los, tornando-os fundamentais para a persistência da cadeia de transmissão". (grifou-se).

Assim, vê-se claramente que há orientação expressa, conforme destacado acima, no sentido da eliminação sistemática de 20% da população canina como uma das formas de controle da raiva, acompanhada, principalmente, do controle de natalidade da população canina através da esterilização (castração), campanhas maciças de vacinação e política educativa de estimulação da posse com responsabilidade aos donos dos animais domésticos.

Vale ressaltar que de todas as zoonoses, a política mais drástica e que tem mais preocupado os responsáveis pela saúde pública é a raiva, em função da alta letalidade desta doença, razão pela qual, segundo a política adotada e combatida, a ameaça de tal doença justificaria tal procedimento de sacrifício dos animais capturados, mesmo sem comprovação de que estivessem contaminados.

No entanto, esta metodologia de saúde pública está ultrapassada, pois é baseada em entendimento dos anos 70 da Organização Mundial de Saúde (OMS), conforme se pode observar em seu 6º informe técnico de 1973<sup>3</sup>, que previa como principal e efetiva forma de controle da raiva, a captura e eliminação de cães errantes.

Ocorre que, em 1992, a própria OMS, em seu 8º Informe Técnico<sup>4</sup> (fls. 126/171), mudou de entendimento, e passou a recomendar como

---

<sup>3</sup> WHO Library Cataloguing in Publication Data. Geneva. 1973. WHO Expert Committee on Rabies: sixth report. (WHO technical report series; 523.

<sup>4</sup> WHO Library Cataloguing in Publication Data. Geneva. 1992. WHO Expert Committee on Rabies: eighth report. (WHO technical report series; 824. Rabies 2. Rabies vaccine I. Series (NLM Classification: WC 550). Disponível nos autos e no endereço <http://www.who.int>.

principais medidas de combate à raiva: o controle de natalidade, através da esterilização dos animais; a posse responsável por parte dos donos dos animais e a vacinação em massa da população canina, **passando a criticar expressamente o método de eliminação sistemática de animais, critério adotado pela ré, qualificando-os de ineficientes e onerosos.**

Tal mudança de metodologia por parte da OMS se baseou nos seguintes argumentos, conforme se depreende do 8º informe técnico referido:

“A pesquisa realizada pela OMS entre 1981 e 1988, como parte do projeto AGFUND/OMS no combate à raiva humana e canina nos países em desenvolvimento, revelou que :

(...)

- os programas de eliminação de cães, em que cães vadios são capturados e sacrificados por métodos humanitários, são **inefizes e caros**”<sup>5</sup>.

“O Comitê também estudou as novas estratégias de controle de raiva canina, elaboradas pelo programa regional da OMS para eliminação da raiva urbana na América Latina e pelo projeto interregional de controle da raiva humana e canina nos países em desenvolvimento (...) **O Comitê levou em conta esses progressos ao formular suas recomendações e pediu urgência às autoridades responsáveis pelo controle da raiva e aos grupos de pesquisa, no sentido de anotar estas recomendações e revisar suas políticas e procedimentos com base nelas**”<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> “Research carried out by WHO between 1981 and 1988 as part of the AGFUND/WHO project for the control of human and canine rabies in developing countries revealed that: whether owned or not, very few dogs (generally less than 10-15% of the dog population) are able to avoid being caught; dog removal programmes (in which stray dogs are captured and humanely killed) are ineffective, as well as costly; vaccination coverage rates of 75% or higher can be attained, although this requires special efforts in mobilizing community participation, conducting health systems research and providing support services for vaccination campaigns”. Op. cit. p. 30. capítulo 9.3.

<sup>6</sup> “The Committee also reviewed the new strategies for controlling canine rabies that had been developed by the WHO regional programme for the elimination of urban rabies in Latin America and the interregional project for human and canine rabies control in developing

“Com base nos resultados obtidos nesses estudos, o Comitê recomendou a aplicação de políticas de combate à raiva muito diferentes das adotadas e colocadas em prática anteriormente pela maioria das autoridades e comunidades nacionais. **Não existe nenhuma prova de que a eliminação de cães tenha gerado um impacto significativo na densidade das populações caninas ou na propagação da raiva. A renovação das populações caninas é muito rápida e a taxa de sobrevivência delas sobrepõe facilmente à taxa de eliminação**”<sup>7</sup>.

Neste sentido é importante ressaltar que o **projeto de Lei nº 1.376-C, de 2003** (fls. 172/173) já aprovado na câmara dos deputados e em tramitação no Senado Federal, visando implementar esta política de controle de natalidade da população canina e felina em substituição ao método de sacrifício sistemático em utilização, fundamenta-se exatamente no 8º Informe Técnico da OMS, conforme se depreende da justificativa do referido projeto<sup>8</sup>, aprofundando e demonstrando a gravidade do problema em questão:

---

*countries, which was supported by the Arab Gulf Programme for United Nations Development Organizations (AGFUND) and WHO. The Committee also noted that several consultations and regional conferences on these subjects had been held and a number of training seminars had been organized. These advances were taken into account by the Committee in formulating its recommendations. The Committee urged rabies control authorities and research groups to take note of these recommendations and to revise their policies and procedures accordingly. Further details on subjects summarized in the present report may be found in the WHO document Guidelines for dog rabies control ( 2) and in Guidelines for dog population management (3), prepared by WHO and the World Society for the Protection of Animals (WSPA)”. Op. cit.p.*

1 Introdução, item 1.1. **Demonstrando ainda aqui a parceria existente entre a Sociedade Mundial de Proteção dos Animais (WSPA) e a Organização Mundial de Saúde (WHO) na elaboração destas políticas de saúde pública.**

<sup>7</sup> “On the basis of the results obtained so far in these studies, the Committee recommended drastic changes in rabies control policies as compared with those previously adopted and practised by most national authorities and communities. There is no evidence that removal of dogs has ever had a significant impact on dog population densities or the spread of rabies. The population turnover of dogs may be so high that even the highest recorded removal rates (about 15% of the dog population) are easily compensated for by increased survival rates”. Op. cit. p. 58. item 9.4.

<sup>8</sup> Disponível em <http://www.camara.gov.br>.

## JUSTIFICATIVA

Ao manter o extermínio de cães e gatos saudáveis, o Poder Público está praticando uma **equivocada e ultrapassada política de saúde pública** que ainda segue as recomendações do 6º Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde, datado de 1973 e em **desuso na maior parte do mundo, que consistem na captura e sacrifício de animais errantes como método de controle populacional**.

Entretanto, a **Organização Mundial de Saúde, com base em pesquisa realizada entre os anos de 1981 e 1988 sobre raiva canina e humana nos países em desenvolvimento, concluiu ser caro e ineficaz o método de sacrifício no tocante ao vírus rábico e ao controle da população desses animais, preconizado em seu oitavo e último informe, datado de 1992:**

“A renovação das populações caninas é muito rápida e a taxa de sobrevivência delas se sobrepõe facilmente à taxa de eliminação (a mais elevada registrada até hoje gira em torno de 15% da população canina)”.

Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde “a vacinação sistemática de cães nas áreas de risco, o controle populacional, por meio da captura e esterilização, aliados à educação para a posse responsável de animais são as estratégias aceitas mundialmente”.

Atualmente, já dispomos de conhecimento científico e epidemiológico suficiente para nos valermos de técnicas eficazes de controle populacional de animais. E não cabe à saúde pública atuar com critério leigo, se há critério técnico solucionando o problema. Não enfrentar a questão é desatender às normas de saúde pública, mesmo porque, o aumento do número de animais de rua, não vacinados e não assistidos, é fator facilitador da disseminação de doenças.

O povo deve ser conscientizado da necessidade de esterilizar os animais, ainda que domiciliados, para que se ponha fim à cruel e criminosa prática do abandono de filhotes indesejados, que contribui para o aumento de animais de rua e a sua conseqüente exposição a

maus-tratos, além de incidir na norma punitiva do artigo 32 da Lei nº 9.605/98, que tipificou a conduta como crime ambiental.

O método atualmente empregado, além de ser oneroso para os cofres públicos, carece de ética e de eficácia, o que atenta contra os princípios da moralidade e da eficiência, estampados no caput do art. 37 da Constituição, de observância permanente e obrigatória para a Administração Pública.

Não há como negar que a procriação desordenada, da qual decorre a superpopulação de animais, é conseqüência não só da ineficaz política de saúde pública, mas também da omissão do Poder Público que se descarta de sua obrigação constitucional imposta de promover a educação ambiental e a conscientização do povo para a preservação do ambiente, como ordena o artigo 225, § 1º, inciso VI, que estimularia a assimilação de noções éticas sobre posse responsável de animais.

Registre-se que os Centros de Controle de Zoonoses valem-se de meios cruéis e agressivos para apreender e sacrificar animais, conforme denúncias encaminhadas ao Ministério Público e às entidades não governamentais, oriundas de todo o país, o que revela a maior gravidade de que se revestem os fatos, já que incumbe ao Poder Público vedar as práticas que submetem animais à crueldade, conforme mandamento constitucional firmado no artigo 225, § 1º, inciso VII da constituição.

As entidades de proteção aos animais não podem suprir a omissão do Poder Público, pois não podem realizar campanhas educativas e de esterilização em massa sem o apoio governamental.

Estas são as razões porque venho submeter à elevada consideração de Vossas Excelências o presente projeto de lei, solicitando o apoio e a aprovação do mesmo.

Sala das Sessões, em 10 de junho de 2003  
Dep. AFFONSO CAMARGO”

Ressalte-se que a justificativa do referido projeto, que se encaixa como uma luva ao presente caso, e que em razão disto, adotamos suas razões integralmente como fundamento para a presente ação, chega a denominar como critério leigo e não técnico a eliminação sistemática de

animais como método de controle de zoonoses, dado o grau de ineficiência ao combate da raiva, apresentando, por outro lado, soluções que além de serem alternativas ao método de sacrifício generalizado, atentatório aos direitos constitucionais dos animais, são eficientes no combate à referida zoonose, sendo assim recomendáveis sua adoção pelo réu.

Não bastasse isto, o próprio Instituto Pasteur, excelência no tratamento de raiva mundial, afirma em seu Manual Técnico, nº 6, página 20 :

**“A apreensão e a remoção de cães errantes e dos sem controle, desenvolvidas sem conotação epidemiológica, sem o conhecimento prévio da população e segundo técnicas agressivas cruéis, têm mostrado pouca eficiência no controle da raiva ou de outras zoonoses e de diferentes agravos, devido à resistência imediata que suscita e à reposição rápida de novos espécimes de origem desconhecida que, associadas à renovação natural da população canina na região , favorecem o incremento do grupo de suscetíveis.”**

Conforme já referido na justificativa do Projeto de Lei 1376-C/2003, o 8º informe técnico corrobora que, embora o seja por esta política de extermínio de cães errantes recomendada a eliminação de 20% da população canina como método de controle da raiva (sendo que a maior eliminação efetuada pelo Poder Público registrada efetivamente é de 15%), a taxa de renovação da população canina é bem superior à taxa de extermínio recomendada, o que se traduz na ineficiência do método de controle de raiva utilizado.

Assim, tem-se que a política de extermínio de 20% da população canina como método de controle de raiva é ultrapassada e inconstitucional porque: a) existem alternativas viáveis e atuais, recomendadas inclusive pela Organização Mundial de Saúde, Organização Pan-Americana de Saúde e Instituto Pasteur; b) O critério é ineficiente, em face da sobreposição da taxa de renovação da população canina, o que acarreta o aumento da possibilidade de ocorrência da doença.

Não bastassem os argumentos acima expostos, vê-se que em Aracaju esta política de sacrifícios é mais ineficiente ainda, pois conforme declarado pela própria Coordenadora da Zoonoses, no termo de fls. os animais são capturados apenas a pedido, ou seja, não há captura sistemática dos animais, conforme recomenda a política de sacrifícios constante do manual de vigilância epidemiológica da FUNASA/MS.

De acordo com as estatísticas juntadas aos autos pelo CCZ, denota-se que dos 1020 animais (gatos e cachorros) sacrificados em 2005, 93,83% foram entregues à CCZ pelos próprios donos e apenas 6,17% foram capturados na rua, sendo que neste caso por solicitação de populares.

Esta estatística, embora alarmante do ponto de vista da quantidade de animais que estão tendo suas vidas sacrificadas, é insignificante em relação ao número da população canina estimada no município (mais de 40000, ou seja, menor do que 2,5%), o que demonstra mais ainda a ineficiência deste método e o desatendimento aos procedimentos de saúde pública citados pelo réu como fundamento para o sacrifício dos animais que chegam à Zoonoses.

Da análise da planilha de fls. também se observa que dos animais sacrificados em 2005, 145 foram submetidos, após sua morte, a exame para comprovação de raiva, sendo que todos os resultados foram negativos.

Ora, se o município réu parte do argumento de que a captura e eliminação de 20% da população canina errante ou não-vacinada é ação indispensável para o controle da raiva, por que o município de Aracaju está se conformando apenas em sacrificar os animais capturados à pedido ou aqueles que seus donos irresponsáveis os deixam naquele órgão, deixando de capturar e sacrificar cerca de 8000 animais sem comprovação vacinal, no período relatado nos autos?

A resposta a isto é simples: a política de saúde pública recomendada pelo guia de vigilância epidemiológica da FUNASA não está sendo seguida rigorosamente pelo réu no combate à raiva, servindo apenas como argumento falacioso para o sacrifício dos animais que chegam ao Centro de Controle de Zoonoses.

Repita-se: apenas quando forem realizadas campanhas maciças para o controle da natalidade, através da esterilização cirúrgica, método

que além de respeitar a proteção constitucional à fauna, implementa o princípio constitucional da eficiência em sua plenitude, é que a política pública de saúde estará efetivamente em consonância com a Constituição Federal combatendo a proliferação de raiva e outras zoonoses na população canina e felina, conforme prevê o projeto de Lei 1376-C/2003 já referido.

Vale ressaltar que todas estas políticas alternativas de combate à raiva (esterilização, campanhas de posse responsável, vacinação em massa) também são citadas no guia de vigilância epidemiológica da FUNASA como ações para o combate da referida zoonose, mais o Município de Aracaju, em vez de dar tal enfoque a estas medidas, preferiu optar pela eliminação sistemática dos animais, inclusive os sadios, como política pública de saúde.

Dentro da análise sistemática da norma, o primeiro ponto de partida deve ser sempre a Constituição e o desta, na constituição anterior, até que seja alcançada a norma hipotética fundamental, a qual não é posta, mas pressuposta.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> “Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).

...

fundamentamos a validade da Constituição do Estado existente no fato de ela ter surgido de conformidade com as determinações de uma Constituição do Estado anterior pela via de uma alteração constitucional constitucionalmente operada, o que, por sua vez, significa: de acordo com uma norma positiva estabelecida por uma autoridade jurídica. Assim se chega finalmente a uma Constituição do Estado que é historicamente a primeira, a qual já não surgiu por um processo idêntico e cuja validade, portanto, não pode ser reconduzida à de uma outra procedente de uma norma positiva fixada por uma autoridade jurídica, mas é uma Constituição do Estado que surgiu revolucionariamente, quer dizer, rompendo com uma Constituição anteriormente existente, ou, então, veio a surgir como validade para um domínio que anteriormente

Assim, há um escalonamento normativo, estando a Constituição no topo da pirâmide como fundamento de validação de todo o ordenamento jurídico, devendo ser todas as normas inferiores compatíveis com a norma maior sob pena não valerem.<sup>10</sup>

“Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma é considerada como válida, tem de se considerar como estando em harmonia com uma norma do escalão superior”.<sup>11</sup>

Quando uma norma admitir interpretações constitucionais e inconstitucionais, cabe ao intérprete, ao determinar o alcance e sentido da norma, buscar o resultado que preserve a compatibilidade da norma com a Carta Magna.

Assim, pode se concluir que o artigo 127 da Lei Municipal 1968/93 somente poderá ser considerado constitucional se interpretado no sentido de que os animais capturados serão sacrificados apenas se forem portadores de doenças incuráveis e letais, dando-se assim o verdadeiro significado da expressão “eutanásia”, sob pena da Lei Municipal, ao ser interpretada como norma permissiva da eliminação sistemática de animais sadios ou com doenças curáveis, como vem sendo realizado pelo CCZ, violar frontalmente a Constituição Federal.

---

não era abrangido pelo domínio de validade de uma Constituição do Estado de uma ordem jurídica do Estado sobre ela apoiada.”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 206-207 e 213.

<sup>10</sup> “Não há proposição que se apóie sobre princípios mais claros que a que afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato segundo o qual se exerce, é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proibem”. HAMILTON, Alexander. *O Federalista: um comentário à Constituição Americana*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959. p. 314.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. Op. cit. p. 223.

### 3. DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Na forma do disposto no artigo 461, §3º, do CPC, sendo relevante o fundamento da demanda e havendo receio de que não haja efetividade da decisão pelo Poder Judiciário ao final do processo, é possível a concessão liminar da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer requerida.

Vê-se nos autos que o fundamento da demanda é relevante, já que o método falho de sacrifício preventivo e genérico da população de animais, mesmos sadios ou com doenças curáveis, que chegam ao Centro de Controle de Zoonoses, em detrimento de métodos menos agressivos à fauna e efetivamente eficientes de controle de doenças, recomendados por organismos internacionais de saúde, conforme fundamentado acima, viola a obrigação de proteção estatal à fauna, prevista constitucionalmente, além dos princípios da eficiência e razoabilidade.

Constata-se também que cerca de 150 animais sadios estão sendo exterminados indevidamente, por mês, pelo réu (fls. 124), através de seu Centro de Controle de Zoonoses, o que demonstra a urgência desta medida e a inefetividade de se aguardar a decisão final, em detrimento de outros animais que injustamente serão sacrificados pelo CCZ durante o transcorrer do processo.

De outro lado, tendo-se em vista que o CCZ não realiza, conforme recomendado pelo Ministério da Saúde (embora a fundamentação de tal recomendação seja combatida também nesta ação), captura ativa da população canina errante, eliminando apenas aqueles animais entregues por seus donos ou capturados à pedido da população, conclui-se que a concessão da medida não trará prejuízo algum à saúde pública.

Ante o exposto, requer o Ministério Público a concessão liminar, *inaudita altera pars*, da antecipação de tutela, determinando-se que o réu cumpra: a) **obrigação de não fazer**: consistente em eximir-se de sacrificar animais sadios ou com doenças curáveis e b): **obrigação de fazer** no sentido de que nos casos necessários de eutanásia de animais com doença incurável, tal intervenção deverá ser documentada por laudo subscrito por dois veterinários.

Ainda, na forma do § 4º, do artigo 461, do CPC, requer a cominação de multa no valor de R\$ 5.000,00, por animal morto em desconformidade com qualquer das obrigações acima referidas, visando coibir o descumprimento da determinação judicial, justificados em face da relevância do direito tutelado e do sofrimento que é imposto aos animais em face das atividades do réu.

#### **4. DO PEDIDO PRINCIPAL:**

Isto posto, requer a Vossa Excelência a citação do município réu, através de seu representante para, querendo, ofertar no prazo legal resposta aos termos desta peça inicial, sob pena de revelia, conferindo-se ao Sr. Oficial de Justiça a possibilidade contida no artigo 172, § 2º do Código de Processo Civil e, seja a presente ação civil pública, ao final, julgada **PROCEDENTE**, condenando-se o município de Aracaju, além das custas, nas seguintes obrigações:

a) **obrigação de não fazer**: consistente em eximir-se de sacrificar animais sadios ou com doenças curáveis e

b) **obrigação de fazer** no sentido de que nos casos necessários de eutanásia de animais com doença incurável, tal intervenção deverá ser documentada por laudo subscrito por dois veterinários.

Para garantir o cumprimento das obrigações constantes da decisão condenatória, faz-se necessário, nos termos do artigo 11 da Lei Federal nº 7.347/85, a fixação de multa, no valor de R\$ 5.000,00 por animal morto em desconformidade com qualquer das obrigações acima referidas.

Por fim, requer-se a produção de todas as provas em direito admitidas, notadamente as documentais, periciais e testemunhais, solicitando-se desde já, a juntada do anexo procedimento investigatório nº 071/2005, oriundo desta Promotoria de Justiça Ambiental.

Dá-se à causa o valor de R\$ 5.000,00.

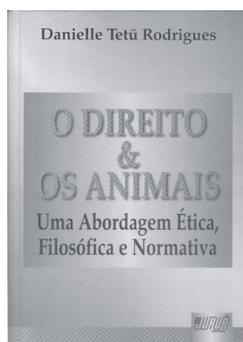
Aracaju, 13 de setembro de 2005.

SANDRO LUIZ DA COSTA  
Promotoria de Justiça Especializada  
do Meio Ambiente de Aracaju





## Obras Indicadas/ *Annoucement*

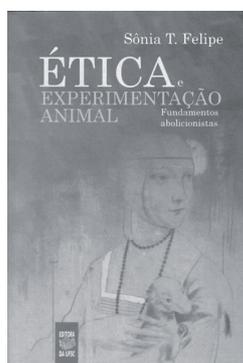


### **DIREITO & OS ANIMAIS - UMA ABORDAGEM ÉTICA, FILOSÓFICA E NORMATIVA**

*DANIELLE TETTÜ RODRIGUES*

ED. JURUÁ,

A autora serve-se habilmente de outras áreas da ciência, como a biologia, a sociologia e a filosofia, para respaldar o pensamento de proteção dos animais como sujeitos de direito. Em linhas críticas, a autora, luta pela qualidade de vida e por dias melhores, avaliando o pensamento do direito sob o enfoque de que todos os animais têm os mesmos direitos e responsabilidades.



### **ÉTICA E EXPERIMENTAÇÃO ANIMAL - FUNDAMENTOS ABOLICIONISTAS**

*SÔNIA T. FELIPE*

EDITORA DA UFSC,

Neste livro, a filósofa Sônia T. Felipe reconstitui os argumentos contrários à experimentação em animais vivos, formulados a partir de quatro perspectivas morais distintas e influentes: a das tradições religiosas antigas, a da filosofia moderna e contemporânea, a da própria ciência e da tradição jurídica. Nessas quatro fontes, podem ser encontrados argumentos que sustentam a tese do valor inerente à vida de todas as espécies e argumentos que sustentam o valor da vida de outros seres apenas se servirem aos propósitos ou benefícios humanos.

||  
—

||  
—

—  
||

—  
||

Na próxima Edição:

**As raízes da resistência humana aos direitos dos animais: bloqueios psicológicos e conceituais**

Tradução de “The Roots of Human Resistance to Animal Rights: psychological and conceptual blocks”.

*Steven J. Bartlett* (Willamette University - Estados Unidos/United States of America)

**Anais do Debate sobre Sacrifício de animais e Liberdade Religiosa, na Faculdade de Direito da UFBA, em junho de 2007 (Parte II)**

Daniel Braga Lourenço (Rio de Janeiro)

Kayo Roberto (Acre)

**E outros**



Esta Revista foi publicada  
no formato 150x210 mm  
miolo em papel 75 g/m<sup>2</sup>  
tiragem **xxxxx** exemplares  
Impressão e acabamento **?????**

